



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

JULLIANA NOGUEIRA ANDRADE LIMA

**O fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança e sua responsabilização à luz das neurociências**

*The fact qualified by law as a crime committed by juveniles and his responsibility in the light of neurosciences*

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudo em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais*

Orientadora: Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa

*Coimbra, 2017*

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família (mãe, pai, irmãos, tios, sobrinhos e cunhados), que sempre me apoiou em todas as minhas escolhas e me incentivou, sobretudo, nos momentos de maiores saudades.

À Defensoria Pública do Estado do Ceará, instituição a qual integro há 11 (onze) anos e que tornou viável a realização deste sonho.

À querida orientadora Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa.

Às amigas de alguns anos e aos novos amigos, cada um com sua peculiaridade, ajudou-me, incentivou-me, e assim construímos momentos únicos e inesquecíveis aqui em Coimbra.

Aos amigos que mesmo longe, fisicamente, muito me incentivaram.

## RESUMO

Com a pretensão de contextualizar o direito infanto-juvenil no que diz respeito à natureza do fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança e sua responsabilização, objeto de estudo desta dissertação, fez-se relevante, em um primeiro momento, abordar a trajetória evolutiva da situação da criança diante da legislação internacional, que passa de objeto para sujeito de direitos, mais precisamente, com o advento da *Convenção sobre os Direitos da Criança*.

Quanto ao fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança a questão está na existência ou não de culpa. Na realidade se quer atentar para as correntes dissonantes existentes na doutrina brasileira, sobretudo, para a que advoga ser o fato praticado pelo inimputável em razão da idade detentor de ilicitude, tipicidade e culpa. Em contraponto, o entendimento a que se filia o presente trabalho é no sentido de que o fato praticado pela criança não se trata de um fato culposo por lhe faltar o elemento emotivo da culpa, embora haja os elementos intelectual e volitivo, o que se pode aliar à existência de uma vertente subjetiva na culpa e assim, reconhecer que o fato praticado pela criança é distinto do praticado pelo adulto. Tudo isso, de acordo com bases neurocientíficas, que afirmam ser a estrutura cerebral da criança diferente do adulto e isso vem a influenciar em seu comportamento e no processo de tomada de decisões, fundamentando assim, inclusive, o tratamento diferenciado no que diz respeito à responsabilização pela prática desse fato ilícito e típico.

Por fim, a influência das neurociências em decisões paradigmáticas referentes ao direito juvenil oriundas da Suprema Corte Norte-Americana. Os Estados Unidos que sempre apresentaram uma postura resistente às normativas internacionais, com base nas neurociências passam a considerar inconstitucional a pena de morte para pessoas que praticam fato qualificado pela lei como crime com menos de 18 (dezoito) anos (*Roper v. Simmons*) e proíbem prisão perpétua sem liberdade condicional para pessoas com menos de 18 (dezoito) anos (*Miller v. Alabama*), mostram-se mais alinhados com os direitos humanos de crianças.

**Palavras-chave:** Fato qualificado pela lei como crime, criança, adolescente, neurociências, responsabilização.

## ABSTRACT

With the purpose of contextualizing the right of children and adolescents with regard to the nature of facts qualified by law as crimes committed by juveniles and his responsibility, as object of study of this dissertation, it became relevant, in a first moment, to approach the evolutionary trajectory of the situation in face of international law, which goes from being an object to a subject of rights, more precisely, with the advent of the *Convention on the Rights of the Child*.

As for the fact qualified by law as a crime committed by juveniles, the question is whether or not there is guilt. In fact, one wants to look at the dissonant theories existing in the Brazilian doctrine, especially the one that claims to be a fact practiced by the unaccountable (due to age) with illicitness, “legal certainty” and guilt. In contrast, our understanding is in the sense that the fact practiced by juveniles is not a faulty fact because it lacks the emotive element of guilt, although there are intellectual and volitional elements, which can ally to the existence of a subjective aspect in guilt and, thus, recognize that the fact practiced juveniles is different from the one practiced by adults. All this according to neuroscientific bases that claim that the brain structure of the child is different from the adult, and this influences their behaviour and decision making process, therefore grounding the differential treatment with regard to accountability of this illicit and established fact.

Finally, the influence of neurosciences on paradigmatic decisions regarding juvenile law stemming from the Supreme Court. The United States, which has always resisted international norms on the basis of neuroscientific grounds, considers the death penalty for individuals practicing crimes under the age of 18 (*Roper v. Simmons*) to be unconstitutional, and prohibit life imprisonment without parole for people under the age of eighteen (*Miller v. Alabama*), hence more aligned with the human rights of children.

**Key Words:** facts qualified by law as crimes, children, adolescents, neurosciences, accountability.

## **SIGLAS E ABREVIATURAS:**

OTM – Organização Tutelar de Menores

LTE – Lei Tutelar Educativa

CDC – Convenção sobre os direitos da criança

ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente

ONU – Organizações das Nações Unidas

LPEJ – Lei Penal Especial para Jovens

ILANUD – Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito  
e Tratamento do Delinquente

OIT – Organização Internacional do Trabalho

RBCCrim – Revista Brasileira de Ciências Criminais

AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul

ESMP-RS – Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul

FESDEP – Fundação Escola da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul

ART – Artigo

Nº - Número

Ed - Editora

APA – Associação Americana de Psicologia

LPI – Lei de Protecção à Infância

Ac - Acórdão

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## ÍNDICE

<b>Introdução</b> .....	7
1. Abordagem histórica acerca do tratamento atribuído à criança autora de fato qualificado pela lei como crime.....	11
1.1. Abordagem legislativa e o tratamento destinado à criança: de objeto a sujeito de direitos .....	11
1.1.1. Legislação Portuguesa .....	15
1.1.2. Legislação Brasileira.....	23
1.2. O instituto penal da imputabilidade e a ideia de tratamento diferenciado em razão da idade .....	29
2. O fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança: típico, ilícito e culpável? .....	34
3. O fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança à luz de fundamentos neurocientíficos.....	43
4. Responsabilização da criança autora de fato qualificado pela lei como crime e a finalidade da medida: punitiva ou educativa?.....	54
5. Responsabilização da criança autora de fato qualificado pela lei como crime à luz de fundamentos neurocientíficos.....	62
5.1. Tratamento diferenciado dado à criança autora de fato qualificado pela lei como crime com relação ao adulto praticante de delito.....	62
5.2. Modificações de decisões judiciais provenientes da Suprema Corte Norte Americana referente ao jovem autor de fato qualificado pela lei como crime baseadas em fundamentos Neurocientíficos.....	69
5.2.1. Caso <i>Roper v. Simmons</i> – Proibição da pena de morte para pessoas com menos de 18 (dezoito) anos (2005).....	70
5.2.2. Caso <i>Miller v. Alabama</i> – Proibição da prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional para pessoas com menos de 18 (dezoito) anos (2012) .....	72
<b>Conclusão</b> .....	76

## INTRODUÇÃO

*“Na adolescência, eu não passava muito tempo pensando sobre o modo como as outras pessoas viam as coisas. Em parte, era isso que me permitia fazer coisas como provocar aquele carinha branco na rua. Não me ocorrera que as percepções de fato podiam variar muito em alguém, ou de uma pessoa para outra. Depois eu iria descobrir que a compreensão da ideia de diferenças de consciência e de mudanças nas experiências sensoriais podem nos ajudar a entender os pontos de vista dos outros, permitindo-nos entrar em empatia com situações diversas das nossas”*

Carl Hart

Historicamente, a criança<sup>1</sup> sempre foi vista como alguém que ainda não atingiu a maturidade e com esse fundamento, as normativas referentes ao direito infanto-juvenil têm buscado evoluir no sentido de reconhecer sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e por isso, dar-lhe tratamento jurídico adequado.

O objetivo da presente pesquisa é analisar a natureza do fato qualificado pela lei como crime<sup>2</sup> praticado pela criança, a partir de uma análise acerca da teoria do delito, de forma a observar se o referido fato coincide com o mesmo praticado pelo adulto, ou seja, se nele existem ou não da tipicidade, ilicitude e culpa<sup>3</sup>. Para a análise serão abordados

---

<sup>1</sup> Por não coadunar com o termo “menor” comumente utilizado nas doutrinas e jurisprudências infanto-juvenis, será algumas vezes utilizada neste trabalho a terminologia “criança” por ser este o termo usado pela Convenção sobre os direitos da criança para se referir a “todo ser humano menor de 18 anos” (Art. 1). Serão, mais especificamente, abordadas em capítulos seguintes as principais normativas internacionais pertinentes à matéria. CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990 será a disponível no sítio [https://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf).

<sup>2</sup> No decorrer do trabalho, ao fazer referência ao ato praticado pela criança como forma de infração à lei penal, será utilizada quase sempre a expressão “fato qualificado pela lei como crime”, em conformidade com o Art. 1º da Lei Tutelar Educativa, vigente em Portugal, aprovada pela Lei nº 166/99, de 14 de setembro de 1999, aprovada em 2(dois) de julho de 1999, promulgada em 26 (vinte e seis) de agosto de 1999, referendada em 2 (dois) de setembro de 1999 e que se aplica à pessoas maiores de 12 e menores de 16 anos, que infrinjam a lei penal. RODRIGUES, Anabela Miranda / DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa (Reimpressão)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 29-56.

<sup>3</sup> Para fins deste trabalho será utilizada a terminologia culpa, conforme se pode observar no ordenamento jurídico português. Tal elucidação se faz relevante, uma vez que no ordenamento jurídico emprega-se o vocábulo culpabilidade, embora se esteja a tratar, materialmente, do mesmo elemento da teoria do delito, ou seja, de um juízo de censurabilidade ou reprovação. Para melhor esclarecer, note-se que Figueiredo Dias define culpa como “censurabilidade do comportamento humano”, para o autor, seria na verdade, querer infringir a lei, quando poderia querer atuar em conformidade com ela. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3ª Ed, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 21-23. No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se trazer as considerações de Juarez Tavares acerca do referido elemento ao afirmar que a culpabilidade é vista como uma

posicionamentos das doutrinas portuguesa e brasileira, e por fim, tudo isso à luz das neurociências.

Inicialmente, será realizado breve percurso acerca da situação da criança diante do cenário legislativo internacional, de forma a destacar a relevante trajetória evolutiva ao passar da situação de objeto para sujeito de direitos. Assim, ainda que sucintamente, como ocorreu a evolução legislativa nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, sobretudo, no que se refere à criança autora de fato qualificado pela lei como crime e sua responsabilização.

Trata-se de inimputável em razão da idade. Em uma concepção tradicional, imputabilidade está ligada basicamente a “aspectos cognitivos e volitivos”, de forma que se fundamenta na capacidade do indivíduo conhecer a ilicitude do fato e se determinar de acordo com tal fato<sup>4</sup>. Em outras palavras, criança como pessoa em desenvolvimento que é, segundo a esmagadora doutrina, não possui capacidade para avaliar a ilicitude de sua atuação e de determinar-se de acordo com ela.

Para tratar, portanto, da inimputabilidade em razão da idade será visto, mesmo que forma sintética, do que defendiam algumas das principais escolas penais acerca do instituto do referido instituto, para que assim se possa explicar juridicamente o tratamento diferenciado que se busca dar à criança autora de fato qualificado pela lei como crime com relação ao adulto autor de delito.

A partir disso, pretende-se analisar a natureza desse fato praticado pela criança. Trata-se do mesmo fato delituoso praticado pelo adulto, ou seja, de fato penal típico, ilícito e culposos?

Serão aqui expostos alguns posicionamentos, sendo estes, tanto no sentido de que o Direito Juvenil consiste em um ramo especializado do direito, com procedimentos próprios e norteado por princípios advindos de documentos internacionais, motivo pelo qual não deve conter qualquer resquício do Direito Penal, como em sentido contrário, o qual vez defender que os direitos e garantias a que a criança autora de fato qualificado pela lei como crime faz

---

soma de componentes, os quais fundamentam, em face do agente, a “reprovação pessoal da conduta injusta”. TAVARES, Juarez, *Teorias do Delito: variações e tendências*, São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 1980, p. 46.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Nº 7, 1997, p. 373.

jus, advêm do direito criminal e por isso, pode-se atribuir a essa criança em conflito com a lei uma espécie de “responsabilização penal juvenil”<sup>5</sup>.

Nessa perspectiva, surge a problemática de como deverá ocorrer essa responsabilização da criança autora de fato qualificado pela lei como crime. E assim, o questionamento acerca da finalidade da medida: punitiva ou educativa?

No decorrer da pesquisa ficará evidente que a divergência existente quanto à natureza do fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança se encontra no campo do elemento da culpa, motivo pelo qual surgiu a intenção de se pesquisar outros argumentos acerca do assunto, o que será feito mediante argumentos neurocientíficos e suas considerações sobre a estrutura do cérebro adolescente<sup>6</sup>.

Posto isso, não se pode falar em neurociências na contemporaneidade sem perpassar pela questão da culpa, liberdade e responsabilidade, embora qualquer profundidade conceitual e filosófica para não fugir da problemática do presente trabalho e assim chegar aos fundamentos neurocientíficos e seu contributo no que concerne à responsabilização juvenil e a necessidade de responsabilizar a criança autora de fato qualificado pela lei como crime de forma distinta de adulto.

A utilização de argumentos científicos baseados em exames de ressonância magnética tem trazido fundamentos que influenciaram decisões relevantes para a Justiça Juvenil no

---

<sup>5</sup> Na doutrina brasileira, Karyna Sposato fala claramente que essa “responsabilidade é penal”. SPOSATO, Batista Karyna, “A constitucionalidade do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, coordenadora Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Ano 17, Nº 80, Set-out, 2009, p.110. A corrente que defende a responsabilização penal juvenil, atualmente, bastante disseminada na doutrina e Tribunais Superiores Brasileiros, tem como grande defensor o autor brasileiro, João Batista Costa Saraiva, o qual afirma em suas importantes obras que essa teoria se encontra no Estatuto da Criança e do Adolescente, a lei hoje vigente, que trata da matéria infanto-juvenil no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Segundo o autor, a teoria defensora da responsabilidade penal juvenil foi influenciada pela Convenção dos direitos da criança, de forma que em que pese a criança seja considerada inimputável em razão da idade, e por isso insuscetível de sanções aplicadas aos adultos, não deixa de ser responsável de acordo com as sanções estabelecidas pelo sistema juvenil e que tais medidas impostas pelo poder estatal, mediante um juízo de reprovação, faz desse jovem penalmente responsável. Assunto este que será visto de forma mais acurada nos capítulos seguintes. Cf. SARAIVA, João Batista Costa, *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade Penal Juvenil*, 4.ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 99 e ss.

<sup>6</sup> O termo adolescente também será empregado no decorrer do trabalho em caso de se referir ao jovem que se encontra com 12 (doze) anos completos e 18 (dezoito) anos incompletos, sobretudo quando se abordar acerca do “cérebro adolescente”, quando será utilizado o critério etário existente na legislação infanto-juvenil brasileira (Art.2º ECA). Estatuto da criança e do Adolescente. Lei 8.069, publicada No Diário oficial da União de 16.07.1990, conforme informação em sítio [http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei8069\\_02.pdf](http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei8069_02.pdf), acessada em 19.10.2016.

tocante ao reconhecimento de direitos humanos de crianças, sobretudo no cenário legislativo internacional.

Assim como as normativas internacionais, a legislação interna dos Estados e as neurociências defendem que a criança, ao ser responsabilizada por seus atos, deve ser tratada de forma distinta do adulto, embora não pelos mesmos fundamentos, o que será visto mais amplamente no desenvolvimento deste trabalho.

Ao final, será exposto o quanto tais argumentos têm influenciado importantes entendimentos jurisprudenciais, inclusive na Suprema Corte Norte-Americana, no que se refere a julgamentos de delitos cometidos por pessoas com idade de até dezoito anos, especialmente, no que se trata da aplicação de pena de morte e prisão perpétua em face desses jovens. Chamando a atenção para o fato de que os Estados Unidos que sempre foram resistentes aderir às normativas internacionais no que se refere ao direito da criança, passa a assumir uma postura de modificar importantes decisões, nessa temática, baseadas em fundamentos neurocientíficos.

Ao fim e ao cabo, a legislação internacional considera a pessoa menor de 18 anos, como alguém que se encontra em situação de desenvolvimento, e por sua vez, determina tratar a criança de forma distinta da pessoa adulta, sendo irrelevante a capacidade de discernimento e maturidade daquela pessoa.

O que se quer mostrar, portanto, é que as neurociências não definem criança como um ser inacabado ou pela metade, mas defendem que para se tornar uma pessoa adulta e assim ser tratada precisa passar um período de maturação cerebral, que se dá na fase da adolescência, e que isso leva a agir de forma distinta do adulto.

Vale ressaltar que não se quer em momento algum durante a evolução da presente pesquisa dizer que a criança autora de fato qualificado pela lei como crime não deve responsabilizada, o que se quer atentar é que tais fundamentos não podem ser desconsiderados, pois têm contribuído para modificar entendimentos e decisões paradigmáticas no cenário mundial no tocante à garantia dos direitos humanos de criança.

## 1. ABORDAGEM HISTÓRICA ACERCA DO TRATAMENTO ATRIBUÍDO À CRIANÇA AUTORA DE FATO QUALIFICADO COMO CRIME

### 1.1. Abordagem legislativa e o tratamento destinado à criança: de objeto à sujeito de direitos.

Para ilustrar o fato de que a criança era vista como algo à margem da sociedade, faz-se interessante falar do caso Marie Anne<sup>7</sup>, ocorrido em Nova York, no Século XIX. A partir desse caso muito se avançou, mundialmente, com relação ao direito da criança, que até então era vista simplesmente como “coisa” passa a existir na condição de objeto passível de proteção do Estado. Dentre esses avanços, algum tempo depois, mais precisamente em 1899, instala-se o primeiro Tribunal de Menores do Mundo, no Estado Americano de Illinois.<sup>8</sup>

Sabe-se que a criança era considerada propriedade de seus pais e isso acontecia desde o início do período do Direito Romano, em que os pais possuíam o direito de tratar os filhos como bem entendessem, por terem sobre eles um “direito absoluto de vida ou morte”.<sup>9</sup>

A trajetória evolutiva da situação da criança se apresenta de imensa relevância, sobretudo, para o cenário legislativo mundial. Há quem diga que os primeiros documentos a promoverem a defesa dos interesses da criança surgiram somente após os impactos da Primeira Guerra Mundial, durante a 1ª Conferência internacional do Trabalho promovida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, ocasião em que se aprovaram 06 (seis) convenções.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Marie Anne, uma garota de 9 (nove) anos, era frequentemente maltratada por seus pais, situação que se tornou insustentável e por isso, acabou por chegar aos tribunais. Na altura não havia quem defendesse os interesses daquela criança, portanto, diante da ausência de instituições com legitimidade para realizar tal tarefa e ainda a considerar a grande repercussão acerca do fato, a sociedade protetora dos animais (que já existia à época com o fim de defender animais em situação de maus-tratos) atuou em defesa de Marie Anne. Segundo João Batista Costa Saraiva, esse episódio marcou o início de novos rumos na luta pelos direitos da infância nos Tribunais do Mundo. SARAIVA, João Batista Costa, *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral...*, *Op Cit*, p. 37.

<sup>8</sup> O primeiro “Tribunal de Menores” em Portugal foi instalado no ano de 1911 e no Brasil, em 1923. SARAIVA, João Batista Costa, *Adolescentes em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral...*, *Op Cit*, pp 38-39.

<sup>9</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal da Emoção: A inimputabilidade do menor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.18.

<sup>10</sup> Tendo em vista reclamações de sindicatos e classes operárias no final do Século XIX e início do Século XX foram aprovadas as convenções que tratavam das seguintes questões: Limitação da jornada de trabalho; proteção à maternidade; proteção ao desemprego; definição da idade mínima de catorze anos para o trabalho na indústria e

Ao ter em vista os significantes estragos que a Primeira Guerra Mundial causou à infância, em 1924, a Sociedade das Nações aprovou a Carta da Liga Sobre Criança, conhecida como Declaração de Genebra, que foi dividida em cinco números, cuja redação ainda mantinha a criança em situação passiva de mero objeto de proteção.<sup>11</sup>

Com isso, após a Segunda Grande Guerra, em 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>12</sup>. Somente, portanto, no ano de 1959, inspirada na Declaração de Genebra, a Assembleia Geral das Nações Unidas promulgou a Declaração Universal dos Direitos da Criança<sup>13</sup>, a partir de então, passou-se a reconhecer direitos específicos direcionados à proteção da infância.

Em que pese a Declaração Universal dos Direitos da Criança tratar-se de um documento desprovido de coercibilidade, pois seus dispositivos consistiam apenas em sugestões para os Estados-partes e não em obrigações, de forma que firmava, especialmente, em seu conteúdo o pressuposto da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento da criança por sua imaturidade física e mental, o que acarretava a necessidade de cuidados especiais antes e depois do nascimento até a fase adulta.<sup>14</sup>

Em 1979, a ONU promoveu uma reunião com os países signatários da Declaração dos Direitos da Criança com o fim de fosse feito um balanço de como cada um desses países

---

proibição do trabalho noturno de mulheres e menores de 18 anos. Com destaque para as duas últimas convenções, que podem ser vistas como os primeiros documentos internacionais a tratar de forma específica da defesa dos direitos da criança. ROSSATO, Luciano Alves / LÉPORE, Paulo Eduardo / CUNHA, Rogério Sanches, *Estatuto da Criança e do Adolescente: Comentado Artigo por Artigo*, 7. Ed, São Paulo: Saraiva, 2015, p.42.

<sup>11</sup> De caráter amplo e genérico, a Declaração de Genebra contempla a proteção da infância em geral, sendo composta por cinco itens que se limitavam a ser mera recomendação da Liga das Nações aos governos, pois não era dotada de coercibilidade. Em pese reconhecer a vulnerabilidade da criança, a declaração em comento ainda não passa a reconhecê-la como sujeito de direitos, mas como objeto de proteção. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Provado: a criança no direito internacional*, p. 82-83 *Apud* ROSSATO, Luciano Alves / LÉPORE, Paulo Eduardo / CUNHA, Rogério Sanches, *Estatuto da Criança e do Adolescente...*, *Op Cit*, pp. 44-45.

<sup>12</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos é considerada o documento mais expressivo no que concerne à universalização dos direitos humanos. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948 trouxe em seu bojo direitos destinados a todos os cidadãos, inclusive às crianças, quais sejam, o direito à vida e à liberdade, dentre outros. FERRADIN, Mauro, *Ato Penal Juvenil: Aplicabilidade dos Princípios e Garantias do Ato Penal*, Curitiba: Juruá Editora, 2009, p 29.

<sup>13</sup> A Declaração dos Direitos da Criança, aprovada em 20.11.1959, pela Assembleia Geral da ONU, passa a colocar todas as crianças como detentora de direitos, sobretudo, reconhecendo-as como “sujeito coletivos de direitos”. Com isso, a declaração é reconhecida como um marco no cenário legislativo na seara juvenil, uma vez que retira da criança a condição de objeto de proteção. ROSSATO, Luciano Alves / LÉPORE, Paulo Eduardo / CUNHA, Rogério Sanches, *Estatuto da Criança e do Adolescente...*, *Op Cit*, p 47.

<sup>14</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti, *Adolescente e Ato Infracional: Medida Socioeducativa É Pena?*, 2.ed. São Paulo: Malheiros Editora. p 22.

estavam a dar efetividade àquelas normas já existentes, oportunidade em que se estabeleceu aquele ano como o ano da criança.

A principal deliberação retirada da supracitada reunião foi pela necessidade da aprovação de um documento internacional com força de lei, tendo sido sugerido pela Delegação da Polônia a elaboração de mais uma normativa, a qual somente foi concluída 10 (dez) anos mais tarde, dando origem, portanto, à Convenção sobre os Direitos da Criança.<sup>15</sup>

Anterior à Convenção sobre os Direitos da Criança surgiram algumas normativas direcionadas à criança autora de fato qualificado pela lei como crime, tendo como principais as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil, mais conhecida como Regras Mínimas de Beijing<sup>16</sup>, Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil ou Diretrizes de Riad<sup>17</sup>, bem como as Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção de Jovens Privados de Liberdade.<sup>18</sup>

Conforme antes afirmado, após uma década a Convenção sobre os Direitos da Criança foi aprovada com unanimidade, pela Assembleia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, com força de lei internacional. Com o fim de tutelar todas as crianças

---

<sup>15</sup> SARAIVA, João Batista Costa, *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral...*, *Op. Cit.*, p. 62.

<sup>16</sup> Aprovadas, em 1985, durante o 7º Congresso das Nações Unidas, realizado na Itália, as Regras de Beijing, fruto de um trabalho de vários anos, são de grande relevância no que diz respeito ao tratamento de jovens autores de fato qualificado pela lei como crime. Essas regras foram elaboradas como um norte para os Estados, uma vez que estabelecem normas de proteção aos direitos fundamentais do jovem infrator, mediante a Resolução 40/33, de 29.11.1985. Em um segundo momento, elas são direcionadas à prevenção e proteção social dos jovens, antes de ingressarem na criminalidade, de forma a evitar ao máximo a intervenção do sistema de justiça e assim, promover a valorização do jovem em seu ambiente familiar e comunitário; Recomendam, ainda, que as medidas privativas de liberdade aplicadas a esses jovens sejam o último recurso e sempre que seja necessária a sua aplicação que seja cumprida em locais distintos dos adultos, a observar sempre, o indicativo de privilegiar as medidas de meio aberto, com fins educativos. LIBERATI, Wilson Donizeti, *Adolescente e Ato Infracional...*, *Op Cit.*, pp. 23-25.

<sup>17</sup> As Diretrizes de Riad tratam-se de regras destinadas à prevenção da delinquência e ao bem-estar da comunidade. Foram estabelecidas no 8º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento Delinquentes, através da Resolução 45/112 de 14.12.1990, após recomendação da Assembleia Geral em 1985. LIBERATI, Wilson Donizeti, *Adolescente e Ato Infracional...*, *Op Cit.*, pp. 26-27.

<sup>18</sup> Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção de Jovens Privados de Liberdade foram instituídas na 68ª Sessão Plenária da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 14.12.1990, pela Resolução 45/113. Surgiram da necessidade de normatizar acerca da internação de jovens em locais adequados para essa finalidade. Colocam a privação de liberdade como último recurso devendo ainda, ao ser aplicada, respeitar as condições e circunstâncias que garantam o respeito pelos direitos humanos desses jovens. Tais normas são consideradas programáticas, ou seja, têm a necessidade de serem observadas e confirmadas pelos demais princípios e regulamentos já afirmados pela Assembleia-Geral das Nações Unidas no tocante às garantias do jovem autor de delito. LIBERATI, Wilson Donizeti, *Adolescente e Ato Infracional...*, *Op Cit.*, pp. 28-29.

existentes no mundo e não apenas grupos determinados de crianças, que seriam aqueles constituídos pelas que estivessem em situação de risco<sup>19</sup>.

A Convenção sobre os Direitos da Criança surge como base para os padrões mínimos internacionais dos direitos humanos em matéria juvenil na medida em que se destaca por sua natureza normativa e ainda por ser o instrumento que teve a força de delimitar o fim da criança como bem protegido, características existentes na declaração de 1959.<sup>20</sup>

Em virtude de apresentar caráter vinculativo, a convenção surge com força de comprometer os governos no que se refere aos direitos da criança e apresenta-se na cena legislativa internacional como o tratado sobre direitos humanos com mais ratificação do mundo, caracterizando-se assim um documento de “alto consenso e baixa intensidade”<sup>21</sup>.

Em que pese ter buscado minimamente um modelo de consenso universal, essa uniformidade não ocorreu no âmbito da união europeia, especialmente, no que se refere à maioria penal<sup>22</sup> e a idade penal mínima<sup>23</sup>. Não obstante isso, ao fim e ao cabo, pode-se dizer que a definição e o desenvolvimento de padrões mínimos internacionais dos direitos

---

<sup>19</sup> Durante o Século XX, chamou-se a atenção para o fato de que todas as crianças necessitavam de proteção especial, o que levou a comunidade internacional a adotar documentos de abrangência heterogênea, tendo como foco principal um grupo específico, que por sua condição de vulnerabilidade, seriam mercedores de direitos a mais, como no caso específico, a criança. Não se trata aqui de uma determinada categoria de criança, de forma que o fundamento para tal heterogeneidade é a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento de toda e qualquer criança, que consiste, segundo a convenção, na pessoa de até 18 anos. ROSSATO, Luciano Alves/ LÉPORE, Paulo Eduardo/ CUNHA, Rogério Sanches, *Estatuto da Criança e do Adolescente...*, *Op Cit*, p 41.

<sup>20</sup> SOUTO, Gemma Perez, “Direitos Humanos e Justiça Juvenil: Onde começam os direitos dos infratores? Uma abordagem internacional”, *Ousar e Integrar – Revista da Reinserção Social e Prova*, Nº 7, 2010, p.25.

<sup>21</sup> Ratificado por 191 países, exceto pelos Estados Unidos e Somália, a Convenção sobre os Direitos da Criança traz um caráter normativo e tem o condão de obrigar os países signatários a adotar uma posição ativa. Em que pese a significativa adesão, a convenção não trouxe, na prática, grandes impactos sobre a população infantil, pois sua mera ratificação não levou à implementação e garantia dos direitos nela dispostos. TOMÁS, Catarina, “Convenção dos Direitos da Criança: Reflexões Críticas”, *Revista da Direção-Geral de Reinserção Social*, Ministério da Justiça. Infância e Juventude, Outubro-Dezembro, ISSN 0870-6565/07.4, pp. 123-124.

<sup>22</sup> A Convenção sobre os Direitos da Criança, ao estabelecer a idade penal em 18 (dezoito) anos, traz um critério puramente objetivo de responsabilidade, através do qual se defende a ideia de que possuir menos de 18 anos na época da prática do fato qualificado como crime será suficiente para a pessoa responder junto à justiça juvenil. Não se busca considerar o discernimento entre o “certo e o errado, o lícito e o ilícito ou da compreensão do proibido e do permitido”. GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização”, *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*, São Paulo: ILANUD, 2006, p. 36.

<sup>23</sup> Idade mínima penal é aquela abaixo da qual se presume que a pessoa não tem capacidade de infringir a lei penal. Não se encontra prevista expressamente no texto da convenção, uma vez que não houve, na altura de sua elaboração, consenso entre os países signatários. Vale ressaltar que na União Europeia a idade mínima varia de 07 (sete) a 16 (dezesseis) anos. SOUTO, Gemma Perez, “Direitos Humanos e Justiça Juvenil: Onde começam os direitos dos infratores? Uma abordagem internacional”, *Ousar e Integrar – Revista da Reinserção Social e Prova*, Nº 7, 2010, p. 30.

humanos da criança têm suas verdadeiras origens na Convenção sobre os Direitos da criança<sup>24</sup>.

Nessa mesma linha de proteção à infância não se pode deixar de comentar sobre o Princípio da Proteção Integral<sup>25</sup>, o qual já vem materializado em tratados e convenções internacionais e que tem como condão promover a criança à condição de sujeito de direitos e reconhecer a sua situação peculiar de pessoa em desenvolvimento.<sup>26</sup>

De forma a corroborar com tudo que já foi e ainda será por aqui discorrido, Emilio Garcia Mendez define esse processo histórico do direito da criança “como uma longa marcha que pode ser resumida na mudança na forma de se ver o menor como objeto de compaixão-repressão para a de se considerar crianças e adolescentes como sujeitos plenos de direitos”.<sup>27</sup>

Dito isto, todo esse movimento legislativo em torno da situação da criança mostra que essa trajetória de objeto para sujeito de direitos pode ser observada em ordenamentos jurídicos internos de países signatários da convenção, de forma que se pretende realizar uma breve descrição de como se procedeu a essa evolução da condição da criança nas legislações portuguesa e brasileira.

### 1.1.1. Legislação Portuguesa

Portugal passou por situações problemáticas de crises econômicas, conjunturas políticas e sociais, em decorrência, sobretudo, das duas Grandes Guerras Mundiais, que repercutiram imensamente nas condições de vida da maioria das famílias portuguesas<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> SOUTO, Gemma Perez, “Direitos Humanos e Justiça Juvenil: Onde começam os direitos...”, *Op Cit*, p. 30

<sup>25</sup> O Princípio da Proteção Integral foi introduzido através da “proteção especial” à infância na Declaração de Genebra, de 1924, constou ainda da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, nas Regras de Beijing e na Convenção sobre os Direitos da Criança, que reuniu toda a normativa internacional anterior. Vale ressaltar que referido princípio também pode ser encontrado no bojo da Convenção Americana sobre os Direitos humanos, conhecida como Pacto San José da Costa Rica, de 1969. LIBERATI, Wilson Donizeti, *Adolescente e Ato Infracional...*, *Op Cit*, pp. 53-54.

<sup>26</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry, “Responsabilização Estatutária ou Responsabilização Sociopedagógica: Fundamentos”, *Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas*, 100 anos, Coordenadores VERONESE, Josiane Rose Petry / ROSSATO, Luciano Alves / LÉPORE, Paulo Eduardo, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109.

<sup>27</sup> BARATTA, Alessandro, “A Democracia e os Direitos da Criança”, *Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*, 2013(8), pp.1-11, publicado no site <http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/adolescencia/article/view/220/206>. Acessado em 19.10.2016, p.3.

<sup>28</sup> MARTINS, Ernesto Candeias, “A Infância Desprotegida Portuguesa na Primeira Metade do Século XX”, *Infância e Juventude. Revista do Instituto de Reinserção Social Ministério da Justiça*, Outubro-Dezembro, ISSN

Em relação às crianças e aos serviços de proteção e elas destinados, na época, só existiam as casas de misericórdias, surgidas entre os Séculos XV e XVI, as quais apresentavam caráter religioso, caritativo, assistencial e beneficente<sup>29</sup>.

Apenas no final do Século XVIII, mais precisamente no ano de 1780, tendo como base as principais linhas de orientações e influências provenientes da França, foram criados em Portugal, os primeiros estabelecimentos específicos para crianças que praticavam algum tipo de ilícito. Esses estabelecimentos mostraram-se, inicialmente, dotados de uma função correcional e não apenas de caráter educativo e assistencial<sup>30</sup>.

Entretanto, somente em 1871, foi criada através de uma comissão, nomeada pelo então Ministro da Justiça, a “Casa de Detenção e Correção de Lisboa” direcionada a jovens com menos de 18 anos, que fossem condenados à prisão, presos preventivamente ou condenados à prisão correcional; a jovens com menos de 14 anos, quando condenados a qualquer penalidade; e ainda a quaisquer outros jovens menores de idade, que fossem detidos à ordem de autoridade administrativa ou que fossem detidos, a título de medida de correção familiar<sup>31</sup>.

Antes disso, os estabelecimentos aqui já mencionados funcionavam como casas de detenção e correção e surgem, portanto, as colônias agrícolas apresentando influências de suas similares francesas, em 1895. A Colônia Agrícola de Vila Fernando, a primeira a ser criada em Portugal, tinha como política obrigatória a aprendizagem de uma profissão diretamente ligada à agricultura<sup>32</sup>.

---

0870-6565. 06.4, p.96.

<sup>29</sup> Vale ressaltar que esses serviços de proteção não eram direcionados apenas às crianças, mas também a pessoas pobres em geral, bem como presos e idosos, que necessitassem daquela assistência. Posteriormente foram surgindo outros estabelecimentos assistenciais e educacionais voltados para crianças pobres, órfãs e abandonadas. MARTINS, Ernesto Candeias. “A Infância Desprotegida Portuguesa na Primeira Metade do Século XX”..., *Op Cit*, p. 96.

<sup>30</sup> O primeiro estabelecimento com essa finalidade, em Portugal, A Casa Pia, foi fundada pelo Intendente DIOGO de PINA MANIQUE. Possuía caráter transitório e de correção e trazia a ideia de separação de crianças e adultos, que tivessem detidos pela prática de ilícitos. Cf. BELEZA DOS SANTOS (1926), p. 146, nº 3; GUARDADO LOPES (1965), p.19 e n. 1; ADÉRITO TAVARES e JOSÉ PINTO (1990), p.28 e s., 123 e s.; LUIS REBELO (1992), p 16 e s.; MARIA JOSÉ DOS DANTOS (1999), p.37 e s. *Apud* DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos: Um século de Tensão entre Proteção e Repressão, Educação e Punição*, Coimbra: Coimbra Editora Coimbra, 2005, pp. 98-110.

<sup>31</sup> DUARTE- FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos...*, *Op Cit*, p. 100.

<sup>32</sup> Esses estabelecimentos agrícolas tinham naquela altura o objetivo de atender jovens que não apresentavam

Após duros períodos, o olhar sobre a criança e em especial à criminalidade infanto-juvenil começa a tomar novos rumos em Portugal. Os movimentos filantrópicos começam a aparecer e ganhar espaço como uma nova perspectiva de intervenção estatal mais preventiva do que repressiva<sup>33</sup>.

A forma como viviam e as condições desses estabelecimentos constam em quase toda obra escrita por Padre António de Oliveira<sup>34</sup>, através da qual se pode verificar um forte “espírito de observação, de intuição e de experiência sócio-pedagógica no contacto com os menores”.<sup>35</sup>

Além de sua relevante obra, o Padre António de Oliveira atuou ativamente em relevantes projetos legislativos acerca da matéria, tendo sido mentor da “Lei de Protecção à Infância”, de 27 de maio de 1911, sendo, Portugal um dos primeiros a adotar um conjunto de regras especializadas para os direitos da infância<sup>36</sup>.

A Lei de Protecção à Infância, de 1911, por sua vez, apresentava um contexto predominantemente preventivo. Além de ser considerado um dos diplomas legislativos mais inovadores da Europa<sup>37</sup>, a LPI ainda teve grande relevo no cenário legislativo infanto-juvenil

---

discernimento, os que não eram entregues aos pais ou tutores, os postos à disposição do Governo por vadiagem ou mendicância nos termos da lei penal, os expostos abandonados e desvalidos a cargo de entidades administrativas e os desobedientes e tidos por incorrigíveis e os que eram mandados judicialmente internar a título de correção a pedido dos pais ou tutores, nos termos da lei civil. Atualmente, trata-se do Centro Educativo de Vila Fernando. DUARTE- FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos...*, *Op. Cit.*, pp. 103 e 117.

<sup>33</sup> Foi na Bélgica, que se deu início ao movimento em prol de uma maior proteção jurídica à infância. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos...*, *Op Cit*, p 135-140.

<sup>34</sup> O Padre António de Oliveira ocupa um relevante lugar na história da educação e do “direito de menores” em Portugal, no começo do século XX. Foi responsável por uma “instituição pública de detenção e correção de menores” de Lisboa, conhecida, na época, pelo ambiente devastado que agravava a situação social e moral dos internos, desenvolveu ainda novos métodos de assistência educativa neste tipo de instituição, transitando de uma lógica de “prisão” para um método de “escola”. Na altura, a criminalidade infanto-juvenil era tratada pelas leis gerais, as mesmas destinadas aos adultos, de forma que o Padre António Oliveira colaborou na elaboração de projetos legislativos inspirados pela necessidade de reconhecer a especificidade jurídica da infância e da juventude, na transição da monarquia para a república. GOMES, Ferreira Joaquim, O Padre António de Oliveira (1867-1923), Grande Educador. Disponível no sítio: <http://www.interacoes-ismt.com/index.php/revista/article/view/19>. Acessado em 09.07.2016.

<sup>35</sup> MARTINS, Ernesto Candeias, “A Infância Desprotegida Portuguesa...”, *Op Cit*, p.108.

<sup>36</sup> Vale dizer que os Tribunais de Menores foram instruídos em Portugal pela Lei de Protecção à Infância, de 1911, a partir daí passa-se a excluir os jovens menores de 16 anos do direito penal português. RODRIGUES, Anabela Miranda. “Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Nº 7, 1997, p. 359.

<sup>37</sup> MARTINS, Ernesto Candeias, “A Infância Desprotegida Portuguesa...”, *Op Cit*, p.108.

em Portugal por dar origem às tutorias de infância<sup>38</sup>, de forma que o internamento desses jovens passava a ocorrer em refúgios das tutorias. Tais refúgios tinham a natureza de “estabelecimento de detenção preventiva”, ao destinarem-se à recolha temporária de “menores” em escola de reforma, previsto como dupla natureza<sup>39</sup>.

Anos depois, as alterações sociais e políticas decorrentes da Revolução de 1974 contribuíram para determinar uma revisão legislativa em Portugal, sobretudo, com relação aquelas situações em que refletissem “na família e nos direitos dos cidadãos”<sup>40</sup>.

Algumas crianças, que passaram a ser problema para o Estado e para a sociedade, encontravam-se internas e trabalhavam em centros de produção agrícolas e industriais, de forma que mantinham pouco contato com as famílias. As questões políticas, na época, contribuíram para uma falência ainda maior de um sistema que já não funcionava a contento, pois se podia visualizar como grande contraste entre a tradução de conceitos de “assistência, protecção e educação e o que efetivamente se expôs ao público como uma lógica repressiva e desumana”<sup>41</sup>.

Diante disso, ainda no ano de 1974, foi formado um grupo destinado a estudar e propor medidas legislativas, o qual foi responsável, mais tarde, pelo surgimento da Organização Tutelar de Menores (OTM/78).<sup>42</sup>

A OTM/78 tinha como modelo de intervenção estadual o da protecção<sup>43</sup> e não fazia

---

<sup>38</sup> Além de criar as tutorias da infância, a Lei de Protecção à Infância ainda estabeleceu sua competência e suas funções, mediante a qual oferecia aos jovens “delinquentes” bem como aos jovens em “perigo moral”, um lar sob a tutela de um juiz-presidente, que se tratava de um “bom pai”, que dispensava a esses jovens os primeiros cuidados. MARTINS, Ernesto Candeias, “A Infância Desprotegida Portuguesa...”, *Op. Cit.*, p.108.

<sup>39</sup> DUARTE- FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos...*, *Op Cit*, pp. 150-153.

<sup>40</sup> Nesse tempo vigorava no direito juvenil a OTM/62, que mantinha seu viés eminentemente protetivo e violador dos direitos fundamentais das crianças e das famílias. Criou-se, portanto, uma comissão para revisão da OTM, que foi concluída em 1978. As principais reformas foram com relação ao funcionamento das instituições judiciárias e administrativas de menores, no entanto, continuou-se a direccionar indistintamente a dois grupos de jovens, aqueles que se encontravam em situação de perigo e aqueles que praticavam fato qualificado pela lei como crime. RODRIGUES, Anabela Miranda/ DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa...* *Op Cit*, pp. 10-11.

<sup>41</sup> DUARTE- FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos...*, *Op Cit*, pp. 290-291.

<sup>42</sup> Cf. “Plano de Acção do Ministério da Justiça” (1974), p 22 e “Reforma dos serviços tutelares de menores” (1976), p.26 e s. *apud*. DUARTE- FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos...*, *Op Cit*, p 293.

<sup>43</sup> O modelo de protecção, que vigorou por bastante tempo em Portugal, encontrava-se vigente desde a OTM/62, embora tenha sido com a OTM/78 que esse sistema proteccionista tornou-se ainda mais escasso no que se refere

qualquer distinção formal entre criança autora de fato qualificado pela lei como crime e criança em situação de risco, uma vez que dispensava o mesmo tratamento para criança diante de ambas as hipóteses. Dotado de uma visão eminentemente paternalista, o modelo de proteção dava margem a uma atuação predominantemente discricionária do sistema de justiça juvenil<sup>44</sup>.

Diante de tudo isso, a Assembleia das Nações Unidas aprovam a Convenção sobre os Direitos da Criança. Portugal logo aderiu aos seus termos, sendo um dos primeiros países signatários, sem qualquer reserva, em 26 de janeiro de 1990<sup>45</sup>.

Em que pese tenha colaborado para a elaboração do documento acima mencionado, Duarte-Fonseca alega que Portugal não se esforçou o bastante para adaptar as regras da convenção ao ordenamento jurídico interno, uma vez que o sistema tutelar de proteção de menores se apresentou por ainda por algum tempo, mesmo inadequado<sup>46</sup>.

Não obstante essa adesão, a OTM/78 teve iniciada a sua reforma apenas em 1996 com a constituição formal da Comissão para Reforma do Sistema de Execução de Penas e Medidas, tendo como uma de suas atribuições, “substituir o sistema vigente por outro, inspirado em modelo de polaridade oposta”<sup>47</sup>.

---

aos princípios e regras que definiam esse tipo de intervenção estatal, como afirma Duarte-Fonseca. Assim, no que se refere a essa proteção, constava do enunciado da OTM/78, nomeadamente, “os princípios da humanização do tratamento, da individualização da intervenção, da aproximação desta à vida social comum e da sua articulação com a família e a comunidade”. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos...*, *Op Cit*, pp. 314-315.

<sup>44</sup> De acordo com o modelo de proteção, adotado pela OTM/78, o fato qualificado pela lei como crime praticado pela pessoa com menos de 16 anos, teria alguma repercussão quando da aplicação de uma medida mais rigorosa, pois, normalmente o que se levava em consideração, na verdade, era a personalidade do jovem infrator, sua estrutura familiar e condição de vida, tornando assim o processo eminentemente informal, por não garantir a esse jovem os meios adequados de defesa. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o Direito de Menores em Portugal”..., *Op Cit*, pp. 358-362.

<sup>45</sup> DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos...*, *Op Cit*, p. 327.

<sup>46</sup> O modelo de proteção até então vigente no ordenamento jurídico infanto-juvenil português se mostrava abusivo e inoperante. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos...*, *Op Cit*, pp. 327-328.

<sup>47</sup> O modelo de proteção sofria imensas críticas e desconfianças, sobretudo, por intervir de forma equitativa em face de criança agente de fato qualificado pela lei como crime e criança que se encontrava em situação de risco e perigo. Com isso, passou-se a pretender buscar um modelo que aproximasse o processo tutelar ao processo penal, bem como tornar este subsidiário, no entanto, logo se observou que tal pretensão chegar-se-ia a um “direito penal dos pequeninos”, o que foi rejeitado na altura. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos...*, *Op Cit*, p. 369 e DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: Políticas actuais*, Psicologia Forense (separata), Coimbra: Almedina Editora, 2006, p. 368.

Substituir o modelo de proteção por um modelo de justiça<sup>48</sup> não foi bem visto em Portugal, pois acabaria por desaguar em um “direito penal dos pequeninos”, através do qual predominaria um caráter eminentemente punitivo. Para Anabela Rodrigues, “não se pode separar um procedimento criminal das suas consequências estigmatizadoras, ainda que se coloquem as sanções educativas”.<sup>49</sup>

A comissão em questão elaborou relatório evidenciando as razões da crise do modelo de proteção vigente e ainda propôs a sua reforma integral, desde logo, uma reforma legislativa, orientada pela prevenção especial criminal<sup>50</sup>, através da “responsabilização do menor autor de facto qualificado pela lei como crime, uma vez franqueado determinado limiar de tolerância social, diferenciando a intervenção exigida por aquele objectivo da intervenção exigida por aquele objectivo da intervenção requerida por menores meramente carecidos de protecção social”<sup>51</sup>.

Segundo Duarte-Fonseca, somente depois de muitos estudos, pesquisas e visitas que a comissão acima concluiu o trabalho e apresentou em dezembro de 1996 seu relatório final, que diante do acolhimento da proposta apresentada foi constituída uma nova comissão de reforma da legislação sobre o processo tutelar educativo (CRLPTE), que detinha a atribuição específica de legislar sobre o processo tutelar educativo e sobre regime penal especial aplicável a jovens adultos.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Modelo existente na Itália e Escandinávia, cujo objetivo é enfatizar direitos e garantias processuais, as sanções apresentam natureza determinada e proporcional e defesa possui um papel de imensa relevância. SILVA, Júlio Barbosa, *Lei Tutelar Educativa Comentada: No âmbito das principais orientações internacionais, da Jurisprudência Nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Coimbra: Almedina Editora, 2013, p. 27.

<sup>49</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o Direito de Menores em Portugal...”, *Op Cit*, pp. 371-372.

<sup>50</sup> A prevenção especial está dentro dos fins preventivos da pena, cujo instrumento de atuação preventivo recai sobre o indivíduo infrator, com o objetivo de evitar que no futuro este venha a cometer novos delitos. Ao se falar, portanto que um dos sentidos da reforma legislativa portuguesa no âmbito infanto-juvenil era orientar a Lei Tutelar Educativa pela prevenção criminal especial estar-se a falar que a necessidade de defesa da sociedade através da aplicação da medida tutelar aplicada ao jovem autor de fato qualificado pela lei como crime encontra-se em segundo plano, ou seja, que sua primeira finalidade será a socialização da criança e não, propriamente, a satisfação das expectativas de segurança da comunidade, tendo como prioridade a necessidade de corrigir a personalidade daquela criança. RODRIGUES, Anabela Miranda / DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Comentário da Lei Tutelar Educativa ...*, *Op Cit*, p 62.

<sup>51</sup> Cfr. 1º RelCRSEPM (1996), Conclusões gerais, 1, 2 e 6 *Apud* DUARTE- FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos...*, *Op Cit*, p.370.

<sup>52</sup> Ambas as comissões foram presididas pela Professora Doutora Anabela Rodrigues. Entretanto, a Comissão de Reforma da Legislação sobre o Processo Tutelar Educativo (CRLPTE), ao legislar sobre o processo tutelar educativo e sobre regime penal especial aplicável a jovens adultos, elaborou e apresentou um projeto inicial

Após esses trabalhos, mais precisamente em 1999, advieram a Lei Tutelar Educativa<sup>53</sup>, que regula a conduta de jovens autores de conduta classificada como crime, os quais ao serem responsabilizados lhe serão aplicadas medidas tutelares educativas e a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, a qual regula a crianças em situação de perigo, passíveis, portanto de proteção por parte do Estado, sendo essas as legislações de matéria infanto-juvenil vigentes em Portugal.

Quanto ao Regime Penal Especial para Jovens Adultos<sup>54</sup>, cujo público alvo se encontra entre aqueles que possuem a idade de 16 (dezesesseis) a 21 (vinte e um) anos, foi instituído pelo Decreto Lei 401/82 e ainda permanece em vigor<sup>55</sup>, uma vez que a Proposta de Lei nº 275/VII, a que iria sujeitar esses jovens adultos agentes de crimes, não chegou à aprovação.<sup>56</sup>

Vale salientar que o Regime Penal Especial para Jovens se mantém inalterado até os dias de hoje, entretanto, tem recebido diversas críticas<sup>57</sup>, sobretudo, por ter pouca utilidade na

---

(ProjCRLPTE) e posteriormente um projeto final (ProjFinCRLPTE), que, sem grandes alterações, está na origem da Lei Tutelar Educativa. A proposta de Lei 275/VII, que trata do regime penal especial para jovens adultos, foi igualmente apresentada pela comissão, contudo não chegou a ser discutido até ao fim da legislatura. Para uma explicação pormenorizada acerca da reforma legislativa do sistema tutelar de menores de Portugal Vd. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos...*, *Op Cit*, p. 369-384.

<sup>53</sup> Segundo Duarte Fonseca, na época, foi considerada uma lei bastante rigorosa, porém, essa visão foi substituída e a citada lei passou a ser tratada pela opinião pública como uma lei permissiva, tendo em vista a conduta agressiva dos adolescentes evidenciada, sobretudo, por uma mediatização diante de determinados casos graves praticados por jovens. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes...*, *Op Cit*, p 356.

<sup>54</sup> Duarte-Fonseca, numa perspectiva sócio-criminológica, conceitua “jovens adultos” como todas as pessoas que embora já não mais se encontrem na fase da adolescência, ainda não adquiriram autonomia e maturidade pessoais suficientes para que sejam inseridos de forma completa na vida adulta. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares – contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano II. Fasc. 1º, Janeiro-Março, 2001, pp. 252-253.

<sup>55</sup> O Decreto Lei nº 401/82, que institui o regime aplicável em matéria penal aos jovens com idade compreendida entre 16 (dezesesseis) e 21 (vinte e um) anos, apresenta um regime dotado de uma maior flexibilidade na aplicação da medida de correção a esses jovens, que se encontram no limiar da maturidade, e assim aproxima seu processo de ressocialização ao regime e princípios norteadores do direito reeducador de menores. Ideia retirada do Sumário do Decreto Lei em comento, acessível no sítio [www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=226&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=226&tabela=leis), acessado em 24/05/2017.

<sup>56</sup> Uma das propostas principais do referido projeto de lei era submeter os jovens com mais de 16 anos apenas às normas penais, embora a ideia fundamental seria evitar, sempre que possível, a aplicação de pena de prisão a jovens que se encontrassem com aquela idade. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Interactividade entre penas e medidas tutelares...* *Op Cit*, ..., p. 281.

<sup>57</sup> Uma das questões referente a esse regime, apontada por alguns doutrinadores portugueses, é que nada se fez até o presente momento com relação à possibilidade de aplicação subsidiária das medidas tutelares previstas na

prática, apesar do número crescente de jovens na faixa-etária compreendida entre 16 (dezesesseis) e 21 (vinte e um) anos envolvidos com a criminalidade juvenil.<sup>58</sup> A esses jovens são aplicadas medidas de correção, em substituição à prisão com tempo inferior a 2 (dois) anos.<sup>59</sup>

Com isso, pode-se verificar que as respectivas mudanças da legislação infanto-juvenil portuguesa foram tão relevantes, que foram positivamente mencionadas no bojo das observações finais do segundo relatório de Portugal acerca da implementação das regras da Convenção sobre os Direitos da Criança.<sup>60</sup>

Hodiernamente, entretanto, um dos pressupostos da intervenção tutelar educativa é a educação para o direito<sup>61</sup> e não a retribuição para o crime. Essa forma de intervenção estatal, por sua vez, abrange as pessoas com idade entre 12 e 16 anos, que pratica algum fato considerado crime, que seja passível a aplicação de medida tutelar<sup>62</sup>.

Com isso, pode-se verificar que o surgimento da Lei Tutelar Educativa traz alguns

---

OTM a jovens imputáveis de 16(dezesesseis) a 18 (dezoito) anos, uma vez que essas medidas foram revogadas pela LTE, estando, hodiernamente, os jovens dessa idade desprovidos de previsão a eles aplicável como forma de medida alternativa ou substitutiva da pena privativa de liberdade, podendo estes somente se beneficiar da atenuação especial da pena de prisão (Art. 4 LPEJ), que tem sido, segundo Duarte Fonseca, praticamente o único dispositivo utilizado dessa lei já quase esquecida, embora haja uma interpretação conforme a Constituição a qual estabelece que a remissão se dê a partir de então para o Art. 4º da LTE. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Interactividade entre penas e medidas tutelares... Op Cit*, p. 281 e SANTOS, Carolina Girão. “Da especificidade do direito penal dos jovens adultos na perspectiva das consequências jurídicas do crime”, *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito de Família*, Ano 8, n.º 16, 2011, p. 88.

<sup>58</sup> SANTOS, Carolina Girão. “Da especificidade do direito penal dos jovens adultos na perspectiva das consequências jurídicas do crime...”, *Op Cit*, pp. 85-86.

<sup>59</sup> Sobre as medidas de correção, será tratado de forma um pouco mais específica em momento oportuno no Capítulo 4 deste trabalho.

<sup>60</sup> Das observações realizadas pelo Comitê dos Direitos da Criança no citado relatório, deu-se destaque ao tratamento diferenciado que se passava atribuir separadamente a crianças e jovens que possuíssem idade entre 12 e os 16 anos, que estejam em situação de risco daqueles envolvidos em fatos qualificados pela lei como crime. Cf. IIObsFinComité (2001), B.3. *Apud* DUARTE- FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos..., Op Cit*, p 371.

<sup>61</sup> Essa forma de intervenção, que tem como finalidade educar para o direito encontra-se de maneira mais detalhada no Capítulo 4 deste trabalho.

<sup>62</sup> As medidas tutelares previstas na Lei Tutelar Educativa, podem ser *não institucionais* (admoestação; privação do direito de conduzir ciclomoteres ou de obter permissão para a condução destes veículos; reparação ao ofendido; realização de prestações econômicas ou tarefas a favor da comunidade; imposição de regras de conduta; imposição de obrigações; frequência de programas formativos e acompanhamento educativo e institucionais (internamento em centro educativo, que pode ser executado em regime aberto, semiaberto e fechado a depender da gravidade do fato). RIGON, Roziméri Aparecida, *Delinquência Infanto-Juvenil: Uma Abordagem Desenvolvimentista em Criminologia*, Curitiba: Juruá, 2012, p. 174.

aspectos jurídico-penais de garantia direitos e limites de intervenção estatal<sup>63</sup>, que vem a superar a informalidade característica do modelo de proteção, através do qual se prevenia a arbitrariedade de juízos essencialmente voltados à personalidade e conduta da criança a ele submetida.<sup>64</sup>

### 1.1.2. Legislação Brasileira

No Brasil, durante a colonização portuguesa, existiam categorias diferenciadas de crianças. A categoria das “crianças indígenas”, que eram separadas da família para serem preparadas para viver de acordo com os costumes ditos “civilizados e cristãos”; a dos “filhos de família”, que tinham direitos, mas eram mantidos pela figura incontestável do “pai de família”, que tinham poderes quase ilimitados; a categoria dos “filhos dos escravos”, os quais eram geralmente crianças negras, que logo ao completarem 7(sete) anos de idade eram inseridas no trabalho escravo; a das “crianças órfãs” ou “expostas” encaminhadas às instituições de caridade, na altura, as chamadas “Casas da Roda”<sup>65</sup> ou aos recolhimentos das órfãs. Como se pode observar, não havia uma categoria genérica detentora de direitos universais, uma vez que não havia pressupostos de igualdade entre as pessoas<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Surge, portanto, o modelo de intervenção educativa, embora, classificado na exposição de motivos da LTE, como um modelo semelhante ao processo penal. No entanto, traz um modelo bifurcado, que não corresponde ao modelo anterior (modelo de proteção), nem ao seu comumente substituto, o qual detém um caráter eminentemente punitivo (modelo de justiça), a Lei Tutelar Educativa apresenta um modelo de 3ª via que vem a tratar com equilíbrio a garantia de direitos da criança e a intervenção estatal, bem como a satisfazer as expectativas da sociedade com relação aos jovens em conflito com a lei, o que irá conferir uma maior eficácia a essa intervenção. Relatório Final da Comissão para a Reforma, p.2 s. *Apud.* RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o Direito de Menores em Portugal...”, *Op Cit*, pp. 370-373 e RODRIGUES, Anabela Miranda / DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa ... Op Cit*, pp. 39-40.

<sup>64</sup> Assim com a entrada em vigor da LTE, em setembro de 1999, efetivou-se a alteração na legislação infantojuvenil portuguesa, no que se refere à intervenção estatal em face de jovens entre 12 a 16 anos que praticassem fato qualificado pela lei como crime. Com isso, esses jovens passaram a não mais conviver nas mesmas instituições de jovens em risco e obter um tratamento condizente e individualizado. SILVA, Júlio Barbosa, *Lei Tutelar Educativa Comentada: No âmbito das principais orientações internacionais, da Jurisprudência Nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Coimbra: Almedina Editora, 2013, p. 26.

<sup>65</sup> A Roda foi criada no período colonial e extinta no início da década de 50, sendo por esse motivo considerada uma das instituições brasileiras que mais durou. CRUZ, Lílian; HILLESSEIM, Betina / GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima, “Infância e Políticas Públicas: um olhar sobre as práticas psi” disponível no sítio [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822005000300006&script=sci\\_abstract&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822005000300006&script=sci_abstract&lng=pt), acessado em 06.06.2017, p. 43.

<sup>66</sup> ARANTES, Esther Maria Magalhães Arantes, “A reforma das prisões, a Lei do Ventre Livre e a emergência no

Com o advento da Lei do Ventre Livre em 1871<sup>67</sup> e da abolição da escravatura em 1888, no Brasil, via-se comumente pelas ruas a brincar, trabalhar, pedir esmolas e até a cometer, eventualmente, pequenos furtos, crianças e pais de família (escravos), sem qualquer condição de exercer a cidadania. Essas crianças não tinham os mesmos direitos das crianças de família, no entanto, não podiam ser recolhidas aos estabelecimentos carcerários, pois não deveriam ser consideradas “criminosas”. Com isso, surge um novo arranjo tutelar, através do qual se passa a enxergar essas crianças excluídas como “menores abandonados”, potencialmente “perigosos”, ou seja, orfãos de pais vivos e futuros criminosos<sup>68</sup>.

Nesse contexto, surge no Brasil, a legislação infanto-juvenil como forma de conter as classes menos favorecidas, com um viés essencialmente protetivo, que acaba por apresentar poucas garantias para as crianças autoras de fato qualificado pela lei como crime. Assim, complementa Emilio Garcia Mendez:

“ (...) As leis de menores foram muito mais do que uma epiderme ideológica e mero símbolo de criminalização da pobreza. As leis de menores foram um instrumento determinante no desenho e na execução da política social para a infância pobre. As leis de menores foram um instrumento (legal) determinante para legitimar a atuação coercitiva das políticas públicas assistenciais. A polícia – no cumprimento das leis de menores e simultaneamente na flagrante violação dos direitos e garantias individuais consagradas em todas as constituições da região – converteu-se de fato no provedor majoritário e habitual da clientela das chamadas instituições de “proteção” ou “de bem-estar”.<sup>69</sup>

---

Brasil da categoria de «menor abandonado». Disponível na internet, com o link [http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/12/A\\_reforma\\_das\\_prisxes.pdf](http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/12/A_reforma_das_prisxes.pdf). Acessado em 08.12.2016, p.01.

<sup>67</sup> A Lei do Ventre Livre foi aprovada no dia 28 de setembro de 1871, após aprovação na Câmara e no Senado. Apesar de ter sido objeto de grandes controvérsias, caracterizou um passo para a abolição da escravatura. Referido diploma legal continha a seguinte descrição: “declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros e providencia sobre a criação daqueles filhos menores e, sobre a liberação anual de escravos”. Disponível na internet através do link <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Hist%C3%B3ricos-Brasileiros/lei-do-ventre-livre.html>. Biblioteca Virtual dos Direitos Humanos, Universidade de São Paulo. Acessado em 08.12.2016.

<sup>68</sup> ARANTES, Esther Maria Magalhães Arantes, “A reforma das prisões, a Lei do Ventre Livre e a emergência no Brasil da categoria de «menor abandonado»...”, *Op Cit*, p. 02.

<sup>69</sup> GARCIA MENDEZ, Emilio, “Infância, Lei e Democracia: Uma Questão de Justiça”, GARCIA MENDEZ, Emilio / BELOFF, Mary (compiladores) *In Infância, Lei e Democracia na América Latina*, 2. ed. Bogotá-Buenos Aires: Editorial Temis Ediciones Depalma, 1999, p. 42 *Apud* FERRADIN, Mauro, *Ato Penal Juvenil...*, *Op Cit*, p.37.

Embora, na época, não houvesse nas constituições brasileiras qualquer menção acerca do direito juvenil, os primeiros Códigos Penais brasileiros, tanto de 1830<sup>70</sup>, como o de 1890<sup>71</sup>, já se manifestavam acerca do assunto.

Foi em 1927, que surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Menores, que tinha como principal característica distinguir as crianças como “menores abandonados” e “delinquentes”<sup>72</sup>. Naquela altura, no início do Século XX, podia-se observar no Brasil dois grupos de infância, que Mary Beloff passa a definir como “o famoso binômio menor abandonado/delinquente”<sup>73</sup>.

Conhecido também como Código de Melo Matos, o Código de Menores, foi revisto e editado em 1979. Após ser reformulado apresentou uma espécie de redução da menoridade a 6 (seis) categorias<sup>74</sup>. Adotou a ideologia a Doutrina da Situação Irregular, que tinha como público-alvo crianças que se encontravam em total situação de risco<sup>75</sup>, que na altura,

---

<sup>70</sup> De acordo com o Código Penal de 1830, eram consideradas inimputáveis as pessoas menores de 14 anos, no entanto, se tivessem algum tipo de discernimento quanto aos seus atos, seriam recolhidos em casas de correção, podendo lá permanecer até os 17 anos. Os que tivessem mais de 14 anos e menos de 17 anos, eram aplicadas as chamadas “penas de cumplicidade”, o que seria receber 2/3 da pena correspondente a de um adulto. Os que tivessem a idade entre 17 e 21 anos, eram beneficiados pela atenuante da maioridade. JESUS, Maurício Neves, *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*, Campinas: Servanda, 2006, pp. 33-34 *Apud* FERRADIN, Mauro, *Ato Penal Juvenil...*, *Op Cit*, p. 38.

<sup>71</sup> O Código Penal de 1890 conferiu inimputabilidade aos que possuísem menos de 9 (nove) anos e àqueles que tivessem entre 9 e 14 anos, desprovidos de discernimento. Os que tivessem esta idade e a compreensão das consequências de seus atos delituosos eram recolhidos. Ressalte-se que a “pena de cumplicidade” e a atenuante de menoridade foram mantidas nesse código penal. JESUS, Maurício Neves, *Adolescente em conflito com a lei: prevenção e proteção integral*, Campinas: Servanda, 2006, pp. 39-40 *Apud* FERRADIN, Mauro, *Ato Penal Juvenil...*, *Op Cit*, p. 38.

<sup>72</sup> Com a criação do primeiro juizado de Menores, em 1899, a tendência mundial era de criar normas com o objetivo de “proteger os menores abandonados e delinquentes”, e a partir dessa concepção surgiu no Brasil, em 1927, o Código de Menores, que abarcava os “menores” com idade superior a 14 (catorze) anos e inferior a 18 (dezoito) anos. SARAIVA, João Batista Costa, *Adolescentes em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral...*, *Op Cit*, p.45.

<sup>73</sup> BELOF, Mary, *Los Derechos del niño em el sistema interamericano*, Buenos Aires: del Puerto, 2004, p. 21.

<sup>74</sup> De forma objetiva, as seis categorias constantes do Código de Menores eram as seguintes: 1. os menores em “situação irregular” - art. 2º, aqueles abandonados ou privados de condições materiais mínimas; 2. os submetidos a maus tratos; 3. aqueles em perigo moral ou explorados em atividades contrárias aos bons costumes; 4. os privados de representação legal; 5. os que apresentavam desvio de conduta e 6. os autores de infração penal. VERONESE, Josiane Rose Petry, “Responsabilização Estatutária ou Responsabilização Socioeducativa (Sociopedagógica): Fundamentos”, *Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos...*, *Op Cit*, p. 99.

<sup>75</sup> Anabela Rodrigues acaba por definir “criança em situação de risco” quando fala em ameaça oriunda de fatores exteriores à criança, ou seja, nesse caso pode-se considerar que a criança se encontra em situação de “desproteção, abandono, maus tratos, etc”. E conclui que nesse caso, a intervenção do Estado é justificável e até mesmo exigida. RODRIGUES, Anabela Miranda. “Repensar o Direito de Menores em Portugal...”, *Op Cit*, p.

significava praticamente 70% (setenta por cento) da população infanto-juvenil brasileira<sup>76</sup>.

O denominado, na ocasião, “juiz de menores” exercia uma atuação eminentemente informal, pois agia dentro da discricionariedade dotado de uma visão paternalista de quem se enxergava na condição de “bom pai de família” sempre na busca de fazer o “bem” e não, simplesmente, reconhecendo e aplicando o direito<sup>77</sup>.

O Código de Menores foi revogado, entre outros motivos, por não contemplar nenhuma garantia às pessoas com menos de 18 (dezoito) anos, deixando-os “à mercê do aparato judiciário, sujeitos a um processo inquisitorial que era o procedimento de apuração da infração penal”<sup>78</sup>.

Foi então com a lógica de romper com diversas práticas discriminatórias que os movimentos sociais e demais organizações da sociedade civil iniciaram uma mobilização em torno dos direitos humanos e de cidadania dos diferentes grupos marginalizados, dentre eles “os menores”, o que resultou, entre outros questionamentos e proposições, a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 13 de julho de 1990<sup>79</sup>.

E ainda naquele ano, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21.11.1990<sup>80</sup>. Nessa altura, o Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, já se encontrava em vigência no Brasil.

Há quem defenda que o ECA garante às crianças autoras de fato qualificado pela lei como crime a mesmas garantias jurídico-processuais-penais da pessoa adulta que comete

---

368.

<sup>76</sup> SARAIVA, João Batista Costa, *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral...*, *Op Cit*, p. 54.

<sup>77</sup> Para fins de um comparativo, pode-se dizer que a doutrina da situação irregular adotada pelo Código de Menores correspondia ao modelo de proteção utilizado pela OTM em Portugal, que partindo de uma lógica “menorista” colocava tanto a criança autora de fato qualificado pela lei como crime como a criança que se encontrava em situação de risco no mesmo patamar de objeto de proteção e não de sujeito de direitos.

<sup>78</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry, “Responsabilização Estatutária ou Responsabilização Socioeducativa (Sociopedagógica): Fundamentos”, *Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos... Op Cit*, p. 92.

<sup>79</sup> Os movimentos a que se refere, ocorreram no Brasil, em meados dos anos 80 e tinham como foco principal a democratização daquele país, que passava por um período de ditadura militar. Teve grande relevância em vários aspectos, sobretudo, no tocante ao reconhecimento ao direito da infância, tendo inclusive como proposição o Art. 227 da Constituição Federal Brasileira, norteador do Direito Juvenil Brasileiro, o qual afirma que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-las a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” FERRADIN, Mauro, *Ato Penal Juvenil...*, *Op Cit*, p. 46.

<sup>80</sup> ROSSATO, Luciano Alves / LÉPORE, Eduardo Paulo / CUNHA, Sanches Rogério, *Estatuto da Criança e do Adolescente...*, *Op Cit*, p.49.

crime, embora respeitando a condição da criança de pessoa em desenvolvimento, o que torna de certa forma, o direito juvenil equiparado ao direito penal.

Entretanto, entendimentos contrários surgem no sentido de que tais garantias e alguns direitos que crianças também são detentoras advêm de fundamentos constitucionais e de nosso processo civilizatório, o que torna o direito juvenil um ramo independente<sup>81</sup>.

O Estatuto, além de quebrar paradigmas, a partir de um relevante contexto histórico de lutas, vem regulamentar o texto constitucional, o qual de acordo com a normativa internacional confere às pessoas com menos de 18 (dezoito) anos<sup>82</sup> a condição de sujeito de direitos, trazendo ainda o conceito de criança e adolescente, de forma que apenas este, considerado pessoa entre 12(doze) e 18 (dezoito) anos de idade pode ser responsabilizados por seus atos nos moldes da legislação especial<sup>83</sup>.

A partir disso, Karyna Sposato fala em um “modelo de responsabilidade especial”, com regras advindas da Constituição Federal Brasileira e do Estatuto da Criança e do Adolescente, tudo em consonância com a Doutrina da Proteção Integral da Infância.<sup>84</sup>

Em sentido contrário à doutrina da situação irregular existente na época do Código de Menores, o ECA adota a doutrina da proteção integral,<sup>85</sup> que se funda em uma interpretação

---

<sup>81</sup> Esses direitos podem ser compreendidos como o “devido processo legal, o contraditório, a defesa técnica realizada por um advogado, o princípio da legalidade, etc”. VERONESE, Josiane Rose Petry, “Responsabilização Estatutária ou Responsabilização Socioeducativa (Sociopedagógica): Fundamentos”, *Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos...*, *Op Cit*, p. 92.

<sup>82</sup> Há no Brasil, atualmente, forte discussão no sentido de reduzir ou não maioria penal para 16 (dezesesseis) anos. O Projeto de Emenda Constitucional 171 foi aprovado em 2º turno na Câmara dos Deputados e encaminhado para o Senado Federal, onde será votada também em dois turnos. No Senado, a referida Proposta de Emenda Constitucional foi encaminhada para votação na Comissão de Constituição e Justiça daquela casa, que mediante requerimento, decidiu retirar de pauta, a fim de que fosse mais amplamente discutida a questão, haja vista ser um tema polêmico, difícil e complexo. Já no senado, o Projeto de Emenda Constitucional 33 trata da possibilidade de se instaurar “incidente de desconsideração da inimputabilidade penal” de jovens maiores de 16 anos que praticarem além dos crimes considerados hediondos pela Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, homicídio doloso, lesão corporal seguida de morte e reincidência em roubo qualificado, tendo sido excluído do presente rol o crime de tráfico de drogas. Informação obtida através do sítio <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/06/01/ccj-aprova-novo-debate-sobre-reducao-da-maioridade-penal>, acessado em 17.02.2017.

<sup>83</sup> Trata-se de um critério cronológico absoluto, sem levar em consideração a condição psíquica ou biológica. ROSSATO, Luciano Alves / LÉPORE, Paulo Eduardo / CUNHA, Rogério Sanches, *Estatuto da Criança e do Adolescente...*, *Op Cit*, p. 70.

<sup>84</sup> SPOSATO, Batista Karyna. “A constitucionalidade do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 17, Nº 80, Set-out, 2009, p. 106.

<sup>85</sup> A doutrina da proteção integral surge como oposição ao modelo paternalista, que antes se apresentava, e coloca a criança uma pessoa detentora de direitos, sobretudo, em caso de crianças autoras de fato qualificado pela lei

sistemática de dispositivos constitucionais de forma a elevar ao nível máximo de validade e eficácia as normas referentes às crianças e aos adolescentes que, por sua vez, foram inspirados em normas internacionais de direitos humanos, como a declaração Universal de Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos da Criança e a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>86</sup>.

Nesse diapasão e acerca da Doutrina da Proteção Integral, Veronese reconhece que “crianças e adolescentes são sujeito de direitos, compreendidos como pessoas em processo de desenvolvimento e que, em razão disto, gozam de absoluta prioridade na consolidação de seus direitos fundamentais”<sup>87</sup>.

E assim, a utilizar-se de vasto conhecimento e experiência acerca da temática, Wanderlino Nogueira Neto considera que a Doutrina da Proteção Integral se organiza em torno de 3 (três) fundamentos ou princípios básicos: “crianças e adolescentes como sujeitos de direitos são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e prioridades absolutas”<sup>88</sup>, devendo tais princípios se apresentar juntos e nunca separados<sup>89</sup>.

Ao perceber, portanto, o quão relevante se mostra todo esse percurso referente às diferentes fases de tratamento dado à criança tanto no contexto internacional, como no âmbito interno, sobretudo, no tocante à “responsabilidade penal dos menores de idade”<sup>90</sup>, Emílio Garcia Mendez possibilita, do ponto de vista do direito

---

como crime, reconhecendo-lhe direitos e garantias, como por exemplo, de serem julgadas por tribunais especializados, mediante procedimentos próprios, devendo ser, portanto, responsabilizadas de forma diversa do adulto. SARAIVA, João Batista Costa, *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*, 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 24-28.

<sup>86</sup> ROSSATO, Luciano Alves / LÉPORE, Paulo Eduardo / CUNHA, Rogério Sanches, *Estatuto da Criança e do Adolescente... Op Cit*, p. 59.

<sup>87</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry, “Responsabilização Estatutária ou Responsabilização Sociopedagógica (Sociopedagógica): Fundamentos” *In Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos..., Op Cit*, p. 91.

<sup>88</sup> Presente nos Arts. 227 da Constituição Federal do Brasil e no 4º. do ECA, o Princípio da Prioridade Absoluta é considerado um metaprincípio do direito da criança e do adolescente. O conteúdo desse dispositivo vem relacionado sobretudo ao que se chama de eixo de proteção, que se trata da operacionalização de políticas públicas voltadas para a infância. ROSSATO, Luciano Alves / LÉPORE, Paulo Eduardo / CUNHA, Rogério Sanches, *Estatuto da Criança e do Adolescente..., Op Cit*, p. 82.

<sup>89</sup> NETO, Wanderlino Nogueira, “Direitos Humanos”, *Justiça Juvenil sob o marco da proteção integral*. Caderno de textos, São Paulo: ABMP, 2008 *Apud* ARANTES, Esther Maria Magalhães Arantes, *A reforma das prisões, a Lei do Ventre Livre..., Op Cit*, p. 05.

<sup>90</sup> Para alguns doutrinadores brasileiros, essa análise evolutiva desaguou no Estatuto da Criança e do Adolescente, dando vez à adoção de um modelo denominado “Direito Penal Juvenil”, que será abordado adiante de forma mais específica. Pode-se concluir ainda que, ao delimitar as fases da história do direito juvenil, Emílio Garcia Mendez se mostra um dos defensores da corrente do Direito Penal Juvenil. SARAIVA, João Batista Costa, *Compêndio de Direito Penal Juvenil..., Op Cit*, p.23.

juvenil em três etapas<sup>91</sup>, sendo elas: O caráter penal indiferenciado, caráter tutelar e caráter penal juvenil.

Com isso, para seguir ao ponto fulcral do presente trabalho importante se faz trazer os dois limites fundamentais abordados por Alessandro Baratta que são:

“Por um lado, a consideração da criança como objeto (de proteção privilegiada e controle especial) e não como sujeito pleno de direitos. Por outro lado, a sobreposição do conceito de menor infrator ao de menor em situação irregular, em decorrência da ainda persistente teoria positivista da periculosidade social, expressa na chamada teoria da situação irregular”.<sup>92</sup>

Por tudo isso, para se abordar qualquer questão atinente à temática infanto-juvenil, não se podem desprezar esses significantes passos evolutivos no que concerne ao tratamento dispensado à criança, desde a fundamentação original do direito juvenil até a contemporaneidade.

## **1.2. O instituto penal da Imputabilidade e a ideia do tratamento diferenciado em razão da idade**

Para falar de imputabilidade relacionada com o direito juvenil se deve ter consciência de uma maior complexidade que se apresenta ao referido instituto, sobretudo, pela evolução do tratamento dado à infância, que assume características imensamente simbólicas diante da

---

<sup>91</sup> O caráter penal indiferenciado, a primeira etapa, que ocorreu entre os séculos XIX e XX foi caracterizada pelo retribucionismo, tratamento dado pelos códigos penais. As normas aplicadas aos jovens muito se assemelhavam aos adultos, sem maiores distinções. A segunda etapa, o caráter tutelar tendo se originado nos Estados Unidos, disseminou pelo mundo no início do Século XX. Marcada por atitudes paternalistas, uma vez que o magistrado detinha um grande poder discricionário, embora já pudesse observar uma separação entre crianças, adolescentes e adultos, o que se podia considerar uma grande vitória naquela altura. A terceira etapa, denominada por Mendez de caráter penal juvenil, foi sinalizada por ocasião da Declaração Universal dos Direitos da Criança, em 1959, quando já colocava a criança como sujeito de direitos, embora em caráter simbólico, só vindo a se formar tal condição da criança apenas com o advento da Convenção sobre os Direitos da Criança, que inicia um processo de responsabilidade juvenil. MENDEZ, Emílio Garcia, *Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate Latino-Americano*, Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000 *Apud* SARAIVA, João Batista Costa, *Compêndio de Direito Penal Juvenil...*, *Op Cit*, p. 18-23.

<sup>92</sup> BARATTA, Alessandro, “A Democracia e os Direitos da Criança”, *In Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*, 2013(8): 1-11. Publicado no sitio <http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/adolescencia/article/view/220/206>. Acessado em 19.10.2016, p.3.

história da humanidade<sup>93</sup>.

A criança, vista como pessoa em desenvolvimento, faz-se presente em todo seu processo evolutivo como alguém que deve ser tratado de forma diferente do adulto e assim, toda essa discussão acaba por perpassar pela imputabilidade penal, especialmente, no que diz respeito à prática de fato qualificado pela lei como crime.<sup>94</sup>

Com isso, torna-se relevante abordar, mesmo sinteticamente, o trabalho desenvolvido pelas principais escolas penais por trazerem fortes bases e influências para o direito penal com uma abordagem mais específica na questão da imputabilidade em razão da idade.

A iniciar pela escola clássica, que ao estudar o crime em si mesmo e não o criminoso defendia a teoria das forças do delito<sup>95</sup>, que consistia no resultado através do movimento corporal e da força moral, que se caracterizava na vontade consciente, ou seja, o livre arbítrio como forma de optar por praticar ou não o delito.<sup>96</sup>

Em que pese, portanto, as concepções clássicas não se assentarem em conhecimentos científicos, tornou-se inevitável e fundamental a discussão acerca da distinção entre imputáveis e inimputáveis<sup>97</sup>.

Um dos maiores representantes da Escola Clássica, Francisco Carrara, defendia que o intelecto, embora já exista na altura do nascimento é desenvolvido mediante graus e relaciona o critério de desenvolvimento do intelecto em graus com as fases da infância.<sup>98</sup>

---

<sup>93</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal da Emoção...*, *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>94</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal da Emoção...*, *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>95</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal da Emoção...*, *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>96</sup> HORTA, Ana Clelia Couto, “Evolução Histórica do Direito Penal e Escolas Penais”, Disponível no sítio [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=514](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514). Acessado em 19.10.2016.

<sup>97</sup> A Escola Clássica, apesar de não trazer dados científicos, trouxe uma percepção especial do imaturo no Direito Penal, de forma que quaisquer que tenham sido as causas justificadoras da conduta sempre haveria de observar que a saúde e o desenvolvimento mental dos inimputáveis comprometem sua vontade e consciência, o que os retira de um padrão de igualdade com os demais imputáveis. MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal da Emoção...*, *Op Cit*, pp. 28-30.

<sup>98</sup> Esses graus de desenvolvimento acerca do intelecto, divide-se em quatro estádios, sendo eles: “1º composto de infância e puberdade próxima, que vão, respectivamente, do nascimento aos sete anos e dos sete aos doze anos. Em ambos os casos, presume-se *juris et de juris* que não existe discernimento; 2º impuberdade próxima à menoridade (dos doze aos quatorze anos) e menoridade (dos quatorze aos dezoito anos completos). Aqui, o juiz deve examinar se houve ou não suficiente discernimento. Há uma presunção *juris tantum* – de capacidade de delinquir que, encontrada, autoriza a punição, mas em um grau inferior ao estabelecido para o maior; 3º De plena responsabilidade; 4º De responsabilidade modificada pelo resultado. CARRARA, Francisco, *Programa do Curso de Direito Criminal; parte geral*, São Paulo, Saraiva, 1956, v.I *Apud* MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal da Emoção...*, *Op Cit*, p. 31.

Segundo Minahim, ao citar Carrara afirma que o próprio atenta para o fato de que essa teoria não observa as “diferenças climáticas, de raças ou de educação”, as quais influenciam demasiadamente o processo de amadurecimento do jovem. E continua que a maior preocupação desse raciocínio era buscar a finalidade política da “pena” aplicada ao jovem, de forma que não obstante buscar padrões lógicos, não foi no período clássico que se alcançou qualquer tipo de exatidão demonstrado que vem a demonstrar, portanto, certa dificuldade dessa escola com relação à inimizabilidade em razão da idade<sup>99</sup>.

Vale dizer, portanto, que no século XIX, as legislações portuguesa<sup>100</sup> e brasileira<sup>101</sup> contemplavam o critério do discernimento para responsabilizar o inimputável em virtude da idade. Sobre isso, o holandês van Homel, na altura, já demonstrava interesse com relação a jovens infratores e por isso traz em seus escritos severas críticas direcionadas a utilização do discernimento como critério para responsabilização de uma criança autora de fato qualificado com crime e considerando que aferir a presença de discernimento seria uma tarefa praticamente impossível, apelidou tal critério de “fórmula mágica”.<sup>102</sup>

Ainda sobre o critério do discernimento, Rosa Sastre, em que pese o sistema cronológico apresentar algumas incoerências no sentido de que o desenvolvimento físico e psíquico não é igual para todos e ainda por não se adquirir de um dia para o outro a responsabilidade penal, a autora em questão manifesta clara preferência pelo critério

---

<sup>99</sup> As dificuldades encontradas na Escola Clássica com relação a dados exatos, não minimiza sua importância, uma vez que outros fatores foram trazidos por essa escola como contributo na formação de um juízo, tais como, afeto, intuição, como também a percepção do intelecto. MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal da Emoção...*, *Op Cit*, pp. 31-35.

<sup>100</sup> A legislação penal portuguesa trazia o critério do discernimento para os jovens que tivesse de 10 (dez) a 14 (catorze) anos. Quem tivesse idade inferior a 10 eram considerados absolutamente inimputáveis e os que possuísem a idade entre 14 (catorze) anos e 10 (dez anos) eram considerados imputáveis, entretanto, com responsabilização especialmente atenuada em razão da idade. Critério esse que foi modificado, mais tarde, com o surgimento da Organização Tutelar de Menores. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Volume I (Reimpressão) Com a colaboração de Figueiredo Dias, Coimbra: Almedina Editora, 2014. p. 331.

<sup>101</sup> No Brasil, os Códigos Penais de 1830 e 1890, já abordados em notas 55 e 56.

<sup>102</sup> No final do Século XIX, van Homel já demonstrava, com a crítica ao critério do discernimento para responsabilização do jovem, preocupação em entender como os jovens raciocinam e com isso, afirmou ainda a necessidade da arte de educar por parte do direito penal, pois para o autor, as medidas repressivas que incidissem sobre as crianças autoras de fato qualificados como crime deveriam ter caráter educativo. ELIAERTS, C. / SNACKEN, S., “La vie ET l’oeuvre de van Hamel”, P. van der Vorst, & P. Mary (Dirs.), *Cent ans de criminologie à l’U.L.B.: Adolphe Prins, l’Union Internationale de droit pénal, Le Cercle universitaire pour les études criminologiques*, Bruxelles: Bruylant, 1990 pp. 69-91; OLIVEIRA, Miguel / PAIS, Lúcia G. “Decisão (do) adolescente: psicologia e delinquência juvenil”, *Ousar Integrar. Revista de Reinserção Social e Prova*, Nº 5, 2010, p. 2

cronológico (biológico puro) em detrimento do critério do discernimento, por motivo de segurança jurídica.<sup>103</sup>

Em que pese esses avanços, o crime passa a assumir novas proporções, diante de um contexto sociocultural de uma concepção positivista<sup>104</sup>. Novos rumos na ciência, nas questões sociais e econômicas, a Revolução Industrial e a busca do lucro fácil passaram a atingir mulheres, crianças e conseqüentemente toda a família, que inevitavelmente necessitavam enfrentar extensas jornadas de trabalho e as crianças, que misturadas, a viver com adultos de toda natureza, acabavam por seguir o caminho do crime<sup>105</sup>.

Como resultado dessas fortes mudanças sociais e econômicas, podia-se verificar um crescimento populacional desorganizado nas grandes cidades fazendo com que na altura o poder público tomasse providências no sentido de criar ações voltadas para a infância<sup>106</sup>. Tais ações consistiram em medidas de higienização, que tinham como finalidade retirar crianças das ruas e interná-las em “casas de correções”.<sup>107</sup>

Surgem então ideias “correcionalistas”, que passam a influenciar o direito penal do menor no início do século XX, através da qual traz princípios de retribuição, correção e proteção<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> SASTRE, Rosa Ventas, “Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica”, *Publicações del Instituto de Crominología de La Universidad Complutense de Madrid*, Dirigida por El Prof. Manuel Cobo del Rosal, Tradução livre da ideia acima, p. 47.

<sup>104</sup> A escola positivista o que se destacava era o delinquente e não o delito, de forma que conforme a autora portuguesa, o delinquente era compreendido como uma “anormalidade da natureza e o crime como um fenômeno natural e necessário, com suas causas físicas, antropológicas e sociais que o determinam”. ANTUNES, Maria João, “O Passado, O Presente e o Futuro do Internamento de Inimputável Em Razão de Anomalia Psíquica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13. Nº 3, julho-Setembro 2003, p. 348.

<sup>105</sup> A situação acima descrita acabou por chamar atenção do Poder Público, bem como da sociedade civil, que trataram de buscar alternativas mais adequadas, sobretudo, para os jovens infratores. No âmbito trabalhista, advieram leis de proteção à criança e na área penal, surge a escola positivista com esperança de solução. MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal da Emoção...*, *Op Cit*, pp. 38-40.

<sup>106</sup> BULCÃO, I, “A produção de infâncias desiguais: uma viagem na gênese dos conceitos «criança» e «menor»”. Em M.L. Nascimento (Org), *Pivetes: a produção de infâncias desiguais*, Niterói: Intertexto; Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 2002, pp. 61-73. *Apud* CRUZ, Lílian / HILLESSHEIM, Betina / GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima, “Infância e Políticas Públicas: um olhar sobre as práticas...”, *Op Cit*, p. 43.

<sup>107</sup> As “casas de correção” se tratavam de instituições cujo objetivo era receber crianças que se encontravam na rua e tinha como método educá-las para o trabalho. MARTINS, C.F / BRITO, L.M.T., “A inserção do psicólogo no sistema de atendimento ao adolescente em conflito com a lei no Brasil”, A. M. Jacó Vilela, A.C. Cerezzo & H.B.C. Rodrigues (Orgs.), *Clio-Psyché paradigmas: historiografia, psicologia, subjetividades*, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003, pp. 371-377; *Apud* CRUZ, Lílian / HILLESSHEIM, Betina / GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima, “Infância e Políticas Públicas: um olhar sobre as práticas...” *Op Cit*, p. 43.

<sup>108</sup> A Escola *Correcionalista* tinha como principal representante Dorado Montero e defendia a ideia de que os menores de idade eram considerados sujeitos inferiores e fracos, e por isso, necessitados de proteção. SASTRE,

Com relação a essas orientações e princípios “correccionalistas”, Rosa Sastre cita Dorado Montero por afirmar que “El Derecho penal há desaparecido com respecto a lós niños y a lós jóvenes delincuentes, y se há convertido em uma obra benéfica y humanitária, em um capítulo, si se quiere, de La pedagogia, de La psiquiatria y del arte de buen gobierno”.<sup>109</sup>

A partir desse pressuposto, a escola positivista considerava que a criança cometia um delito em decorrência de fatores internos, defeitos hereditários e externos advindos da negligência, ambiente inapropriado e educação inadequada.<sup>110</sup>

A infância torna-se a grande preocupação e cuidar dela se tornou imprescindível. Segundo Anabela Rodrigues essas ideias positivistas influenciaram no início do Século XX a concepção protetora do Estado<sup>111</sup>, o que se pode inclusive concluir que tais ideias fundamentaram, na altura, os modelos de proteção estatal presentes nas Organizações Tutelares de Menores, em Portugal e no Código de Menores, no Brasil.

Diante disso, o intuito deste trabalho segue no sentido de analisar a natureza do fato qualificado pela lei como crime praticado pelo inimputável em razão da idade e como se dá a devida responsabilização desse inimputável. Após isso, fundamentar à luz de critérios utilizados pelas neurociências e mediante esses critérios justificar o tratamento diferenciado entre imputáveis e inimputáveis.

---

Rosa Ventas, “Estudio de la minoría de edad” ... *Op Cit*, p. 32.

<sup>109</sup> Destaca o autor, portanto, uma atuação beneficente e humanitária por parte do Estado em face das crianças infratoras. MONTERO, Dourado, *Los peritos médicos y La Justicia criminal*, Madrid, 1905, p. 211 *Apud* SASTRE, Rosa Ventas, “Estudio de la minoría de edad”... *Op Cit*, p. 33.

<sup>110</sup> Cfr. MENDONZA, J. R., *La protección y tratamiento de los menores*, cit., p. 5 *Apud* SASTRE, Rosa Ventas, “Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica”, Publicações del Instituto de Crominología de La Universidad Complutense de Madrid, Dirigida por El Prof. Manuel Cobo del Rosal, Tradução livre da ideia acima, p. 32.

<sup>111</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. “Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminales*, Nº 7, 1997, p. 359

## 2. O FATO QUALIFICADO PELA LEI COMO CRIME PRATICADO PELA CRIANÇA: TÍPICO, ILÍCITO E CULPÁVEL?

Para analisar o fato praticado pela criança é de bom alvitre que o faça através dos elementos da teoria do delito para se chegar à ideia de que esse fato, denominado pela Legislação Portuguesa de fato qualificado pela lei como crime e pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro de ato infracional<sup>112</sup>, trata-se de fato diverso daquele praticado pelo adulto.

Em que pese alguns séculos de evolução, a teoria do delito ainda é um dos assuntos mais discutidos do direito penal, embora não se pretenda com esse estudo aprofundar-se em todas as concepções existentes acerca da matéria, salvo o que for necessário para que se conclua pela presença ou não dos três elementos no fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança.

Conforme a teoria clássica do delito, o crime é considerado ação dotada de tipicidade, ilicitude e culpa, sendo os dois primeiros elementos dotados de objetividade enquanto a culpa carrega o aspecto subjetivo do crime<sup>113</sup>. Nesse sentido direciona Claudio Brandão ao afirmar que é nessa subjetividade que se encontra a diferença entre a culpa e os demais elementos do crime.<sup>114</sup>

A concepção de culpa foi sendo construída ao longo dos anos e é nessa perspectiva que o positivismo, a utilizar alguns critérios científicos, cria a Teoria Psicológica e coloca a culpa numa posição mais próxima da psicologia do que do direito, diante da ausência de qualquer elemento normativo<sup>115</sup>. Tal concepção permaneceu vigente no direito penal até o

---

<sup>112</sup> De acordo com o Art. 103 do ECA “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”, Estatuto da criança e do Adolescente, Lei 8.069, publicada No Diário oficial da União de 16.07.1990, conforme informação em sítio [http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei8069\\_02.pdf](http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei8069_02.pdf), acessada em 19.10.2016.

<sup>113</sup> BITTENCOURT, Cesar Roberto, *Direito Penal: Parte Geral I*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2012, p. 557.

<sup>114</sup> Brandão considera que a avaliação da culpa, como um dos elementos do crime, tem um papel fundamental por ser o único elemento que versa sobre a “pessoa humana”, de forma que, para o autor, não se deve esquecer que a culpa, em sua essência, trata-se de um juízo de reprovação sobre a pessoa. BRANDÃO, Cláudio, “Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15. nº 2. Abril-Junho, 2005, p 210.

<sup>115</sup> A culpa, portanto, caracteriza-se como o vínculo psíquico que liga o autor ao resultado e que por sua vez pode-se apresentar como dolo (o resultado é da vontade do agente) e culpa/negligência (o resultado é causado de forma involuntária pelo agente). BRANDÃO, Cláudio, “Culpabilidade: sua análise na dogmática...”, *Op cit*, p 220.

início do século XX.<sup>116</sup>

Mais tarde, com a crise do positivismo, o caráter psicológico da culpabilidade passa a assumir um viés normativo<sup>117</sup>. A culpabilidade sai da mente do agente e se faz presente no Estado como uma espécie de censura sobre o indivíduo, o que colabora para o surgimento da Teoria Psicológico-Normativa, através da qual o dolo e a negligência passam a ser elementos da culpa juntamente com a imputabilidade e a exigibilidade de comportamento conforme o direito<sup>118</sup>.

A teoria do delito vem a sofrer uma espécie de reestruturação ao longo do Século XX com o surgimento da corrente finalista<sup>119</sup> através da qual o dolo e a negligência migram para o tipo (ação) e deixam de integrar a culpa<sup>120</sup>. Surge, a partir daí, a Teoria Normativa Pura composta por elementos apenas normativos, os quais precisam estar presentes de forma simultânea para que seja caracterizada a existência da culpa.<sup>121</sup>

Não obstante a grande dificuldade em se chegar a uma definição uníssona de culpa, a sua concepção normativa foi amplamente aceita pela doutrina penal<sup>122</sup>. Embora, para uma

---

<sup>116</sup> OLIVEIRA, Francisco da Costa, *Crime negligente e culpa: na dogmática penal e na prática judiciária*, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p.39.

<sup>117</sup> Após diversos questionamentos acerca desse caráter psicológico da culpa, Reinhard Frank propôs um conceito de culpa em que teria como pressupostos: a constituição psíquica normal do agente, a ligação psíquica do agente com o resultado e o circunstancialismo normal da ação, todos unificados pela noção de censurabilidade. Tal conceito foi posteriormente acolhido e aperfeiçoado por outros autores, entre eles Goldschmidt e Freudenthal, o que se pode verificar de forma mais detalhada na obra citada. OLIVEIRA, Francisco da Costa, *Crime negligente e culpa...*, *Op Cit*, pp. 38-39.

<sup>118</sup> BRANDÃO, Claudio, “Culpabilidade: sua análise na dogmática...”, *Op cit*, p. 221.

<sup>119</sup> No Brasil, a corrente finalista, remete-se, em especial, ao trabalho de Hans Welzel, que desenvolveu grande mudança com relação aos aspectos objetivos e subjetivos do fato punível, na medida em que deslocou a base subjetiva da culpabilidade (dolo e culpa) para a tipicidade reduzindo a culpa a elementos normativos. Ressalte-se que a influência normativista de Frank e finalista de Welzel prevalecem até hoje na doutrina brasileira. RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo, “Os 26 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e a responsabilidade do adolescente pela prática da infração penal do Brasil”, In *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, Ano 25, 127, Janeiro 2017, pp. 242-243.

<sup>120</sup> A corrente finalista além de afastar definitivamente o nexó psicológico da culpa e a verificação da culpa, baseia-se na presença dos seguintes elementos: imputabilidade, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de um comportamento conforme a norma. Vale dizer que tais elementos são amplamente aceitos pelos defensores do conceito normativo de culpa, até os dias atuais. OLIVEIRA, Francisco da Costa, *Crime negligente e culpa...* *Op Cit*, p. 40.

<sup>121</sup> De acordo com a doutrina brasileira, para que haja culpa, segundo a Teoria Normativa Pura, necessário se faz que se encontrem presentes os seguintes elementos: imputabilidade, potencial consciência da antijuridicidade e exigibilidade de conduta diversa. Essa teoria, segundo Brandão, é a acolhida e adotada pelo Código Penal Brasileiro. BRANDÃO, Cláudio, “Culpabilidade: sua análise na dogmática...”, *Op cit*, pp. 223- 227.

<sup>122</sup> A concepção normativa de culpa foi a adotada pelo Código Penal Português vigente. OLIVEIRA, Francisco da Costa, *Crime negligente e culpa...* *Op Cit*, pp. 40-67.

parte da doutrina portuguesa, essa concepção normativista pura da culpa, traz a existência de um juízo valorativo<sup>123</sup> sem definir, nomeadamente, o que se está a valorar, e assim acaba por não afastar por completo a culpa da sua concepção psicológica.

Figueiredo Dias, portanto, defende existir no agente algo de emocional que se acrescenta aos elementos intelectual e volitivo, que se encontram no dolo, que por sua vez, “não pode se esgotar-se no tipo de ilícito”.<sup>124</sup>

Nessa linha de raciocínio, para agir com dolo é preciso que haja conhecimento (representar) e da vontade (querer) e para que haja culpa necessário se faz a existência do elemento emocional e assim, continua o supracitado autor português, que presentes todos esses elementos do fato na consciência psicológica do agente poderá vir a afirmar que este decidiu pela prática do ilícito e assim deve responder por algo que cometeu por contrariar ou ser indiferente ao direito.<sup>125</sup>

Nesse diapasão questiona Figueiredo Dias a existência de um “puro juízo de censura” da culpa ao alegar que este não diz nada sobre o que de fato está censurar e se tal censurabilidade supõe liberdade do agente<sup>126</sup>. Ao falar em liberdade como pressuposto da culpa, Figueiredo Dias critica o fato dessa liberdade ser caracterizada como uma “liberdade de vontade”, uma vez que para esse autor tal liberdade deve ser na verdade uma “liberdade de decisão” a partir de uma ótica de concretude.<sup>127</sup>

Eduardo Correia, por sua vez, considera que esse “juízo de culpa” tenha apenas o condão censurar aquele indivíduo que não é capaz de observar os ditames impostos pelo direito e, por isso, não se apresenta apto a respeitar minimamente as regras sociais estabelecidas pela sociedade em geral, salvo se agir de forma alheia à sua vontade diante de questões invencíveis que o leve à prática de delito, ocasião em que para Correia se estaria a tratar de um

---

<sup>123</sup> Na concepção de Figueiredo Dias, esse “puro juízo de valor”, não delimita sua incidência, uma vez que não diz se agirá sobre o homem em uma perspectiva individualizada ou coletiva, e ainda para o autor, não se pode desprezar avanços científicos recentes, sobretudo, em áreas que se estudam a biologia, a mente, o cérebro e o comportamento humano. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, Op Cit*, pp. 512-513.

<sup>124</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, Op Cit*, pp. 348-352.

<sup>125</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, Op Cit*, pp. 351.

<sup>126</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral, Op Cit*, pp. 512-513.

<sup>127</sup> A liberdade deve estar ligada a uma série de fatores e condições reais que refletirão na ação e na tomada de decisão do homem, que por sua vez, teria uma gama de opções a partir dele mesmo, e assim tornaria imensamente complicado exigir que todos tenham a mesma conduta diante de uma situação similar. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1995, pp. 151-153.

inimputável.<sup>128</sup>

Em que pese defender a concepção normativa da culpa, Roxin afirma que referida teoria não responde como uma atuação considerada livre e culposa se diferencia do comportamento do inimputável, uma vez que este não é para o direito penal capaz de atuar e tomar decisões livres e por ela ser responsabilizado nos moldes do agente imputável. Para o citado autor alemão, “o critério que, em face disto, é necessário para se saber se uma pessoa há de ser tratada como livre ou não livre só pode retirar-se das bases sócio-psicológicas em que se assenta o direito penal”.<sup>129</sup>

Com isso, parte-se da premissa de o inimputável em razão da idade ao praticar um fato qualificado pela lei como crime pode o fazer com dolo, pois assim estará a lançar mão do elemento volitivo e intelectual. Entretanto, se a criança age com negligência, ou seja, se tem o dever objetivo de cuidado e se este dever está no mesmo patamar do adulto, não será aqui tratado, uma vez que se apresenta como um problema imensamente complexo e findaria por extrapolar o objeto deste trabalho, que é concluir pela diferença do fato praticado pela criança com relação ao praticado pelo adulto.

Não obstante ser o inimputável em razão da idade o cerne desta dissertação, interessante se faz tecer breves considerações acerca do fato do inimputável em razão de anomalia psíquica.

Maria João Antunes defende que tratar o fato praticado pelo inimputável em razão de anomalia psíquica como “fato pressuposto”<sup>130</sup> torna-o mais relevante, embora não se deva atribuir tal importância para considerá-lo autônomo, e sim como elemento caracterizador da perigosidade criminal<sup>131</sup>. Em outras palavras, que a prática do fato seja derivada da anomalia

---

<sup>128</sup> De acordo com as ideias do citado autor, trata-se de ter a capacidade de dominar as tendências que eventualmente se tenha para o crime, que em se tratando de inimputável em razão da idade, atinge-se a partir dos 16 (dezesesseis) anos, segundo a Legislação Portuguesa. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, volume I, p.329.

<sup>129</sup> Roxin trata o agente como alguém livre quando se possa demonstrar que, ao tempo da prática do fato, era sensível aos apelos normativos, de forma que com relação aos inimputáveis não se espera, em geral, que observem as normas, passando a ser inútil para estes a intervenção penal. ROXIN, Claus. “Acerca da problemática do direito penal da culpa”, *Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra*, pp. 16-17.

<sup>130</sup> Dessa forma, o fato pressuposto terá mais relevo e será levado em conta como outro pressuposto além da perigosidade do agente diante da aplicação de uma medida de segurança. ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável... Op Cit*, pp. 89-91.

<sup>131</sup> Um juízo baseado apenas na perigosidade do agente inimputável em razão de anomalia psíquica foi ficando cada vez mais insuficiente diante da relevância que se passou a dar ao fato e as características deste, mediante o critério da transposição das características do crime praticado pelo imputável para o crime praticado pelo

psíquica de que padece o inimputável e que a perigosidade deste seja “o único pressuposto da imposição da medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica”.<sup>132</sup>

Após isso, interessante a afirmação de Melo Bandeira que diz o Código Penal estar destinado ao sujeito adulto, imputável, com capacidade para avaliar a ilicitude do fato e se portar de acordo com essa ilicitude.<sup>133</sup>

Partindo desse pressuposto e de tudo que foi abordado supra, faz-se necessário retornar ao ponto principal do trabalho, a partir das legislações portuguesa e brasileira, que tratam o fato praticado pelo inimputável em virtude da idade como algo equivalente a crime, e não como crime.

Há quem entenda ser a diferença entre o fato típico praticado pelo adulto e pela criança apenas terminológica, uma vez que adulto pratica crime e criança, fato qualificado como crime ou ato infracional. A diferença, portanto, segundo Carvalho Junqueira está apenas na pessoa que infringe a lei<sup>134</sup>.

Diante disso, parte-se de uma breve análise acerca dos elementos do crime para se chegar à natureza do fato qualificado pela lei como crime, praticado pela criança, os entendimentos doutrinários acerca do assunto e ainda os fundamentos baseados nas neurociências acerca dessa problemática.

Inicialmente, não se pode negar que o fato praticado pela criança seja típico, tendo em vista tratar-se de conduta descrita em lei penal ou fato qualificado como crime. Verifica-se,

---

inimputável. Entretanto, segundo a autora, deve estar implícito ao critério da transposição, bem como às correções posteriores a essa transposição a preocupação em considerar se o fato praticado por esse inimputável é caracterizador da perigosidade criminal do agente. E continua no sentido de que essa valorização do fato, sobretudo, vem a contribuir para o reconhecimento da natureza de sanção penal à medida de segurança de internamento. ANTUNES, Maria João, *Medida de Segurança e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica...*, *Op. Cit.* pp. 365 e ss.

<sup>132</sup> A perigosidade do agente deve estar caracterizada na natureza do fato por ele praticado, uma vez que o juízo de perigosidade que venha dizer sobre a possibilidade da pessoa voltar a praticar outros fatos considerados crimes pela lei penal seria um juízo incerto. ANTUNES, Maria João, “O Passado, O Presente e o Futuro do Internamento de Inimputável Em Razão de Anomalia Psíquica...”, *Op. Cit.* pp. 355-356.

<sup>133</sup> BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo, *O Direito de Intervenção Junto de Menores Infractores...*, *Op. Cit.*, p. 633.

<sup>134</sup> Para o autor, a infração praticada pelo adulto ou pela criança é a mesma, uma vez que apresenta todas as circunstâncias existentes no tipo legal, o que torna equiparado quanto ao preceito primário, diferenciando quanto ao preceito secundário quando da aplicação da sanção, tanto com relação ao lapso da medida aplicada quanto aos diplomas legais a serem utilizados. JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho, *Ato Infracional e Direitos Humanos: A internação de adolescentes em conflito com a lei*, Campinas/SP: Servanda Editora, 2014, p 94.

com isso, não haver diferença entre o fato praticado pela criança e pelo adulto no tocante à adesão ao Princípio da Legalidade<sup>135</sup>, sucintamente, definido por Cláudio Brandão, como o princípio dos princípios por ser na legalidade que o Direito Penal moderno encontra sua legitimidade<sup>136</sup>.

Alinhado ao Princípio da Legalidade e à tipicidade do fato, segue Júlio Barbosa Silva, ao afirmar que “só os actos praticados que consubstanciam factos qualificados como crime pela lei penal legitimam o recurso à justiça juvenil e não outros tipos de factos ou comportamentos que porventura possam ser praticados e assumidos por jovens”.<sup>137</sup>

Após verificar que o fato praticado pela criança é dotado de tipicidade, passa-se a ingressar na seara da ilicitude para descobrir se tal fato além de típico é ilícito.

A doutrina brasileira considera que ação típica praticada pela criança, acobertada por alguma excludente de ilicitude, deve a essa ação ser aproveitada diante do que se leva a verificar que o fato típico praticado pela criança é também considerado ilícito.<sup>138</sup>

Nesse viés segue Anabela Rodrigues e Duarte-Fonseca ao afirmarem que as causas excludentes da ilicitude se aproveitam ao jovem autor de fato qualificado pela lei como crime, pois, “uma vez verificadas, impedem a aplicação de medida tutelar, porque o facto será sempre um facto lícito”.<sup>139</sup>

No entanto, para avançar há ainda que se levar em conta a questão da culpa. Após tantas construções doutrinárias o elemento da culpa tornou-se cada vez mais complexo e nesse contexto é justamente onde se pode constatar uma maior discussão acerca do assunto aqui tratado.

O assunto poderia se esgotar aqui com a alegação de que a inimputabilidade em razão da idade consiste em uma causa de exclusão de culpa, tanto na legislação portuguesa quanto

---

<sup>135</sup> FERRADIN, Mauro, *Ato Penal Juvenil...*, *Op Cit*, p. 51.

<sup>136</sup> BRANDÃO, Cláudio, *Introdução ao Direito Penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp.1-11 *Apud* FERRADIN, Mauro, *Ato Penal Juvenil...*, *Op Cit*, p. 52.

<sup>137</sup> SILVA, Júlio Barbosa, *Lei Tutelar Educativa Comentada...* *Op Cit*, p 25.

<sup>138</sup> Saraiva defende que o fato praticado pela criança, trata-se de uma conduta descrita como típica e antijurídica, caso esta não tenha sido praticada sob o pálio de alguma justificadora legal, ou seja, alguma das causas excludentes de ilicitude previstas no Art. 23 do Código Penal Brasileiro, que são “estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito”. SARAIVA, João Batista Costa, *Compêndio de Direito Penal Juvenil...* *Op Cit*, p 79.

<sup>139</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda / DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa...* *Op Cit*, p 63.

na brasileira e por isso, o fato praticado pela criança é desprovido de culpa. Entretanto, as discussões doutrinárias têm ido mais além, sobretudo, com o surgimento de uma forte corrente doutrinária brasileira, que atribui a presença da culpa no fato ilícito e típico praticado pela criança.

João Batista Costa Saraiva, grande defensor desse entendimento alega que para o fato típico e ilícito praticado pela criança sofrer algum tipo de repressão estatal deve esse fato também ser considerado culposo. E completa, “excluído o pressuposto da culpabilidade do ponto de vista da imputabilidade penal, os demais elementos da culpabilidade não de ser considerados”<sup>140</sup>, ou seja, para o citado autor, deve-se tal conduta ser reprovável após a análise da existência da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa.

Em outras palavras, para Saraiva, a hipótese de não se considerar a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa não haveria pressupostos que se fundamentasse a reprovação do fato praticado pela criança.

Outros doutrinadores brasileiros, portanto, alinham-se com essa ideia ao defender que a culpa também deve estar presente no fato típico e ilícito praticado pela criança como pressuposto para justificar a “reprovabilidade da conduta”<sup>141</sup>, sustentando, inclusive que o inimputável em razão da idade sofre uma espécie de responsabilidade penal juvenil pelo fato praticado, que seria típico, ilícito e culpável<sup>142</sup>.

A corrente oposta à existência de um direito penal juvenil, ou seja, a um sistema

---

<sup>140</sup> SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral...*, *Op Cit*, p. 109.

<sup>141</sup> Sob o argumento de que não há no ordenamento jurídico brasileiro o critério da responsabilidade objetiva, a corrente a que se filia a existência de culpa no fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança reforça a necessidade de se analisar essa conduta diante dos outros elementos normativos da culpa, pois segundo se afirma sem culpa não seria possível a aplicação de “sanção socioeducativa”. SARAIVA, João Batista Costa, “Adolescente em Conflito com a Lei ...”, *Op Cit*, pp. 109-110 e RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo, “Os 26 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e a responsabilidade do adolescente pela prática da infração penal do Brasil”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, Ano 25, 127, Janeiro 2017, p. 245.

<sup>142</sup> Os autores brasileiros que seguem essa linha, tais como Karyna Batista Sposato, Martha de Toledo Machado, todos citados por João Batista da Costa Saraiva, defendem a existência de um “Direito Penal Juvenil”, que segundo este último surgiu no cenário legislativo internacional através da Convenção sobre os Direitos da Criança e no Direito Brasileiro, a partir do o Estatuto da Criança e do Adolescente, que trouxe para o direito juvenil o devido processo legal, através de princípios advindos do direito penal, do garantismo jurídico, e especialmente da ordem constitucional que assegura os direitos da cidadania. SARAIVA, João Batista Costa, “Adolescente em Conflito com a Lei...”, *Op Cit*, p 99-113.

juvenil equiparado ao sistema penal, defende ser o direito da infância um direito autônomo, tendo bases constitucionais, ou seja, diversas do direito penal<sup>143</sup>.

A inimputabilidade penal da criança significa que esta se encontra excluída do sistema de responsabilidade penal, não sendo, portanto, submetida às consequências jurídicas de natureza penal<sup>144</sup>. Deve, portanto, tal ato ser julgado por tribunais especializados, com procedimentos e princípios próprios e ainda cumprir medidas em estabelecimentos adequados, com regras específicas a respeitar seu desenvolvimento físico e psíquico<sup>145</sup>.

Para Melo Bandeira admite ser a questão mais complicada quando se encontra no âmbito da culpa e defende que “o menor é inimputável em razão da idade, mas o menor não tem culpa”. E continua, “o menor não tem personalidade formada, pelo que esta mesma personalidade não formada reflecte-se de forma particular no facto ilícito típico. Se o menor não tem culpa não se pode por o problema ao nível da culpa”<sup>146</sup>.

Não obstante isso, a legislação e doutrina portuguesas manifestam pela ausência de culpa em caso de jovens que praticam fatos qualificados como crime<sup>147</sup>. Diante disso, as causas excludentes da culpa em relação ao inimputável em razão da idade são relevantes não como simplesmente causas de exclusão propriamente ditas, mas sim para avaliação da necessidade de medida tutelar e, em sendo necessária, a avaliação sobre qual medida irá ser aplicada.<sup>148</sup>

---

<sup>143</sup> Para os seguidores dessa corrente, o garantismo do direito juvenil brasileiro tem fundamentação constitucional, e não, simplesmente, um status de um sub-ramo do direito penal. VERONESE, Josiane Rose Petry. “Responsabilização Estatutária ou Responsabilização Socioeducativa (sociopedagógica): Fundamentos”, *In Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos...*, *Op Cit*, p. 93.

<sup>144</sup> GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização”..., *Op Cit*, p. 35.

<sup>145</sup> SARAIVA, João Batista Costa, “Adolescente em Conflito com a Lei ...”, *Op Cit*, p. 67.

<sup>146</sup> BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo, “O Direito de Intervenção Junto de Menores Infractores ...”, *Op Cit*, p. 634.

<sup>147</sup> Para consolidar o entendimento defendido neste trabalho, que se apresenta compatível, portanto, com a doutrina e legislação portuguesa, bem como com a legislação brasileira e boa parte de sua doutrina infanto-juvenil e com o que se vai tratar mais adiante, interessante expor a conclusão de um dos pontos da Tese de Doutoramento (ainda não publicada) de Ana Rita Alfaiate, no sentido de que o inimputável em razão da idade possui uma estrutura “(neuro)biológica, intelectual, ética e social” peculiar que acaba por comprometer a percepção dos fatos por ele praticado, de forma que o torna insuscetível de um juízo revelador de culpa. ALFAIATE, Ana Rita, *O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade*, Tese de Doutoramento em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na aera de Ciências Jurídico-Criminais, orientada pelo Professor Doutor José Francisco Faria Costa, 2014, p. 239.

<sup>148</sup> Segundo Júlio Barbosa, comentador da Lei Tutelar Educativa, o que se refere à culpa/culpabilidade na seara juvenil deve ser vista com as necessárias adaptações, já que foi reproduzida a partir das regras aplicáveis aos

As questões aqui colocadas não se esgotam a nível discursivo, pois o intelecto não atua como faculdade independente, mas inserido na estrutura psíquica e sujeito às forças emotivas<sup>149</sup>. E assim, torna-se possível citar Perez Vitória ao destacar que a imputabilidade requer uma maturidade espiritual baseada nos elementos inteligência e vontade, que não se alcança dentro de certos limites, até uma época mais ou menos determinada da vida e que a menoridade se trata de uma causa de inimputabilidade por falta de desenvolvimento mental.<sup>150</sup>

Com isso, a ideia é concluir que o fato praticado pela criança não é crime, portanto, não deve ser considerado o mesmo fato praticado pelo adulto, sobretudo, por entender que se trata de ato típico, ilícito e não culposo.

De acordo, portanto, com a teoria defendida por Figueiredo Dias, a qual se pode notar vai ao encontro do que se pretende defender neste trabalho, o inimputável em razão da idade possui a vontade de realizar o fato e ainda tem consciência de que se trata de fato qualificado pela lei como crime, mas nem por isso, pode ser censurado como se agisse com culpa, uma vez que lhe falta o elemento emocional, que o leve a atuar de forma contrária e indiferente à lei.

O que se verá, portanto, a seguir é que essa capacidade emocional do inimputável em razão da idade, segundo as neurociências, desenvolve-se mais lentamente em seu processo de formação do cérebro,<sup>151</sup> o que se pretende verificar nos próximos capítulos deste trabalho.

---

adultos imputáveis. SILVA, Júlio Barbosa, *Lei Tutelar Educativa Comentada...*, *Op Cit*, pp. 38-39.

<sup>149</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal da Emoção ...*, *Op Cit*, p.59.

<sup>150</sup> E assim, continua o autor que o inimputável em razão da idade, por não dispor dos elementos essenciais caracterizados da imputabilidade, torna-se incapaz de ser submetido ao direito penal, impedindo, portanto, de lhe ser dirigido o juízo de censura próprio da avaliação de culpa. PEREZ, Vitória Otávio, *La Minoría penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, p.9.

<sup>151</sup> O processo de maturação do cérebro adolescente será abordado de forma mais específica no Capítulo 3 deste trabalho.

### 3. O FATO QUALIFICADO COMO CRIME PRATICADO PELA CRIANÇA À LUZ DE FUNDAMENTOS NEUROCIENTÍFICOS

O fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança, conforme o entendimento ao qual nos filiamos, trata-se de fato típico, ilícito e não culpável. Tal concepção é adotada por aqueles que defendem ser o direito da criança um ramo especializado, advindo de normas convencionais e constitucionais e não um sub-ramo do direito penal.

Falar que o ato ilícito e típico praticado pela criança tem natureza distinta do delito praticado pelo adulto por ser desprovido de culpa e, portanto, que deve ser responsabilizada de forma distinta, por ter a medida a ela aplicada finalidade educativa não seria suficiente para se chegar ao ponto fulcral do trabalho, pois a ideia principal será analisar essas afirmações mediante fundamentos apresentados pelas neurociências no que diz respeito à estrutura do cérebro adolescente e o que isso influencia no comportamento e na tomada de decisões.

Até o momento, a principal controvérsia em relação ao fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança, a partir da análise aos elementos do delito é quanto à existência ou não de culpa, o que será neste momento investigado à luz das neurociências.

Não se pode falar em argumentos neurocientíficos sem ponderar, mesmo que brevemente, algumas concepções como a de liberdade<sup>152</sup> e responsabilidade<sup>153</sup>, uma vez que foi a partir de controvérsias acerca dessas questões que as neurociências vêm se afirmando e têm estado cada vez mais próximas dos tribunais.

Em que pese as principais técnicas de neuroimagem terem surgido apenas nos anos

---

<sup>152</sup> Sabe-se que a concepção de liberdade é algo bastante complexo, e não se pretende aqui adentrar em questões filosóficas (deterministas e indeterministas), pois além de não ser este o ponto fulcral do trabalho, não se pretende em um trabalho dessa natureza chegar a um conceito geral e unívoco sobre o assunto. Não obstante isso, não se pode ignorar algumas questões que têm suscitando dúvidas e divergências a partir de argumentos neurocientíficos com relação a conceitos já delimitados pelo direito penal. Com isso, não é nossa pretensão exaurir essas questões, nem tratar de forma minuciosa sobre todas essas concepções de liberdade, pois, como já dito, além de fugir do nosso foco principal estaríamos a falar de uma “controvérsia sem fim”, como chega afirmar Hassemer. HASSEMER, Winfried. “Neurociências e culpabilidade em Direito Penal”, *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 21, Vol. 100, Jan-fev, 2013 (Traduzido por Helena Regina Lobo da Costa), pp. 213-217.

<sup>153</sup> Ao pensar em responsabilização, sobretudo, do inimputável em razão da idade é válido reconhecer sua posição no direito penal. Trata-se de um ser individual, sujeito de direitos e com capacidade para conhecer o bem e o mal de sua conduta, embora não possua a compreensão para se chegar aos limites da reprovação social que pesa sobre essa conduta. MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal da Emoção...*, *Op Cit*, p. 115.

90<sup>154</sup>, foi na década de 80, que o cientista, Benjamim Libet realizou um importante experimento através do qual se demonstrou que durante uma ação “voluntária”, o cérebro se ativa preparando-se para aquele ato antes que a pessoa tenha a consciência subjetiva da vontade.<sup>155</sup>

A partir desse experimento, Libet buscou negar a existência do livre arbítrio ao pretender mostrar que o cérebro já decide antes mesmo que se tome a decisão conscientemente. A intenção, com essa prática, era demonstrar que o indivíduo não é livre para tomar suas decisões, pois estas são “pré-determinadas potencialmente por uma série de fatores armazenados no cérebro”.<sup>156</sup>

Diante do questionamento acima, como contraponto, pode-se utilizar o critério de liberdade defendido pelo finalismo, o qual se fala em “autonomia ética do indivíduo como limite da intervenção jurídico-penal”<sup>157</sup>.

Não obstante isso surge uma corrente mais radical<sup>158</sup>, através da qual as neurociências

---

<sup>154</sup> Segundo o autor, a década de 90 ficou conhecida como década do cérebro, pois foi marcada por relevantes investigações acerca da atividade psicológica dos seres humanos. Teve como pioneiro, na altura, o radiologista americano Marcus Raiclé, que através de suas pesquisas, promoveu avanço do “PET (Positron Emission Tomography) e do fMRI (Functional Magnetic Resonance Imaging) ou Ressonância Magnética do Cérebro”, de forma que antes disso o método utilizado para analisar o cérebro humano era por meio de autópsias. TEIXEIRA, João Fernandes, *Filosofia do Cérebro*, São Paulo: Paulus, 2012, pp. 11-12, *Apud* CERQUEIRA, Marina, *Neurociências e Culpabilidade*, 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, p. 74.

<sup>155</sup> O mencionado experimento consistiu em uma pessoa flexionar os dedos das mãos se assim o desejasse, devendo apenas comunicar que assim agiria antes de fazê-lo. Enquanto isso, Benjamin Libet, estaria a monitorar a atividade cerebral daquela pessoa através de ressonância magnética funcional. Após isso, o referido cientista percebeu que os neurônios do córtex motor suplementar, associados aos movimentos das mãos, acionavam alguns milissegundos antes do indivíduo estar consciente de sua vontade de realizar tal ação, concluindo, portanto, que as decisões tomadas pelos indivíduos são iniciadas no âmbito do inconsciente e só depois percebidas conscientemente. Após o de Libet, outros experimentos, da mesma natureza, surgiram no Reino Unido e em Berlim. PORCIÚNCULA, José Carlos, *La exteriorización de lo interno: sobre La relación entre lo objetivo y lo subletivo em El tipo penal*, 2012, Tesis (Doutorado em Derecho) – Universitat de Barcelona, 2012. Director de la tesis: Prof. Dr. Santiago Mir Puig *Apud* CERQUEIRA, Marina, *Neurociências e Culpabilidade... Op Cit*, p. 75.

<sup>156</sup> MONIZ, Helena. “Neurociências e Direito Penal: novos e velhos problemas”, disponível no sítio: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015\\_02\\_0911\\_0928.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0911_0928.pdf), acessado em 11.04.2017, p. 919.

<sup>157</sup> O finalismo, por sua vez, firmou-se como doutrina dominante após a segunda guerra mundial. No entanto, essa concepção de livre arbítrio defendida pela corrente finalista passou a ser bastante criticada diante da dificuldade ou até mesmo da impossibilidade de se demonstrar empiricamente, ou seja, diante do caso concreto a existência do livre arbítrio. CERQUEIRA, Marina, *Neurociências e Culpabilidade... Op Cit*, pp. 55-56.

<sup>158</sup> A corrente mais radical, segundo Hassemer, ao apresentar o pensamento de Gerhard Roth, combate a existência do livre arbítrio ao defender que o homem não decide agir de determinada forma mediante sua vontade, pois na verdade, essa ação que aparentemente deriva de uma vontade seria, na realidade, consequência de processos neuronais. ROTH, encontrou alguns seguidores entre os penaWorüber dürfen Hirnforscher reden – und in welcher? In C.Geyer (Ed.), *Hirnforschung ind Willensfreiheit*, 2004, p. 66 e SS. (73), *Apud* HASSEMER, Winfried. “Neurociências e culpabilidade em Direito Penal ...”, *Op Cit*, p. 217.

vêm causar uma espécie de revolução para o direito, ao afirmar que o homem não é um ser livre e que, portanto, “a liberdade de agir (ou livre arbítrio) é uma ilusão criada pela mente consciente, uma vez que todas as nossas decisões procedem de processos neuronais complexos inconscientes sobre os quais o nosso consciente ou não tem poder algum, ou tem minimamente”.<sup>159</sup>

As neurociências sustentam “uma nova imagem do humano”<sup>160</sup> e isso pode implicar em uma mudança da concepção que o homem faz de si mesmo. Essa ideia, entretanto, que traz uma repercussão direta no direito penal<sup>161</sup>, especialmente no que se refere a concepções como as de culpa e responsabilidade<sup>162</sup>.

Para Juarez Tavares, a teoria finalista do delito e sua noção de liberdade promove um distanciamento da responsabilidade de suas bases objetivas para seguir por juízos hipotéticos, que são indemonstráveis diante do caso concreto, o que é imensamente questionável<sup>163</sup>.

Nesse sentido, Luzón Peña afirma o seguinte:

“Es cierta la indemostrabilidad empirica, mediante experimentos, del libre albedrio de alguien concreto: es irrepitible la situación del sujeto en el momento del hecho y no se puede reproducir después exactamente igual para comprobar si alguna otra vez decide reaccionar de outra manera, porque ya tiene experiencia, memoria, conocimiento y valoraciones previas de la situación anterior, pero además porque ser humano tiene inteligencia y razón y no sabemos si su valoración y ponderación de lo último sucedido pesará como motivo más”<sup>164</sup>.

---

<sup>159</sup> QUEIROZ, Paulo, “Revolução Neurocientífica e Direito Penal”, *In Boletim IBCCRIM*, Ano 19, Nº 227, 2011, p. 04.

<sup>160</sup> KHALED JR., Salah H / DA ROSA, Alexandre Morais., *In dubio pro hell: profanando o sistema penal*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 73.

<sup>161</sup> A maior parte da doutrina penal discorda e refuta essa ideia de inexistência de liberdade de decisão e de culpa, entre eles, Maria Fernanda Palma (2005), Demétrio Crespo (2013), Hassemer (2011). DIAS, Augusto Silva, “Cérebro Social, Diversidade Cultural e Responsabilidade Penal”, *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º3, Janeiro-Junho, Coimbra: Almedina, 2016, p. 37.

<sup>162</sup> Nesse sentido, as concepções tradicionais de culpa e responsabilidade estariam ameaçadas, na medida em tais conceitos só poderiam ser levados em conta em caso de existir, de fato, livre arbítrio. KHALED JR., Salah H / DA ROSA, Alexandre Morais, *In dubio pro hell: profanando... Op Cit*, p, 73.

<sup>163</sup> TAVARES, Juarez, *Culpabilidade: a incongruência dos métodos... Op Cit*, p.149.

<sup>164</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Libertad, Culpabilidad y Neurociencias”, *Anatomia do Crime: Revista de Ciências Jurídico-Criminais...*, *Op Cit*, p. 78.

Pode-se dizer que essa concepção de liberdade baseada em alguém em concreto, descrita acima não é incompatível com a defendida por Figueiredo Dias ao questionar a “liberdade de vontade” como fundamento da culpa<sup>165</sup>. Sustenta o referido autor português que “os limites fácticos da realização, constituem, assim, também limites fácticos da própria vontade, pelo que esta é, logo neste sentido, não livre”<sup>166</sup>. Em outras palavras, deve-se buscar como pressuposto da culpa uma “liberdade concreta e pessoal” do homem, ou seja, a sua “liberdade existencial”<sup>167</sup>.

O indivíduo vive em coletividade, é regido por leis e ainda limita-se por regras de convivência e outros fatores que estão relacionadas com vivências familiares, sociais, culturais, ou seja, o homem é o que é, e esse fato decorre de diversos fatores que passam a influenciar suas decisões, mostrando-se assim um ser livre dentro de sua realidade concreta.<sup>168</sup>

Estar-se a falar, nesse caso, em alguém marcado por traços genéticos, constituição neuronal, capacidades mentais, que ainda vive, permanentemente, sob forte influência do meio social e cultural em que cresce e vive<sup>169</sup>.

Ao seguir essa mesma linha de acreditar que nossas decisões são direcionadas por influências genéticas, ambientais, hormonais, bem como experiências vividas na infância, e ainda eventos neurotransmissores e circuitos neurais, o neurocientista Eagleman chega a afirmar que “o livre-arbítrio pode existir – mas, se existe, tem muito pouco espaço em que operar”.<sup>170</sup>

---

<sup>165</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I... *Op Cit*, p. 517.

<sup>166</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade, Culpa, Direito Penal...*, *Op Cit*, p. 27.

<sup>167</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 6ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 195-196.

<sup>168</sup> Nesse sentido desenvolve Kai Ambos ao analisar a concepção de liberdade de Figueiredo Dias em artigo em homenagem ao Professor Doutor Figueiredo Dias. AMBOS, Kai, “A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, (orgs.) Manoel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Volume I, *Studia Iuridica* 99, *Ad Honorem*, 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2009 (Tradução de Pedro Caeiro e Susana Aires de Sousa), Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, pp. 57-59

<sup>169</sup> DIAS, Augusto Silva, “Cérebro Social, Diversidade Cultural e Responsabilidade Penal”, *Anatomia do Crime...*, *Op Cit*, p. 38

<sup>170</sup> Para se chegar a essa conclusão, o referido autor avoca o Princípio do Automatismo Suficiente, o qual se refere ao livre-arbítrio como algo de pouca relevância diante de uma enorme “maquinaria automatizada”. Ao fim ao cabo, para o autor, mesmo que fique conclusivamente comprovada a existência do livre-arbítrio não alterará o fato de que o comportamento humano opera em grande parte quase sem levar em conta a “mão invisível da volição”. Cf. EAGLEMAN, David, *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*, Tradução de Ryta Vinagre, Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2012, p. 183.

Com efeito, diante do que se está a falar, Demetrio Crespo, por sua vez, afirma a relevância e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre penalistas e neurocientistas, tendo em vista que o direito penal não pode se fechar em suas regras sem qualquer referência a outros conhecimentos externos.<sup>171</sup>

Após essa abordagem geral sobre o reflexo que as neurociências vêm tendo diante de concepções já delimitadas pelo direito penal<sup>172</sup>, faz-se necessário, a partir de agora, ingressar no ponto específico deste trabalho na perspectiva de verificar o cérebro adolescente e seu processo de maturação diante de seu comportamento, bem como na sua vontade e liberdade para se tomar de decisões.<sup>173</sup>

Trata-se, na verdade, de um cérebro em desenvolvimento diante de um processo de amadurecimento, o qual pôde ser percebido por sofisticadas técnicas de imagiologia cerebral, através das quais foi possível observar as trajetórias dessa evolução, que perpassa tanto pelo cognitivo quanto pelo emocional dos adolescentes<sup>174</sup>, de forma a refletir decisivamente no comportamento dessa pessoa que ainda não se tornou adulta.

Ao atingir a idade adulta, quando o cérebro se encontra devidamente formado, é que o indivíduo se encontra capaz de tomar decisões maduras e racionais, e isso se deve ao processo de “tomada de decisão”<sup>175</sup>, que para as neurociências desenvolve-se ao longo das diferentes etapas da vida.

---

<sup>171</sup> CRESPO, Eduardo Demetrio, “Lebertad versus determinismo en Derecho Penal?” *Anatomia do Crime...*, *Op. Cit.*, p. 93 (tradução livre da ideia acima) e VIANA, João Matos, “Comentário à sessão direito penal e neurociências”, *Anatomia do Crime...*, *Op Cit.*, p. 99.

<sup>172</sup> Em contrapartida, essa “nova forma de se questionar a liberdade humana” trazida pelas neurociências põe em dúvida não só a liberdade do indivíduo como também boa parte dos fundamentos utilizados pelo direito penal moderno, o que não tem sido bem aceita pela maioria dos penalistas. ROSA, Alexandre Morais da / KHALED JR, Salah H, *In dúbio pro hell: profanando o sistema penal*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2014, p. 74.

<sup>173</sup> Para as neurociências há uma forte relação entre o cérebro e o comportamento, o que faz considerar a biologia e a tomada de decisões como inseparáveis. O que se pode concluir, em outras palavras, é que essa relação cérebro/comportamento interfere, sobretudo, no que pensamos, na forma como agimos e até mesmo no que somos. EAGLEMAN, David, *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*, Tradução de Ryta Vinagre, Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2012, pp. 186-190.

<sup>174</sup> CASEY, B.J., GETZ, S., & GALVAN, A, *The adolescent brain. Deselopmental Review*, 28, 2008, pp. 62-77; CASEY, B.J., TOTTENHAM, N., LIESTON, C., & DURSTON, S, *Imaging the developing brain: What have we learned about cognitive development?* *Trends in Cognitive Science*, 9, 2008, pp. 104-110 *Apud* PAIS, Lúcia G / OLIVEIRA Miguel, “Decisão (do) adolescente: psicologia e delinquência juvenil”, *Ousar e Integrar - Revista de Reinserção Social e Prova*, Nº 5, 2010, p. 4.

<sup>175</sup> O processo de tomada de decisão envolve uma análise de risco e dano potencial. Trata-se de uma capacidade cognitiva que se adquire e que nos permite avaliar de forma antecipada as consequências de nossos atos. “Cérebro e maioridade penal” artigo publicado e disponível no sítio <http://ciencia.folhadaregiaio.com.br/2015/07/cerebro-e-maioridade-penal.html>, acessado em 03.05.2017, p. 1.

Ao trazer a questão para a criança e sua estrutura cerebral inacabada, Luzon Peña, afirma que a liberdade de escolha é algo que se adquire progressivamente no decorrer de um processo de maturação, educação e socialização.<sup>176</sup>

Há cerca de 10 (dez) anos pode-se constatar a realização de estudos longitudinais<sup>177</sup> referentes à adolescência, ou seja, uma espécie de acompanhamento do desenvolvimento do cérebro do indivíduo desde a infância até o começo da idade adulta. Com isso, observou-se que o cérebro passa por relevantes transformações ao longo desse período, que para a neurociência moderna, evidencia-se, na verdade um novo período de transformações do cérebro, que é a adolescência<sup>178</sup>.

É mais precisamente no início da adolescência que surgem o interesse pelo sexo, ajuste do corpo, tédio, a busca por riscos e novidades, o desenvolvimento da capacidade de controlar impulso, raciocínio lógico e abstrato, embora ainda não apresente capacidade de se autorregular, de gerenciar os seus impulsos, ou seja, de olhar pra si mesmo e decidir fazer o contrário, por não ser capaz de antecipar os problemas resultantes de seus atos.<sup>179</sup>

Suzana Herculano-Houzel vem complementar o que já havia dito da seguinte forma:

“Atenção, linguagem, memória e raciocínio abstrato são processos até que rapidamente aprimorados, em torno dos 14 anos, e postos à prova com o interesse súbito por política, filosofia e religião. Por outro lado, a capacidade de se colocar no lugar dos outros e de antecipar as consequências dos próprios atos, bases para as boas

---

<sup>176</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Libertad, Culpabilidad y Neurociencias”, *Anatomia do Crime...*, *Op Cit*, p. 80. Tradução livre da ideia acima.

<sup>177</sup> Em que pese às deficiências e limitações dessas técnicas de imagiologia cerebral foi através delas que se tornou possível observar essa trajetória de desenvolvimento desde a infância até a adolescência. Conforme tais estudos, afirma-se ter atribuído ao longo desse desenvolvimento a diferentes taxas, em períodos diferentes e em regiões distintas, as alterações fisiológicas e anatômicas, as quais podem ser detectadas através dessas imagens, possibilitando, assim, a constituição de medidas de intensidade ou de crescimento comparáveis entre si em momentos distintos de tempo durante a realização de tarefas cognitivas de interesse. CASEY, B.J., GETZ, S., & GALVAN, A., *The adolescent brain. Developmental Review*, 28, 2008, pp. 62-77; CASEY, B.J., TOTTENHAM, N., LIESTON, C., & DURSTON, S., *Imaging the developing brain: What have we learned about cognitive development?* *Trends in Cognitive Science*, 9, 2005, pp. 104-110 *Apud* PAIS, Lúcia G. / OLIVEIRA Miguel, *Decisão (do) adolescente: psicologia... Op Cit*, p. 4.

<sup>178</sup> HERCULANO-HOUZEL, Suzana, *Neurociências na Educação. Adolescência: o cérebro em transformação*. (DVD), Atta: Mídia e Educação. São Paulo: Nitta's Digital Vídeo.

<sup>179</sup> Segundo a citada neurocientista, até então se acreditava que o comportamento do adolescente seria algo resultante da ação de hormônios em face de um cérebro já formado ao final da adolescência. HERCULANO-HOUZEL, Suzana, *Neurociências na Educação. Adolescência: o cérebro em transformação (DVD)*, Atta: Mídia e Educação, São Paulo: Nitta's Digital Vídeo.

decisões e para a vida em sociedade, só chega bem mais tarde, por volta dos 18 anos, à força de mudanças no cérebro e de muita experiência (...)” E continua, “Adolescentes, portanto, fazem o que podem com cérebro que tem.”<sup>180</sup>

Com isso, passam a apontar que por volta dos 11 aos 16 anos, ou seja, entre a infância tardia e a fase intermediária da adolescência, os indivíduos demonstram uma melhora no raciocínio, na eficiência e capacidade de processamento de informação.<sup>181</sup>

O adolescente entra no período de amadurecimento e a região do cérebro encarregada pelo controle de impulsos é o córtex pré-frontal<sup>182</sup>. Durante esse processo, aliado às experiências vividas nesse período de amadurecimento, o jovem passa a não só ser capaz de controlar seus impulsos, que combinado com raciocínio abstrato, e mais tarde, com o amadurecimento de outras partes do cérebro, consiga se colocar no lugar do outro, desenvolvendo assim a empatia e a teoria da mente<sup>183</sup>.

A importância das regiões frontais do cérebro torna-se cada vez mais evidente no momento de tomada de decisões e diante do que se pôde perceber, o córtex, por sua vez, que tem como principal função controlar os impulsos e tomar decisões, só pode ser considerado maduro próximo dos 21 anos.<sup>184</sup>

Farah, Noble e Hurt, ao apresentarem diversos estudos acerca da neurociência cognitiva<sup>185</sup>, resumem o sistema executivo/pré-frontal da seguinte forma:

---

<sup>180</sup> HERCULANO-HOUZEL, Suzana. Adolescência é coisa do cérebro e não dos hormônios. Site: <http://www2.uol.com.br/vivermente/artigos/adolescencia-e-coisa-do-cerebro>.

<sup>181</sup> Vale salientar que Steinberg se referia ao raciocínio dedutivo, o qual se entende por aquele raciocínio que se chega a uma premissa conclusiva através de uma dedução. Um pensamento abstrato, deliberativo e hipotético. STEIMBERG, 2009, p.55 *Apud* PAIS, Lúcia G. / OLIVEIRA Miguel, “Decisão (do) adolescente: psicologia e delinquência juvenil” *In Ousar e Integrar - Revista de Reinserção Social e Prova*, Nº 5, 2010, p. 6

<sup>182</sup> O cortex pré-frontal, parte do cérebro responsável por um conjunto de funções cognitivas denominadas funções executivas, corresponde à última região cerebral a se desenvolver completamente. STEIMBERG, 2009, p.55 *Apud* PAIS, Lúcia G. / OLIVEIRA Miguel, “Decisão (do) adolescente: psicologia ...” *Op Cit*, p. 6

<sup>183</sup> Empatia é a capacidade de sofrer o que o outro sofre; Teoria da Mente seria a capacidade de intuir o que o outro está a sentir ou a pensar, ou seja, formar hipótese acerca da mente do outro e assim imaginar como o outro reagiria. HERCULANO-HOUZEL, Suzana, *Neurociências na Educação. Adolescência: o cérebro em transformação... Op Cit*.

<sup>184</sup> GUEDES, Francine Marioga dos Reis Guedes, “Redução da Maioridade Penal e Neurociência: cortar o mal pela raiz?”, Colunas e Artigos, Disponível no site: [www.emporiiodireito.com.br](http://www.emporiiodireito.com.br). Acesso em 15 de jan 2016.

<sup>185</sup> De forma sucinta, Roberto Muller afirma que Neurociência Cognitiva é uma subdivisão do estudo da neurociência que aborda os campos de “pensamento, aprendizado e memória”. Ao utilizar, portanto, o pensamento de Kandel, Muller afirma ser a neurociência cognitiva um misto de “neurofisiologia, anatomia, biologia desenvolvimentalista, biologia celular e molecular e psicologia cognitiva” e dá como exemplos, o uso da

“O sistema executivo/pré-frontal permite respostas flexíveis a situações em que a resposta adequada pode não ser a mais habitual ou apelativa, ou quando se necessita de manter ou atualizar informações sobre acontecimentos recentes. Depende do córtex pré-frontal, uma região do cérebro de amadurecimento tardio, desproporcionalmente, desenvolvida nos seres humanos.”<sup>186</sup>

As neurociências, por sua vez, têm buscado demonstrar que a capacidade de valoração está relacionada à via “emocional-moral” e isso compromete a tomada de decisões, que vem a ocorrer tanto na fase da imaturidade, em que o cérebro se encontra em desenvolvimento, quanto no caso de lesão ou enfermidade da mente.<sup>187</sup>

Essa questão se apresenta mais evidente, sobretudo, por ser no período da adolescência que o indivíduo sofre importantes alterações, e como se pôde antever, tanto em níveis hormonais, como em nível de maturação cerebral. Trata-se de uma “etapa do desenvolvimento humano, intermediária entre a infância e fase adulta, e se caracteriza por mudanças fisiológicas e psíquicas, que refletem no comportamento do sujeito”.<sup>188</sup>

Muitas decisões, na fase da adolescência, são tomadas mediante influências emocionais e sociais. A maturação cerebral e cognitiva ocorre, nesse período, com muita intensidade, embora já tenha se podido constatar, através de pesquisas<sup>189</sup>, que a capacidade cognitiva do adolescente se equipara a do adulto antes do que a maturidade emocional e social, que se desenvolvem mais lentamente, o que tem deixado o adolescente em desvantagem diante de questões em que tenha que trabalhar as capacidades cognitivas e psicossociais em

---

linguagem, bem como as diferenças entre a memória para eventos específicos e memória para execução de habilidades motoras. MULLER, Roberto, “*Neurociência Cognitiva e a Nossa Realidade*”. em seu artigo baseado na obra de KANDEL, E.R et al. - *Principles of Neural Science*, 4ª ed. publicado no sítio [www.sbneurociencia.com.br](http://www.sbneurociencia.com.br), acessado em 17.04.2017 .

<sup>186</sup> FARAH, Martha J. / NOBLE, Kimberly G. / HURT, Hallam. “Poverty, Privilege, and Brain Development: Empirical Findings and Ethical implications”, *University Of Pennsylvania*, p.6. Artigo publicado no sítio: [www.mekids.org](http://www.mekids.org). Tradução livre da citação acima, p.6.

<sup>187</sup> GUEDES, Francine Mariolga dos Reis, “A imputabilidade à luz da neurociência (Parte 1)”, Disponível no sítio <http://emporiiodireito.com.br/a-imputabilidade-a-luz-da-neurociencia-parte-1-por-francine-mariolga-guedes/>, acessado em 03.05.2017.

<sup>188</sup> BLOS, Peter, *Adolescência: Uma interpretação psicanalítica*, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.10 Apud GAUER, Gabriel José Chitó / NETO, Alfredo Cataldo / REGINA Leandra, “Juventude, contemporaneidade e comportamento agressivo”, *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais*, Vol 2, Porto Alegre: ediPUCRS 2010, p 62.

<sup>189</sup> Acerca do que foi dito, relevante será fazer remissão às Notas 143 e 169.

conjunto.<sup>190</sup>

Como dito anteriormente, a legislação internacional sempre considerou a pessoa com menos de dezoito anos, como alguém em situação de desenvolvimento, e assim, determina que se deva tratar a criança de forma distinta do adulto, sendo irrelevante a capacidade de discernimento e maturidade que a aquela pessoa eventualmente possua.

As neurociências, utilizando-se de técnicas de imagens demonstram que o tamanho do cérebro de uma criança de seis anos é de aproximadamente 90% (noventa por cento) do tamanho do cérebro de adulto, no entanto, os subcomponentes cinza e branco do cérebro continuam a sofrer alterações dinâmicas ao longo da adolescência. Mediante dados resultantes de estudos de ressonância magnética realizados em diferentes idades indicam que o volume de massa cinzenta sofre primeiro os aumentos, depois diminui ao longo do desenvolvimento, e apresenta maior variação regional do que a substância branca. Em geral, as regiões subjacentes às funções primárias, tais como os sistemas motor e sensorial, amadurecem mais rapidamente, enquanto as áreas de associação de ordem superior, tais como o córtex pré-frontal, que integram estas funções primárias, amadurecem mais tarde. Portanto, como dito anteriormente, o córtex pré-frontal é responsável pelo raciocínio e tomada de decisão e o seu desenvolvimento prolongado pode ser a base do julgamento imaturo na adolescência.<sup>191</sup>

Em outras palavras, conforme a substância cinzenta do córtex, onde ficam os corpos celulares dos neurônios, vão afinando a substância branca ganha volume na mielinização, ocorrendo, portanto, um refinamento do córtex cerebral<sup>192</sup>.

Na verdade, estar-se a falar de um período bastante complexo da vida de alguém, que

---

<sup>190</sup>STEIMBERG, L. & SCOTT, E, *Less guilty by reason of adolescence: Developmental immaturity, diminished responsibility, and the juvenile death penalty*. American Psychologist, 58, 2003, pp. 1009-1018 *apud* PAIS, Lúcia G. / OLIVEIRA Miguel, *Decisão (do) adolescente: psicologia... Op Cit*, p. 6

<sup>191</sup> FELD, Barry C. / CASEY, B.J. / HURD, Yasmin L, “Adolescent Competence and Culpability: Implications Of Neuroscience for Juvenile Justice Administration”, *A Premir On criminal Law and Neuroscience: A Contribution of the Low and Neuroscience Project*, Supported by MacArthur Foundation, 2013. Tradução livre da ideia acima referida, p. 189.

<sup>192</sup> “Mielinização é um processo de formação de capas de bainhas da mielina como camadas isolantes ao redor dos axônios, que é o que permite uma maior rapidez e fidelidade na transmissão de informações no cérebro. Esse processo se estende por toda a adolescência e pode chegar até os 25 a 30 anos”. Se for considerar esse critério, Suzanaerculano conclui que se pode concluir que a adolescência pode durar por muito mais tempo do que o que se considera durar atualmente. HERCULANO-HOUZEL, Suzana, *Neurociências na Educação. Adolescência: o cérebro em transformação... Op. Cit.*

devido sua estrutura cerebral<sup>193</sup> não apresenta capacidade de antecipar arrependimento por seus atos. Para Susana Herculano, não se estar a dizer que não seja capaz de se arrepender, entretanto, não chega a antecipar o que pode dar errado, o que a partir daí passa-se a considerar a base para a questão da imputabilidade criminal<sup>194</sup>, ou seja, a responsabilização do adolescente pela prática de um ato ilícito e típico.

Atualmente quando se pensa em adolescente vem logo em mente alguém com fácil acesso a um conjunto considerável de informações, que vive experiências desafiadoras cada vez mais cedo, especialmente, quando se trata de criança autora de ato fato qualificado pela lei como crime. Nesse caso, sobretudo, uma grande parcela da sociedade enxerga aquela pessoa como alguém que age de forma consciente, e que por isso, deve ser considerado plenamente capaz de se comportar como adulto, independentemente de seu histórico de vida e ambiente cultural e familiar.

De acordo com a “psicologia, a psicanálise e a neurociência” o ambiente que cerca a criança é o principal responsável pela formação da sua personalidade<sup>195</sup>, o que vem a influenciar imensamente como a pessoa reage diante de situações que lhe são impostas, não podendo exigir desta que aja de forma distinta por conta de suas experiências de cunho social, biológico, cultural e familiar. Tudo isso aliado ao processo de amadurecimento do cérebro adolescente, vem a repercutir no momento da tomada de decisão do que fazer e como fazer.

Conforme exposto acima, nesse período de formação do cérebro a pessoa ainda não detém capacidade de raciocínio para analisar as consequências de seus atos<sup>196</sup>. O agente

---

<sup>193</sup> Para as neurociências as mais importantes mudanças estruturais e funcionais do cérebro adolescente ocorrem justamente nas regiões responsáveis pelos processos de planejamento em longo prazo, de regular emoções, controlar impulsos e avaliar riscos e consequências. STEINBERG/SCOTT, Ebd., 2003 *Apud* MORA, Gustavo Chan, “Fundamentos Psicológicos-Evolutivos y Neurocientíficos para El Tratamiento Diferenciado de La Responsabilidad [! y de La Culpabilidad!] Penal de los Jóvenes” *In Revista Digital de la Maestría em Ciencias Penales de La Universidad de Costa Rica*, nº3, 2011, tradução livre da referida ideia, p. 377.

<sup>194</sup> Essa capacidade de antecipar arrependimento pelas consequências dos próprios atos é chamado por Suzana Herculano de “raciocínio consequente”, o que se adquire ao final da adolescência. HERCULANO-HOUZEL, Suzana, *Neurociências na Educação. Adolescência: o cérebro em transformação*, (DVD), Atta: Mídia e Educação. São Paulo: Nitta's Digital Vídeo.

<sup>195</sup> RIGON, Roziméri Aparecida. *Delinquência Infanto-Juvenil: Uma Abordagem Desenvolvimentista em Criminologia*, Curitiba: Juruá, 2012, p.181.

<sup>196</sup> Os jovens em geral, sobretudo os que estão em situação de infração da lei penal, necessitam passar por processos de amadurecimento de pensamento para que assim venham a adquirir empatia e possam compreender que suas atitudes repercutem na vida de suas vítimas e na vida da comunidade em geral. Assim, Marty Beyer, Phd em justiça juvenil, desenvolve seu posicionamento, em consonância com as ideias abordadas neste capítulo,

inimputável em razão da idade tem vontade de realizar a conduta e possui consciência do seu resultado, entretanto, pode-se verificar pelo que já foi dito, que não dispõe da capacidade de refletir e avaliar, naquele momento da decisão, que aquele fato por ele praticado é contrário à lei e, portanto, não deveria agir dessa forma, de forma que se assim o fizer terá como consequência a responsabilização.

Além disso, para continuar a análise do fato ilícito e típico praticado pelo jovem, segundo as neurociências, pode-se dizer que não se deve exigir que esse jovem, com a estrutura que seu cérebro possui, tenha a mesma atitude de uma pessoa adulta. Com isso, conclui-se que, para as neurociências, o fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança não corresponde ao mesmo fato praticado pelo adulto por não ter a criança alcançado ainda maturidade emocional e social que é desenvolvida de forma mais lenta que a capacidade cognitiva.<sup>197</sup>

Após abordar o fato típico e ilícito da criança pelo viés da teoria do delito e das neurociências a ideia, a seguir, será tratar da natureza da medida aplicada ao jovem infrator e ainda como se deve ocorrer essa responsabilização à luz de bases neurocientíficas para mostrar como esses argumentos vêm influenciando em alguns casos concretos inclusive trazendo novos limites constitucionais no âmbito da justiça infanto-juvenil.

---

ao afirmar que esse processo de amadurecimento se caracteriza em aprender a antecipar as consequências de seus atos, inclusive podendo antever a possibilidade de ocorrer o pior resultado, visualizar alternativas, aprender a elaboração e cumprimento de um plano, e ainda desenvolver um pensamento crítico e abstrato. BEYER, Marty, “As melhores práticas na responsabilização dos jovens: perspectiva geral”, In *Infância e Juventude. Revista do Instituto de Reinserção Social Ministério da Justiça*, Janeiro-Março, 05.1, Traduzido por Manuela Baptista Lopes, p. 111.

<sup>197</sup> STEIMBERG & SCOTT, 2003, *Apud* PAIS, Lúcia G. / OLIVEIRA Miguel, “Decisão (do) adolescente: psicologia...” *Op Cit*, p. 6.

#### 4. RESPONSABILIZAÇÃO DA CRIANÇA AUTORA DE FATO QUALIFICADO PELA LEI COMO CRIME E A FINALIDADE DA MEDIDA APLICADA: PUNITIVA OU EDUCATIVA?

Ao praticar um fato qualificado pela lei como crime, ser submetida a um procedimento de apuração<sup>198</sup> daquele fato e após isso ser considerada responsável, a criança deverá sofrer uma medida tutelar<sup>199</sup> ou socioeducativa<sup>200</sup> com base em lei especial com princípios e procedimentos próprios.

Não se questiona que o jovem em conflito com a lei responderá pelo fato por ele praticado. O que será abordado, portanto, nesta parte do trabalho será a finalidade da medida aplicada, em suma, se tal medida possui finalidade punitiva ou educativa.

A LTE deixa clara em seu texto que as medidas tutelares educativas visam à educação da criança e sua socialização<sup>201</sup>.

Educar, para Anabela Rodrigues, é diferente de ensinar, é algo além de trazer conhecimentos teóricos ou práticos de uma ciência ou de uma arte, mas sim desenvolver de

---

<sup>198</sup> Em que pese as finalidades da intervenção estatal juvenil ter como fundamento a responsabilização da criança em conflito com a lei enquanto ator social e estarem previstas em lei especial, essa intervenção traz algumas finalidades próprias do direito penal e processual penal, o que tornam os modelos utilizados no direito comum e no direito juvenil bastante semelhantes, sobretudo, no tocante ao modelo processual a ser seguido. Entretanto, suas peculiaridades, bem como suas diferentes bases e pressupostos não devem permitir que passem a enxergá-lo como um “direito penal dos pequeninos” ou seja um sub-ramo do direito penal. GUERRA Paulo, “O Novo Direito das Crianças e Jovens – Um Verdadeiro Recomeço”, *Infância e Juventude. Revista do Instituto de Reinserção Social*, Janeiro-Março, 03.1, pp. 58-59.

<sup>199</sup> De acordo com a Legislação Portuguesa, as medidas tutelares são aplicadas ao jovem autor de fato qualificado pela lei, já elencadas no Capítulo 1, mais precisamente no item 1.1.1 deste trabalho. Tais medidas têm como objetivo educar a criança autora de fato qualificado como crime, bem como inserir a mesma no ambiente comunitário, “de forma digna e responsável”. SILVA, Júlio Barbosa, *Lei Tutelar Educativa Comentada: No âmbito das principais orientações internacionais... Op Cit, ... p. 35.*

<sup>200</sup> Para a Legislação Brasileira, as medidas aplicadas ao jovem que pratica ato infracional são denominadas medidas socioeducativas, por apresentarem um viés de “medidas sociais”, uma vez que o adolescente é entendido como um ser social devendo estar inserido na sociedade, como também de “medidas educativas” por carregar ainda um cunho educativo como estratégia de intervenção estatal em face do adolescente em conflito com a lei. VERONESE, Josiane Rose Petry, “Responsabilização Estatutária ou Responsabilização Socioeducativa (Sociopedagógica): Fundamentos”, *Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos..., Op Cit*, pp. 100-101.

<sup>201</sup> Vide Art. 2º da Lei Tutelar Educativa, vigente em Portugal, aprovada pela Lei nº 166/99, de 14 de setembro de 1999, aprovada em 2(dois) de julho de 1999, promulgada em 26 (vinte e seis) de agosto de 1999, referendada em 2 (dois) de setembro de 1999 e que se aplica à pessoas maiores de 12 e menores de 16 anos, que infringem a lei penal. RODRIGUES, Anabela Miranda / DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa (Reimpressão)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p 62.

forma equilibrada a “personalidade, as faculdades físicas, psíquicas, morais e intelectuais”<sup>202</sup>.

Incontestável, porém, é que a intervenção estatal em face da criança trata-se de uma interferência de cunho educativo, uma vez que o Estado ao atuar de forma corretiva em um processo de aprendizagem ou educacional,<sup>203</sup> deve fazê-lo no sentido de buscar a formação da sua personalidade, sobretudo quando o jovem estiver em conflito com a lei.

Com isso, pode-se concluir que educação para o direito é um dos pressupostos da intervenção tutelar educativa, segundo a legislação juvenil portuguesa. E assim, para Aparecida Rigon, educação para o direito “engloba a educação da mente e a educação da pessoa”.<sup>204</sup>

Conforme manifestado acima, torna-se equivocado pensar que criança ao praticar um fato qualificado pela lei como crime não será responsabilizada. Anabela Rodrigues defende “a pedagogia da responsabilidade”<sup>205</sup>, no sentido de ensinar ao jovem a ser “actor social”<sup>206</sup>, o que significa, em outras palavras, ensinar-lhe a refletir acerca de seu ato e assim possa se tornar protagonista de sua história, de suas ações e de sua vida perante à sociedade, de forma que assim o estará educando para o direito.

Quanto ao Direito Juvenil Brasileiro, há uma forte discussão doutrinária acerca da medida socioeducativa aplicada à criança em conflito com a lei devido existência de entendimento segundo o qual se que defende não deixar de haver caráter penal na responsabilização juvenil. Outra corrente, portanto, defende existir uma espécie de responsabilização diferenciada, oriunda da Constituição Federal do Brasil, do Estatuto da

---

<sup>202</sup> Na realidade, educar para conviver em sociedade, para isso, não se pode dissociar a criança de sua família e seus valores, uma vez que esse trabalho deve-se realizar no sentido de fortalecer suas origens e sua cultura, ajudando-a a se enxergar como indivíduo e coletividade. E completa a referida autora portuguesa que esse processo educacional deve-se dar de forma a “respeitar a diversidade, descobrir as potencialidades, evitar a doutrinação”. RODRIGUES, Anabela Miranda. “Repensar o Direito de Menores em Portugal...”, *Op Cit*, pp. 355-356.

<sup>203</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal e Política da Menoridade”, *Teoria Investigação e Prática*. Centro de Estudos em Educação e Psicologia da Universidade do Minho, 1999, p. 288.

<sup>204</sup> Estar-se a falar ainda de uma educação social no sentido de fazer o jovem se sentir pertencido a uma coletividade, a um grupo social. RIGON, Roziméri Aparecida, *Delinquência Infanto-Juvenil: Uma Abordagem Desenvolvimentista em Criminologia*, Curitiba: Juruá, 2012, p.176.

<sup>205</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal e Política da Menoridade”..., *Op Cit*, p. 288.

<sup>206</sup> Nessa linha de uma responsabilização social, segundo a ilustre professora desta casa, encontra-se o fundamento da legitimação intervenção estatal em face da criança autora de fato qualificado pela lei como crime. RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal e Política da Menoridade”..., *Op Cit*, p. 288.

Criança e do Adolescente e de normativas internacionais.<sup>207</sup>

Alega-se que o motivo de tantas discussões doutrinárias no direito juvenil brasileiro seria pelo fato do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>208</sup>, como legislação especial, ter se omitido acerca da natureza da medida socioeducativa dando margem a diversas interpretações inclusive antagônicas, o que dá azo a certa insegurança jurídica no tocante ao interesse da criança que se encontra em conflito com a lei.<sup>209</sup>

Para a corrente que advoga ter a medida socioeducativa finalidade penal, alega ser a criança possuidora de todos os direitos destinados ao adulto, embora com um “*plus*”, devido sua condição de pessoa em desenvolvimento. Nesse sentido, afirma Saraiva, que o fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança em nada difere do delito praticado pelo adulto, sendo aquele, fato típico (previsto em lei), ilícito (incidem as excludentes de antijuricidade) e culpável (podem incidir os elementos normativos da culpabilidade). Entretanto, para ao autor brasileiro diferencia-se no que “diz respeito à resposta estatal direcionada ao adolescente autor de conduta definida nas legislações repressoras, uma vez que a ele não se aplica a pena *strictu sensu*, mas medidas sócio-educativas”.<sup>210</sup>

Em contrapartida, a responsabilização diferenciada tratada pelo direito brasileiro como uma espécie de “Responsabilização Estatutária”<sup>211</sup> defende a ideia de que os direitos e garantias processuais que a criança autora de fato qualificado na lei como crime possui não

---

<sup>207</sup> Vale ressaltar que as principais normativas internacionais aprovadas pela ONU deram valorosos contributos na evolução do tratamento dado à criança (de objeto para sujeito de direitos), bem como no reconhecimento, promoção e garantias dos seus direitos humanos, as quais foram abordadas, mais especificamente, no Capítulo 1 deste trabalho.

<sup>208</sup> No Artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente pode-se verificar o elenco das medidas socioeducativas aplicáveis ao adolescente autor de ato infracional, que podem ser classificadas como de meio aberto e de meio fechado, que pode ser restritiva de liberdade (medida de semiliberdade) ou privativa de liberdade (medida de internação). ROSSATO, Luciano Alves / LÉPORE, Eduardo Paulo / CUNHA, Sanches Rogério, *Estatuto da Criança e do Adolescente ...*, Op Cit, pp. 317-357.

<sup>209</sup> BARBOSA, Danielle Rinaldi. “A natureza jurídica da medida socioeducativa e as garantias do direito penal juvenil”, *Revista Brasileira Adolescência e Conflituosidade*, 1(1), 2009. Disponível no sítio <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/natureza-jur%C3%ADdica-da-medida-socioeducativa-e-garantias-do-direito-penal-juvenil>, acessado em 05.04.2017, p. 49.

<sup>210</sup> Segundo o referido autor não se estar em momento algum a questionar o caráter predominantemente pedagógico da medida socioeducativa, embora não se possa deixar de reconhecer que esses jovens que possuem entre 12(doze) e 18(dezoito) anos de idade são detentores de direitos e responsabilidades e por isso ao infringirem a lei penal são sancionados com medidas socioeducativas restritivas de direitos, inclusive privativas de liberdade. SARAIVA, João Batista da Costa, “Não à redução da idade penal” *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, Nº 71, Março-abril, Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 55-57.

<sup>211</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry, “Responsabilização Estatutária ou Responsabilização Socioeducativa (socio pedagógica): Fundamentos”, *Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos...*, Op Cit, p. 99.

são oriundas do direito penal e sim do próprio Estatuto da criança e do Adolescente, legislação especial e autônoma.

No ordenamento jurídico brasileiro, esses direitos individuais e garantias processuais encontram-se previstos no ECA<sup>212</sup>, bem como foram recentemente dispostos no bojo da Lei n. 12.594<sup>213</sup>, que surgiu em 2012, para regulamentar a execução das medidas socioeducativas e passa a definir expressamente como primeiro objetivo da medida socioeducativa, a “responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação”.<sup>214</sup>

Ainda com relação à discussão doutrinária existente no direito juvenil brasileiro, Garrido de Paula faz um contraponto e chega a afirmar que essas medidas socioeducativas são dotadas de certa coercibilidade, pois tem como fato gerador a prática de “crime ou contravenção penal”, que pressupõe ainda tenha passado por um procedimento de apuração através do qual se contemplam direitos e garantias processuais, entretanto, as finalidades da medida ultrapassam a prevenção especial e geral<sup>215</sup> para alcançar um ser em condição peculiar em desenvolvimento o que vem a inserir tais medidas em um sistema diverso do penal e as colocam em ramo autônomo do direito.<sup>216</sup>

---

<sup>212</sup> Os direitos considerados individuais correspondem, entre outros, a hipóteses taxativas de privação da liberdade do adolescente, a possibilidade de apreensão apenas em flagrante de ato infracional ou em decorrência de ordem judicial (Arts. 106 a 109) e as garantias processuais, que são, por exemplo, o devido processo legal, o contraditório, ampla defesa, o formal conhecimento do fato (Arts. 110 e 111). VERONESE, Josiane Rose Petry, “Responsabilização Estatutária ou Responsabilização Socioeducativa (sociopedagógica): Fundamentos” *In Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos...*, *Op Cit*, p. 99 e ROSSATO, Luciano Alves / LÉPORE, Paulo Eduardo / CUNHA, Rogério Sanches, *Estatuto da Criança e do Adolescente...*, *Op Cit*, pp. 302 - 316.

<sup>213</sup> A Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012, conhecida como Lei SINASE, institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, regulamenta a execução de medidas socioeducativas destinada a “adolescentes que pratiquem ato infracional e ainda altera algumas leis referentes à matéria”. Lei publicada no Diário Oficial do dia 19.01.2012. Informação disponível no sítio [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm), acessado em 22.03.2017.

<sup>214</sup> SARAIVA, João Batista Costa, *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*, 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 138.

<sup>215</sup> Para os que sustentam terem as medidas socioeducativas além da finalidade de prevenção especial (socialização do adolescente) a prevenção geral, defende o caráter penal da medida, pois dessa forma essas medidas em nada difere da pena, uma vez que ambas correspondem a uma resposta unilateral do Estado diante da configuração de um ato típico, ilícito e reprovável pela sociedade em geral. BARBOSA, Danielle Rinaldi. “A natureza jurídica da medida socioeducativa...”, *Op Cit*, pp.49-55.

<sup>216</sup> E assim, defende o autor, de forma coerente, que o fato de serem as medidas socioeducativas dotadas de alguma coercibilidade não transforma o Direito Juvenil em Direito Penal, uma vez que, em que pese ambos os sistemas possuírem os mesmos objetivos no que se referem a combater as arbitrariedades estatais e respeito às liberdades individuais, detêm bases e postulados distintos e incidem em focos diversos. DE PAULA, Paulo Afonso Garrido, “Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização”, *In Justiça, Adolescente e Ato*

Tudo isso decorrente de uma relevante trajetória evolutiva em que a criança, pessoa com idade inferior a 18 (dezoito) anos, passa a ser reconhecida como sujeito de direitos e pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, as normativas internacionais trazem princípios específicos, entre eles princípios penais e processuais penais previstos a todo e qualquer cidadão. Essa posição, aliada com a postura inicialmente omissa da legislação infanto-juvenil brasileira têm dado margem para o surgimento de posições divergentes na doutrina juvenil brasileira acerca da natureza penal das medidas socioeducativas.<sup>217</sup>

Atendendo, portanto, a ditames oriundos de normativas internacionais, a Lei Tutelar Educativa, ao tratar das questões referentes ao processo tutelar educativo, também confere direitos e garantias ao jovem autor de fato qualificado pela lei como crime<sup>218</sup>. O que para Duarte Fonseca, traz uma inegável semelhança com processo penal.<sup>219</sup>

O professor de criminologia, Muncie chega a batizar o sistema de juvenil de “adulteração”<sup>220</sup>, haja vista uma clara afinidade do modelo processual juvenil com o modelo processual penal. Não obstante isso, o legislador português refuta o fato de que a intervenção tutelar advenha do direito penal chamando a atenção para a existência de maior distância entre o modelo tutelar educativo com o ordenamento jurídico-penal do que a OTM.<sup>221</sup>

---

*Infracional: socioeducação e responsabilização*, São Paulo: ILANUD, 2006, p. 34.

<sup>217</sup> De forma mais minuciosa, a professora brasileira Ellen Cristina Rodrigues trata em artigo acerca do posicionamento opostos de dois autores brasileiros: Alexandre Morais da Rosa, o qual defende a natureza autônoma das medidas socioeducativas em face do direito penal, através do qual se alega que esses princípios específicos encontram-se insculpidos em normativas internacionais e Karina Sposato, que se alia a autora, de que esses princípios específicos, em que pese se encontrarem previstos em normativas internacionais, são oriundos do direito penal e do processo penal, o que de acordo com esse pensamento, vem legitimar a natureza penal da medida. RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo, “Os 26 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e a responsabilidade ...” *Op Cit*, pp. 225-262.

<sup>218</sup> Direitos esses que foram, que segundo Paulo Guerra, importados do direito penal tais como, direito ao contraditório (Art. 45º), o princípio de acesso ao direito de ser representado por advogado ou defensor (Art. 46º) e ainda o direito de ser ouvido obrigatoriamente pelo Magistrado ou representante do Ministério Público. GUERRA, Paulo, “O Novo Direito das Crianças e Jovens – Um verdadeiro recomeço” *In Infância e Juventude. Revista do Instituto de Reinserção Social*, Janeiro-Março, 03.01, p. 70.

<sup>219</sup> DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados...”, *Op Cit*, p. 369 e RODRIGUES, Anabela Miranda / DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa ... Op Cit*, p 22.

<sup>220</sup> MUNCIE, John, “The Globalization of Crime Control – The Case of Youth and Juvenile Justice: Neo-liberalism, Polivy Convergence and International Conventions”, *Theoretical Criminology*, 9(35), 2005, pp. 35-64 *Apud MADURO, Joana*, “A justiça de menores portuguesa na viragem do século XXI” disponível no sítio [www.eces.revues.org](http://www.eces.revues.org), CES, 20, 2013:29-51, acessado em 07.06.2017, p 37.

<sup>221</sup> MADURO, Joana, “A justiça de menores portuguesa na viragem do século XXI...”, *Op Cit*, p. 47.

Outro aspecto relevante neste contexto é com relação à idade mínima<sup>222</sup> para incidir a intervenção estatal. Tanto em Portugal<sup>223</sup> quanto no Brasil<sup>224</sup> a responsabilização juvenil atinge a criança que possui 12 (doze) anos completos.

Elucida-se, portanto, que a LTE regulamenta que o Estado só poderá intervir em face de criança que cometa fato qualificado pela lei como crime, que possua na altura da prática do fato a idade entre 12 (doze) a 16 (dezesesseis) anos, enquanto o ECA, por sua vez, estabelece que essa intervenção estatal somente se dará em face de alguém que na ocasião da prática do fato se encontre com idade entre 12 (doze) anos completos e 18 (dezoito) anos incompletos.

Não se pode deixar de especificar acerca dos jovens já imputáveis, que na justiça penal portuguesa consistem naquelas que se encontram na faixa-etária de 16 (dezesesseis) anos a 21 (vinte e um) anos, que ao praticarem crime serão submetidos a um Regime Penal Especial de Jovens Adultos<sup>225</sup>, são a eles aplicadas medidas de correção, que segundo Duarte-Fonseca não deixa de ser considerada uma espécie de “pena”, no caso, substitutiva da pena privativa de liberdade,<sup>226</sup> diferindo, portanto, das medidas tutelares que detêm um caráter eminentemente

---

<sup>222</sup> A idade mínima, considerada aquela abaixo da qual se presume que não se tem capacidade de infringir a lei penal não se encontra expressamente prevista no texto da convenção em questão, haja vista não ter havido acordo entre os países presentes na ocasião da elaboração do supracitado documento. Questões históricas e culturais inviabilizaram que se chegassem a um consenso com relação à idade mínima, ficando estabelecido que tal idade deveria ser determinada, internamente, pelos países signatários da convenção desde que se observasse o princípio da legalidade. Em que pese a convenção ter estabelecido a maioria penal em 18 anos não há convergência entre os países signatários. Na União Europeia a idade mínima varia entre 07 a 16 anos. SOUTO, Gemma Pérez, “Direitos Humanos e Justiça Juvenil: onde começam os direitos dos infratores? Uma abordagem internacional”, *In Ousar e Integrar – Revista de Reinserção Social e Prova*, Nº 7, 2010, pp. 26-30.

<sup>223</sup> A idade mínima, fixada pela legislação juvenil portuguesa, para sofrer intervenção tutelar é de 12 anos por considerar que abaixo dessa idade a criança não possui condições “psico-biológicas” que sejam compatíveis e adequadas com esse tipo de intervenção. Exposição de Motivos da Lei Tutelar Educativa, item 8. RODRIGUES, Anabela Miranda / DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa* (Reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p 38.

<sup>224</sup> Quando uma criança, menor de 12 anos, comete algum fato qualificado pela lei como crime não será submetida a um processo socioeducativo, sendo, portanto, a criança, nesse caso, submetida a uma intervenção protetiva, ou seja, se necessário, será aplicada uma medida de proteção, será aplicada pelos Conselhos Tutelares, que são órgãos permanentes, autônomos e não jurisdicionais encarregados pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente diante de situações de ameaça ou violação desses direitos (Art.131 ECA). SARAIVA, João Batista Costa, *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*, 4ª Ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 61.

<sup>225</sup> O assunto foi objeto de tese de Doutorado da Professora Ana Rita Alfaiate, através da qual vem propor por parte do direito português o reconhecimento de um novo tipo de imputabilidade em razão da idade, que seria a “imputabilidade sob condição” para aquelas pessoas com mais de 16 (dezesesseis) anos. Vale ressaltar que tal sugestão levaria a uma alteração no Art. 19 do Código Penal Português. ALFAIATE, Ana Rita, *O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade...* *Op Cit*, p. 22-304.

<sup>226</sup> As medidas de correção aplicáveis aos jovens adultos autores de crime são admoestação, que consiste em uma

educativo.

Inegável, portanto, que as medidas tutelares ou socioeducativas aplicadas ao jovem em conflito com a lei sejam de natureza institucional ou não institucional devem ser aplicadas e executadas com observância à condição de pessoa em desenvolvimento e isso denota a incontestável finalidade educativa que tais medidas possuem.

Assim, vale considerar que, sobretudo, por se tratar de alguém em processo de maturação, a imposição de uma medida sancionatória detentora de natureza punitiva e ainda privativa de liberdade seria imensamente prejudicial à formação de sua personalidade, e assim, o ideal seria buscar aplicar de forma prioritária medidas que possam desenvolver a sociabilidade, a reflexão ressaltando, de forma incontestável, a finalidade reeducativa destas.<sup>227</sup>

Tudo isso coaduna com o que se vai expor de agora em diante, ou seja, a necessidade de destacar a diferença significativa que existe entre criança e adulto e baseado nisso, de que o Estado deve intervir junto ao jovem, sobretudo, em conflito com a lei de forma que ele compreenda os valores essenciais da comunidade, bem como as regras básicas de convivência social a que qualquer pessoa deve obediência.<sup>228</sup>

Com efeito, o direito juvenil passa a atentar para os argumentos trazidos pelas neurociências, que serão abordados no capítulo seguinte, os quais têm como base a estrutura incompleta do cérebro do adolescente o que lhe torna mais suscetível, se assim for estimulado, a refletir suas necessidades psicológicas, físicas, emocionais e educativas para um desenvolvimento saudável nesse processo transformador que é a passagem da vida infantil à vida adulta.<sup>229</sup>

---

espécie de espécie de advertência; imposição de determinadas obrigações, em que pese deixar certa margem de liberdade ao juiz, pode abranger uma obrigação equivalente à prestação de serviços à comunidade; multa, medida que em muito se equipara à pena de multa, diferenciando-se basicamente no tocante ao cuidado de se observar apenas o patrimônio do jovem, uma vez que o objetivo é responsabilizá-lo; internamento em centros de detenção consiste em uma medida detentiva que pode ser cumprida em regime de internato, semi-internato e detenção de fim de semana. Tudo isso previsto no Art. 6º da LPEJ. DUARTE-FONSECA, António Carlos, “Interactividade entre penas e medidas tutelares...” *Op Cit*, ..., pp. 282-283.

<sup>227</sup> CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal... Op Cit*, p.334.

<sup>228</sup> GUERRA, Paulo, “A Lei Tutelar Educativa – Para onde vais?”, *In Julgar*, Lisboa. ISSN. 1646. 6853. Nº 11. (Maio/Ago), 2010, p. 100.

<sup>229</sup> Em contrapartida, em caso de um jovem que se encontre inserido em um ambiente de crime e violência, por seu cérebro encontrar-se em plena formação, torna-se imensamente condicionado a esse ambiente. “Cérebro e maioria penal” artigo publicado e disponível no sítio <http://ciencia.folhadaregioa.com.br/2015/07/cerebro-e>

A partir desse pressuposto, o passo seguinte é buscar utilizar-se desses fundamentos para tratar de forma distinta a criança autora de fato qualificado pela lei como crime com relação ao adulto praticante de delito e ainda comentar decisões paradigmáticas acerca dessa temática influenciadas por bases importadas das neurociências.

## 5. RESPONSABILIZAÇÃO DA CRIANÇA AUTORA DE FATO QUALIFICADO PELA LEI COMO CRIME À LUZ DE FUNDAMENTOS NEUROCIÊNCIAS

### 5.1. Tratamento diferenciado dado à criança autora de fato qualificado como crime com relação ao adulto praticante de crime

Após analisar o fato típico e ilícito praticado pela criança à luz das neurociências, o intuito será ocupar-se de como deve se dar a responsabilização pela prática desse fato, chamando a atenção para que tudo dito até então não foi no sentido de eximir a criança de responder pela fato cometido, mas de que ela venha a responder de forma adequada.

A verdade é que a criança pensa e age de forma diversa do adulto, especialmente, por se tratar de pessoa imatura emocionalmente e não ter ainda valores devidamente formados, por esse motivo, segundo Marty Beyer, a responsabilização a que a criança em conflito com a lei deve ser submetida tem que se “abordar em um contexto desenvolvimental”.<sup>230</sup>

Segundo a neurocientista BJ Casey, o cérebro é conectado por experiências e, durante a fase da adolescência, o indivíduo precisa de oportunidades que possam lhe preparar para enfrentar diversas situações, tais como desafios nos âmbitos social, intelectual e inclusive sexual, os quais são típicos da vida adulta e o adolescente, por sua vez, detém uma capacidade reduzida de regular seu próprio comportamento, com isso, a partir dessas vivências, a ideia é que passe a enfrentar essas questões de forma socialmente aceitável.<sup>231</sup>

Não se trata, porém, de um adulto pequeno.<sup>232</sup> Certos comportamentos e ações dos

---

<sup>230</sup> Ao falar de abordagem “desenvolvimental” a autora está a defender a ideia de um trabalho “integrador” que tenha o condão de ensinar ao jovem em conflito com a lei a enxergar o outro e se enxergar como pessoas integrantes de uma mesma sociedade. BEYER, Marty, “As melhores práticas na responsabilização dos jovens: perspectiva geral”, *In Infância e Juventude. Revista do Instituto de Reinserção Social Ministério da Justiça*, Janeiro-Março, 05.1, Traduzido por Manuela Baptista Lopes, p. 111.

<sup>231</sup> Tal premissa consiste em uma conclusão obtida em pesquisa realizada por cientistas da Universidade Cornell, nos Estados Unidos, mediante a qual se observou que devido essa capacidade reduzida do adolescente responsabilizá-lo como se adulto fosse seria uma espécie de “punição cruel”. NEUMAM, Camilla, “Estudo explica por que adolescentes são impulsivos e podem cometer crimes”. Disponível no sítio <https://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2015/05/26/mapa-do-cerebro-explica-porque-adolescentes-sao-impulsivos-e-cometem-crimes.htm>, acessado em 03.05.2017, p. 2.

<sup>232</sup> Ao reconhecer criança como ser em desenvolvimento, a infância é caracterizada a partir de uma perspectiva adulta, ou seja, como uma etapa de vida que será superada e por isso necessita de proteção integral, uma vez que

jovens, em geral, que não se encontram em conformidade com valores e regras comuns da sociedade não devem ser considerados crimes, pois na verdade eles agem muitas vezes de acordo com o processo de maturação e crescimento a que estão submetidos e que, geralmente, tendem a desaparecer espontaneamente ao atingirem a idade adulta, de forma que essas diferenças são mais qualitativas do que quantitativas.<sup>233</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, Mary Bellof sustenta que criança não se pode definir criança como pessoa incompleta, incapaz, mas simplesmente como alguém em circunstância de desenvolvimento. Para a autora argentina, as pessoas são completas em cada momento de seu crescimento.<sup>234</sup>

É relevante que se diga que não se trata de algo automático, trata-se de processo evolutivo e desenvolvimental que se dá em “patamares sucessivos”<sup>235</sup>, assim revela Anabela Rodrigues.

Como dito antes, aliado à maturação cerebral, deve haver um trabalho de conhecimento integrado em face daquele jovem, mediante o qual ele deverá aprender a assumir e entender seu erro, na medida em que passe a enxergar suas vítimas como pessoa e assim, viver em sociedade enxergando em si um ponto forte, além da transgressão.<sup>236</sup>

O neurocientista Eangleman chega a comparar analogicamente o cérebro humano a uma equipe de rivais em que há uma disputa entre populações neurais diferentes<sup>237</sup>, e assim complementa afirmando que pessoas ao apresentarem fraco controle dos impulsos dificilmente

---

é percebida como frágil e incapaz. Coimbra, C.M.B & Nascimento, M.L.. “Ser jovem, ser pobre é ser perigoso?”, 2005, *Apud* CRUZ, Lilian / HILLESSHEIM, Betina / GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. “Infância e Políticas Públicas: um olhar sobre as práticas psi” disponível no *sítio* [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822005000300006&script=sci\\_abstract&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822005000300006&script=sci_abstract&lng=pt), acessado em 06.06.2017, p. 47.

<sup>233</sup> BERISTAIN, Antônio. “Desarrollo del niño, desarrollo social y criminalidad” (Ruptura epistemológica Del desarrollo/economia) *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ano 5, nº 17. Janeiro-Março, 1997, p. 20, Tradução livre da ideia acima.

<sup>234</sup> A autora sustenta a ideia de que, mesmo em fase de desenvolvimento, as pessoas são completas. BELLOF, Mary. Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, 2, Buenos Aires:Unicef, 2001, p. 5. Tradução livre da ideia acima.

<sup>235</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda, “Política Criminal e Política da Menoridade”..., *Op Cit*, p. 288.

<sup>236</sup> BEYER, Marty. “As melhores práticas na responsabilização dos jovens...” *Op Cit*, pp. 111-112.

<sup>237</sup> Essa “disputa” a que o autor se refere tem ligação com a capacidade que se possui para resistir às tentações e se preocupar com o futuro, saber pensar à longo prazo. E continua no sentido de que a “maioria dos criminosos do sistema carcerário”, que geralmente a capacidade de controlar os impulsos é vencida diante de uma tentação EAGLEMAN, David, *Incógnito: as vidas secretas do cérebro...*, *Op Cit*, pp. 195-196.

desenvolve empatia pelos outros<sup>238</sup>. Essas pessoas têm discernimento do que é certo e errado, tem consciência da punição, mas são vencidas pela incapacidade de controlar seus impulsos.<sup>239</sup>

Na criança, essa falta de controle dos impulsos encontra-se relacionada com a formação incompleta do lobo pré-frontal, muitas vezes, conhecido como “órgão da socialização, tendo em vista que se tornar socializado não passa de simplesmente ter condições de desenvolver circuitos para reprimir nossos impulsos mais básicos”<sup>240</sup>.

Interessante notar que isso se encontra em sintonia com o fato de que eventuais lesões nos lobos frontais levam a comportamentos antissociais,<sup>241</sup> e ainda, pode-se atentar que alguma diferença há se esses danos ocorrem em adultos, crianças ou adolescentes.<sup>242</sup>

Diante disso, pode-se concluir pela necessidade de promover um trabalho que busque compreender que a criança age de determinada forma não porque possui muitas opções, e por isso, poderia agir de outra maneira se assim o quisesse e direcionar para o reconhecimento de que seu cérebro será mais receptivo que o cérebro adulto, já completamente formado, diante dos estímulos que serão recebidos. Isso, por tudo que foi exposto, poderia ter imenso reflexo no resultado de socialização, porém sem significar a isenção do jovem de responder pelo seu comportamento ilícito e típico, mas responsabilizá-lo de maneira a fomentar reflexões.<sup>243</sup>

Um trabalho de responsabilização no sentido de ensinar-lhes a ver as vítimas como pessoas e se perceberem como alguém que pode ter o controle de suas vidas, enxergarem-se

---

<sup>238</sup> Conforme dito supra no decorrer do Capítulo 3.

<sup>239</sup> Os lobos frontais dão às vezes chamados de “órgão da socialização”: EAGLEMAN, David, *Incógnito: as vidas secretas do cérebro...*, *Op Cit*, pp. 195-197.

<sup>240</sup> Dessa forma pode-se perceber por que alguns danos aos lobos frontais acarretam comportamentos antissociais. Em contrapartida, após o desenvolvimento dos lobos frontais alguém pode inclusive pensar e querer cometer um crime e decidir não o fazer por conseguir pensar nas consequências daquele ato. EAGLEMAN, David, *Incógnito: as vidas secretas do cérebro...*, *Op Cit*, p. 197.

<sup>241</sup> EAGLEMAN, David, *Incógnito: as vidas secretas do cérebro...*, *Op Cit*, p. 197.

<sup>242</sup> Antônio Damásio, com o intuito de comentar sobre casos de lesões nos lobos frontais e compreender as bases neurais do raciocínio e da capacidade de decisão, analisa quatro fontes, entre elas, o caso de um adolescente de 16 (dezesseis) anos, que sofreu lesão no lobo frontal advinda de um grave acidente. A análise que o autor traz para esse tipo de caso é que o resultado da lesão obsta que aquele jovem atinja seu total desenvolvimento e amadurecimento social, diferente do que aconteceria se tivesse ocorrido com uma pessoa adulta. Completa o neurocientista português, que depois do ferimento ocorre um “bloqueio da continuação do desenvolvimento social e o comportamento social se deteriora”. DAMÁSIO, Antônio R, *O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*, tradução Dora Vicente, Georgina Segurado, 3ª Ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, 2ª reimpressão, 2015, pp. 66-73.

<sup>243</sup> O neurocientista Eagleman vai segue de forma mais profunda ao afirmar que decisões judiciais baseadas na neuroplasticidade, ou seja, mediante um indicador de se medir a capacidade de modificar circuitos seria uma forma de alinhar a punição com as neurociências. EAGLEMAN, David, *Incógnito: as vidas secretas do cérebro...*, *Op Cit*, pp. 200-203.

capazes em outros aspectos da vida, que não seja apenas no ato de transgredir, e assim passa a estar diante de um trabalho de combinações em que esses jovens possam se sentir parte do seu próprio processo existencial.<sup>244</sup>

Pode-se observar, portanto, o quanto de complexidade há nesse processo de responsabilizar crianças em conflito com a lei. Além de considerar que sua personalidade encontra-se em formação e atualmente, de acordo com as neurociências, seu cérebro também ainda não está completo, envolve a total necessidade de um trabalho interdisciplinar com profissionais especializados e capacitados.<sup>245</sup>

A função do cérebro está imensamente relacionada com a aprendizagem, ou seja, com a recepção de novas informações e estímulos.<sup>246</sup> Dessa forma, afirma Lent que “é a aquisição de informações novas que orienta o comportamento e o pensamento”.<sup>247</sup>

Aprender através de fatos concretos pode ser mais eficaz, sobretudo, para aquele jovem em conflito com a lei, que tenha apresentado alguma dificuldade com a aprendizagem formal, e a partir disso trabalhar a “reflexão, simbolização e a abstração” pode vir a estimular mais processamentos e permitir a possibilidade de fazer com que esses adolescentes comecem a pensar em si mesmo através de fatos concretos.<sup>248</sup>

---

<sup>244</sup> BEYER, Marty. “As melhores práticas na responsabilização dos jovens: perspectiva geral”, *Infância e Juventude. Revista do Instituto de Reinserção Social Ministério da Justiça*, Janeiro-Março, 05.1. Traduzido por Manuela Baptista Lopes, pp.110-113.

<sup>245</sup> Um das importantes funções lobos frontais é o planejamento de suas ações e isso também está relacionado ao sucesso de suas relações no sentido de interação com outras pessoas e à sua capacidade para se construir um plano de ação próprio e adequá-lo a sua vida em sociedade. GOLBERG, E, *O cérebro executivo: lobos frontais e a mente civilizada*, Rio de Janeiro: Imago, 2002, p. 137 *Apud* SANTOS, Flavio Roberto de Carvalho / VELASQUES, Bruna, “Neurociências: contribuição para adolescentes em Medida Socioeducativas”, Trabalho apresentado no I Congresso Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais e Humanidades, UFF – Niterói, RJ – Brasil/ 3 a 9 de Setembro de 2012. Disponível no sítio <http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT09%20Sa%FAde%20e%20sociedade/Neuroci%EAncia%20contribui%E7%E3o%20para%20adolescentes%20em%20Medida%20-%20trabalho%20completo.pdf>, acessado em 11.04.2017, p.04.

<sup>246</sup> SANTOS, Flavio Roberto de Carvalho / VELASQUES, Bruna, “Neurociências: contribuição para adolescentes em Medida Socioeducativas”... *Op Cit*, p. 06.

<sup>247</sup> LENT, R., «*Cem bilhões de neurônios?*» *conceitos fundamentais de neurociências*, São Paulo: Atheneu, 2010 *Apud* SANTOS, Flavio Roberto de Carvalho / VELASQUES, Bruna, “Neurociências: contribuição para adolescentes em Medida Socioeducativas”... *Op Cit*, p. 06.

<sup>248</sup> Conclusão retirada de uma espécie de relatório em que se falava acerca de um projeto desenvolvido em centros de semiliberdade na cidade de Niterói (RJ), Brasil, cujo público alvo eram adolescentes que se encontravam cumprindo medida socioeducativa de semiliberdade. O Projeto denominado “conversando com seu cérebro!” e consistia em diálogos educativos para possibilitar entendimento da vida mental a partir do auxílio de imagens/peça do cérebro e suas funções para possibilitar neuroplasticidade. Os adolescentes logo demonstraram interesse, sobretudo com relação às dificuldades na dinâmica com a lei, as relações entre eles, a comparação entre

Um jovem que venha a apresentar um maior grau de “imaturidade desenvolvimental” no sentido de demonstrar mais impulsividade, pouca capacidade de ponderação de seus atos e uma personalidade mais influenciável por seus pares deve ser punido menos severamente do que aqueles que detêm uma maior capacidade de autocontrole<sup>249</sup>. Observar que aqueles jovens mais disponíveis a uma reabilitação por sua “plasticidade desenvolvimental” estão mais suscetíveis a perceber a finalidade da medida.<sup>250</sup>

Em se tratando de adolescência, sendo este período estabelecido entre 12 (doze) a 18 (dezoito) anos, tem-se um período curto de 6 (seis) anos<sup>251</sup>, em que os processos bio-socio-psicológico se desenvolvem para dar conta da exigência do mundo externo e interno, onde a gama de situações familiares, afetivas, grupais, educacionais, econômica e de identidade tomam um vulto grandioso e deturpado pelas próprias exigências, bem como um aprendizado inadequado.<sup>252</sup>

E assim, pode-se concluir que as neurociências sugerem poder contribuir para o entendimento e desenvolvimento desses adolescentes que estão em cumprimento de medida ao utilizar técnicas de aprendizagem e neuroplasticidade. E ainda por entender que, principalmente, esses adolescentes em conflito com a lei pertencem a uma realidade muitas vezes incompatível com a forma de execução dessas medidas e assim, acabam por sofrer uma “punição” não distinta dos adultos.

---

como são e como eles funcionam, tendo como positiva a motivação dos adolescentes envolvidos diante da expectativa de entendimento de seu “funcionamento”. A dificuldade do projeto surgiu porque os adolescentes se encontravam sob medida e poderiam progredir ou regredir, de forma que não tinham continuidade do trabalho além de algumas resistências institucionais, e ainda a necessidade de investimentos em profissionais qualificados para essa espécie de trabalho. SANTOS, Flavio Roberto de Carvalho / VELASQUES, Bruna, “Neurociências: contribuição para adolescentes em Medida Socioeducativas”... *Op Cit*, pp. 01 a 14.

<sup>249</sup> STEIMBERG, L. & SCOTT, E. “Less guilty by reason of adolescence: Developmental immaturity, diminished responsibility, and the juvenile death penalty”, *American Psychologist*, 58, 2003, pp. 1009-1018 *apud* PAIS, Lúcia G. / OLIVEIRA Miguel, “Decisão (do) adolescente: psicologia e delinquência juvenil” In *Ousar e Integrar - Revista de Reinserção Social e Prova*. Nº 5, 2010, p. 9

<sup>250</sup> Em contrapartida, com base nesses argumentos, jovens com uma maior disposição para a reincidência, autor de práticas delituosas reiteradas, bem com forte histórico de violência tem como indicação uma maior intervenção institucional. STEIMBERG, L., Adolescent development and juvenile justice. *Annual Review of Clinical Psychology*, 5, 2009, pp. 47-73 *apud* PAIS, Lúcia G. / OLIVEIRA Miguel, “Decisão (do) adolescente: psicologia e delinquência juvenil”, In *Ousar e Integrar - Revista de Reinserção Social e Prova*, n.º 5, 2010, p. 9

<sup>251</sup> Como visto anteriormente, a legislação infantojuvenil brasileira denomina adolescente a pessoa que se encontra entre 12 e 18 anos.

<sup>252</sup> SANTOS, Flavio Roberto de Carvalho / VELASQUES, Bruna, “Neurociências: contribuição para adolescentes em Medida Socioeducativas”... *Op Cit*, p. 03.

Fatores sociais<sup>253</sup> são grandes influenciadores da reabilitação da criança, especialmente, no sentido de torná-los mais suscetíveis ao envolvimento com a criminalidade e sua responsabilização, sem falar no caráter criminógeno da prisão, que não o faz o melhor ambiente para uma ressocialização<sup>254</sup>. Com isso, “No que se refere à absorção do ambiente, adolescentes são uma esponja neurológica. Se você não lhes oferecer uma oportunidade de desenvolver competência social e autoestima, muitas vezes com a ajuda de amigos mais socializáveis, você está estabelecendo para eles uma trajetória rumo à criminalidade, que persiste na vida adulta”.<sup>255</sup>

Nos Estados Unidos têm se observado forte influência das neurociências têm influenciado<sup>256</sup>, sendo, pois, interesse do nosso trabalho tratar de forma mais específica sobre

---

<sup>253</sup> Marta Farah, pesquisadora em neurociência cognitiva, social e de desenvolvimento realizou pesquisa em conjunto com outros autores, através da qual concluiu que há relação entre a pobreza infantil e rendimento cognitivo, o que apresenta ligação com suas perspectivas de futuro socioeconômico e ainda chamou a atenção para um conjunto de problemas sociais complexos e sua relação com parte do desenvolvimento do cérebro. O resumo e as conclusões da pesquisa em questão se encontram abordadas de forma mais minuciosa em artigo publicado. FARAH, Martha J. / NOBLE, Kimberly G. / HURT, Hallam. “*Poverty, Privilege, and Brain Development: Empirical Findings and Ethical implications*”, *University Of Pennsylvania*, p.6. Artigo publicado no sítio: [www.mekids.org](http://www.mekids.org). Tradução livre da citação acima, pp. 1-27.

<sup>254</sup> A considerar que principalmente em países que questões sociais são mais evidentes, como no Brasil, vale mencionar o fato de que os adolescentes em conflito com a lei são pertencentes de uma classe social inferior, ou seja, pessoas que desde que nasceram encontram-se privadas de oportunidades sociais e econômicas e que esses “jovens em conflito com a lei sugerem uma dificuldade na aprendizagem formal” (Tal conclusão foi obtida através de dados realizados para a realização do projeto abordado em nota 201). Além disso, o adolescente em conflito com a lei consegue obter um *insith* em relação aos outros de modo “primário” e reduzido, limitado ao conjunto de regras “desregradas”, ou tem uma ausência de *insight* (anosognosia) e, a prova disso, é a “inadequação social e a dificuldade de aprendizagem”. GOLBERG, E, *O cérebro executivo: lobos frontais e a mente civilizada*, Rio de Janeiro: Imago, 2002, p. 137 Apud SANTOS, Flavio Roberto de Carvalho / VELASQUES, Bruna, “Neurociências: contribuição para adolescentes em Medida Socioeducativas”, Trabalho apresentado no I Congresso Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais e Humanidades. UFF – Niterói, RJ – Brasil/ 3 a 9 de Setembro de 2012. Disponível no sítio <http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT09%20Sa%FAde%20e%20sociedade/Neuroci%EAncia%20contribui%E7%E3o%20para%20adolescentes%20em%20Medida%20-%20trabalho%20completo.pdf>, acessado em 11.04.2017, p.04.

<sup>255</sup> Informação obtida através da fala proferida aos meios de comunicação pela vice-diretora do *Juvenile Law Center* da Filadélfia, Marsha Levisk Apud MELO, João Ozório, “Estados Americanos ...”, *Op Cit*, p. 02.

<sup>256</sup> Além dos casos específicos da justiça juvenil que ainda vamos abordar, vale ressaltar que inclusive com relação à reincidência as neurociências têm atuado, mediante uma abordagem mais atuarial. Pesquisadores passaram a medir dezenas de fatores de 22.500 criminosos sexuais que estavam prestes a ser liberados: se o criminoso tinha estado num relacionamento por mais de um ano, se sofreu abuso sexual na infância, se era viciado em drogas, mostrava remorsos, tinha preferências sexuais desviantes e assim por diante. Os pesquisadores acompanharam então os criminosos por cinco anos depois da soltura para ver quem voltava para a prisão. No final do estudo, computaram que fatores explicavam melhor a taxa de reincidência e a partir desses dados montaram tabelas atuariais a serem usadas na determinação das sentenças. Alguns criminosos, segundo a estatística, pareciam ser uma receita para o desastre – e foram afastados da sociedade por mais tempo. Outros

2 (dois) casos emblemáticos da Suprema Corte Norte-Americana que se utilizou de fundamentos neurocientíficos.

Como já afirmado anteriormente, “o cérebro dos adolescentes é diferente”<sup>257</sup>, sendo a principal diferença os lobos frontais ainda se encontrarem em desenvolvimento<sup>258</sup>. Entretanto, para elucidar tal distinção entre o cérebro adolescente do adulto e o quanto isso passa a refletir no processo de tomada de decisão, Mora afirma o seguinte:

“Tales investigaciones de la neurociencia han demostrado que entre jóvenes y adultos existen importantes diferencias em el grado de desarrollo de las estructuras y de las funciones del cerebro relacionadas com la capacidad de juicio, el control de los impulsos y La toma decisiones, por ejemplo, la decisión de ejecutar una conducta delictiva.”<sup>259</sup>

Vale destacar, portanto, que com esse fundamento a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade na execução de pessoas que cometeram crimes quando possuíam idade inferior a 18 (dezoito) anos. Depois proibiu a condenação automática à pena de prisão perpétua, por crimes cometidos por adolescentes que não seja homicídio e em 2016, tornou retroativa a decisão que proibiu a condenação automática à prisão perpétua.<sup>260</sup>

Após essa abordagem acerca da responsabilização da criança autora de fato qualificado como crime e a influência das neurociências para uma responsabilização diferenciada é de interesse deste trabalho, chamar a atenção para o fato dos Estados Unidos, em que pese não ser signatário da convenção sobre os direitos da criança, vir adotando

---

tinham uma probabilidade menor de representar um perigo futuro para a sociedade e receberam sentenças mais curtas. Quando se compara o poder de previsão da abordagem atuarial com o de agentes de condicional e psiquiatras, não há dúvida: os números vencem a intuição. Estes testes atuariais agora são usados para determinar o tamanho da sentença nos tribunais de toso dos Estados Unidos. EAGLEMAN, David, *Incógnito: as vidas secretas do cérebro...*, *Op Cit*, p. 198.

<sup>257</sup> Trata-se de uma comprovação oriunda da ciência do comportamento e do cérebro, que embora de uma forma generalizada, já passa a ser aceita nas discussões. Tal afirmação foi proferida aos meios de comunicação pela vice-diretora do *Juvenile Law Center* da Filadelfia, Marsha Levisk *Apud* MELO, João Ozório, “Estados Americanos elevam idade penal para até 21 anos”. Disponível no sítio <http://www.conjur.com.br/2017-fev-06/estados-americanos-elevam-idade-penal-21-anos>, acessado em 20/04/2017, p. 02.

<sup>258</sup> EAGLEMAN, David. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro...*, *Op Cit*, p. 195.

<sup>259</sup> MORA, Gustavo Chan, “Fundamentos Psicológicos-Evolutivos y Neurocientíficos para El Tratamiento Diferenciado de La Responsabilidad”... *Op Cit*, p 382.

<sup>260</sup> MELO, João Ozório, “Estados Americanos ...” *Op Cit*, p. 02.

argumentos neurocientíficos de forma a modificar decisões já consolidadas na Suprema Corte Norte-Americana.<sup>261</sup>

Por fim, vale salientar que a imputabilidade penal estadunidense, em alguns estados, varia entre 18 anos e 20 anos<sup>262</sup>, Vale ressaltar que nos últimos anos, sete estados elevaram a idade penal para 18 anos, sendo que cinco outros estados começaram a rever suas leis em 2016 para seguir a mesma orientação em 2017, havendo ainda grande tendência de outros estados elevarem a idade penal para 21 anos.<sup>263</sup>

Diante disso, pode-se dizer que os Estados Unidos, apesar de toda resistência às normativas internacionais acerca da infância, com o julgamento dos casos *Roper v. Simmons*, que ocorreu em 2005 e *Miller v Alabama*, ocorrido em 2012, têm se tornado mais próximo do cenário de garantias dos direitos da criança tão debatidos e defendidos durante anos.

## **5.2. Modificações de decisões judiciais provenientes da Suprema Corte Norte Americana referente ao jovem autor de fato qualificado na lei como crime baseadas em fundamentos neurocientíficos.**

---

<sup>261</sup> A verdade é que o modelo de responsabilização juvenil adotado pelos Estados Unidos, que varia de Estado para Estado, não se mostrava compatível com as normas da convenção sobre os direitos da criança, sobretudo, por alguns Estados permitirem a prisão perpétua para pessoas menores de dezoito anos e outros permitirem até mesmo a pena de morte, que vem a ser declarada inconstitucional pela Suprema Corte norte-americana, no caso de pessoas menores de 18 anos. SARAIVA, João Batista Costa, “O Caso *Roper versus Simon*: A decisão da Suprema Corte Norte-Americana banindo a pena de morte por delitos praticados por pessoas com menos de dezoito anos de idade” *In Revista Juizado da Infância e Juventude*. Ano IV, Nº 10, Poder Judiciário-Rio Grande do Sul. Impresso em outubro de 2007, p. 69.

<sup>262</sup> Nos Estados Unidos, as leis dos Estados definem os limites de idade para a jurisdição originária do Tribunal de Menores, sendo na maior parte delas no sentido da idade inferior a 18 anos na altura do fato, detenção ou envio ao tribunal. Não obstante isso, durante muitos anos, todos os Estados permitem, em algum dispositivo, que jovens sejam julgados como adultos em tribunal criminal sob determinadas circunstâncias limitadas por critérios de idade e tipo de fato criminal e que variam de acordo com a entidade responsável por essa decisão de transferência, que pode se dá através de “decisões judiciais” (*certification, remand ou bind over*), mediante as quais o juiz do tribunal de menores tem competência para transferir a jurisdição do tribunal de menores para o tribunal criminal; de “jurisdição concorrente” (*prosecutorial waiver, prosecution discretion ou direct file*), em que a jurisdição originária, para certos casos, tanto pode ser do tribunal criminal como do tribunal de menores e, nesses casos, o Ministério Público detém poderes discricionários para introduzir esses casos em qualquer dos tribunais; “exclusão geral” (*legislative exclusision*), nesse caso as leis do Estado já excluem alguns jovens em conflito com a lei da jurisdição do tribunal de menores, já sendo iniciados no tribunal criminal a depender das circunstâncias. LOPES, Manuela Batista (Trad). “Justiça Juvenil: Um Século de Mudanças” *In Revista Infância e Juventude*. *Revista do Instituto de Reinserção Social*, Outubro-Dezembro, ISSN 0870-6565, 03.4. pp. 129-135

<sup>263</sup> MELO, João Ozório. “Estados americanos elevam idade penal para até 21 anos”. Disponível no sítio <http://www.conjur.com.br/2017-fev-06/estados-americanos-elevam-idade-penal-21-anos>, acessado em 10.04.2017, p. 1.

### 5.2.1. Caso *Roper v. Simmons* – Proibição da pena de morte para pessoas com menos de 18 (dezoito) anos

Trata-se de um caso, que ocorreu em 1993, em que Christopher Simmons, um jovem de 17 anos de idade, propôs a dois companheiros, também adolescentes, de 15 e 16 anos de idade, roubar e matar a vítima em sua própria residência. Após invadirem o domicílio da vítima, mataram, amarram, e logo em seguida jogaram-na de uma ponte. Simmons foi considerado culpado, ocasião em que lhe foi imposta pena de morte. Após alegar insuficiência de defesa já com novo advogado, ingressou com recurso na tentativa de anular a condenação<sup>264</sup>. Não obstante isso, a sentença foi confirmada.<sup>265</sup>

Enquanto isso, o Tribunal dos Estados Unidos decidia o caso *Atkins v. Virginia*, através do qual se buscava proibir a execução de uma pessoa inimputável em razão de anomalia psíquica<sup>266</sup>.

*Simmons*, na altura, ingressou com nova petição sob o argumento de que o mesmo raciocínio de *Atkins* poderia ser utilizado quando se tratasse de crime envolvendo inimputável em razão da idade. O Supremo Tribunal Missouri acatou o pedido e mediante esse argumento então apresentado anulou a sentença de morte de *Simmons* e recomendou-o a “prisão perpétua sem a elegibilidade para liberdade condicional, liberdade condicional, ou a liberação, exceto por ato do governador”.<sup>267</sup>

Vale ressaltar que referida decisão do Supremo Tribunal Missouri foi objeto de

---

<sup>264</sup> Parecer do Tribunal. Suprema Corte dos Estados Unidos., Nº 03-633. Acessível no sitio: [www.law.cornell.edu.Legal Information Institute/Cornell University Law School](http://www.law.cornell.edu.Legal%20Information%20Institute/Cornell%20University%20Law%20School). Acessado em 16.02.2016. Tradução livre, p.2.

<sup>265</sup> Vale ressaltar que em face dessa decisão em que se determinou pena de morte houve recurso tanto na esfera estadual quanto na esfera federal, sendo todos negados. Suprema Corte dos Estados Unidos “*Roper, Superintendent, Potosi Correctional Center V. Simmons*” Recurso da Suprema Corte do Estado do “Missouri”. Nº 03-633. Discutida em 13.10.04. Sentença em 01.03.05. In *Revista Juizado da Infância e Juventude*. Ano IV, Nº 10, Poder Judiciário-Rio Grande do Sul, Impresso em outubro de 2007. Tradução livre para que contou com a colaboração de Vicente Silva Saraiva, p. 70.

<sup>266</sup> Quanto ao caso *Atkins v. Virginia* a decisão referida acima aponta que “deficientes mentais” apresentam culpabilidade diminuída mesmo tendo capacidade, em determinadas ocasiões, de distinguir o que é certo do que é errado. Com isso, há de se concluir que se torna injustificável a aplicação de pena de morte, considerando esta uma sanção excessiva para “réus deficientes mentais”. Suprema Corte dos Estados Unidos “*Roper, Superintendent, Potosi Correctional Center V. Simmons*”... *Op Cit*, p. 71.

<sup>267</sup> Parecer do Tribunal. Suprema Corte dos Estados Unidos. Nº 03-633... *Op Cit*, pp.4-5.

recurso para o Supremo Tribunal dos Estados Unidos, tendo aquele tribunal decidido por declarar a “inconstitucionalidade da pena de morte para pessoas com menos de 18 anos, banindo esta alternativa do sistema jurídico.”<sup>268</sup>

Nesse caso, no que se refere à condenação de jovens à pena de morte, o advogado invocou estudos realizados através de imagens a demonstrar que o cérebro de um adolescente ainda não está, sob o ponto de vista neurológico, completamente formado e isso só acontece por volta de meados ou finais de 20 anos. E a partir disso, entenderam que punir de forma grave adolescentes de 16, 17 anos seria injusto.<sup>269</sup>

Entre as fundamentações utilizadas por aquele tribunal constitucional para rejeitar a imposição de pena de morte a pessoas que possuem menos de dezoito anos, realizou-se uma análise proporcional da culpabilidade de adolescentes e ofereceu três razões pelas quais os Estados não poderiam punir jovens tão severamente como adultos: Ausência de maturidade e um baixo autocontrole levam esses jovens a agir impulsivamente, sem a completa apreciação das consequências e reduz sua culpabilidade (Roper, 2005); Jovens possuem maior susceptibilidade do que os adultos às influências negativas de colegas e pressões externas, o que os tornam mais vulneráveis (Roper, 2005). A personalidade juvenil é mais transitória e menos bem formada, o que pode acarretar evidências menos confiáveis com relação ao fato criminoso. (Roper, 2005).<sup>270</sup>

Com isso, a sentença acaba por concluir que, de fato, a Oitava e Décima Quarta Emendas proíbem a imposição da pena de morte em face de criminosos em que no momento do crime possuíam menos de 18 (dezoito) anos. Em suma, a pena de morte deve ser imposta às pessoas que cometem “uma pequena parte dos crimes mais graves” e cuja culpabilidade extrema torna “digno de execução”.<sup>271</sup>

---

<sup>268</sup> SARAIVA, João Batista Costa, “O Brasil e a Idade Penal”, Colunas e Artigos, Disponível no site: [www.emporiododireito.com.br](http://www.emporiododireito.com.br). Acesso em 15 de jan de 2016, p.4.

<sup>269</sup> Em que pese, nesse caso, o tribunal não haver citado diretamente provas fundadas nas neurociências, fez uso de estudos comportamentais que demonstraram a diferença entre adolescente e adulto e assim, concluíram que a constituição estadunidense não permitia a punição mais grave para adolescentes. MONIZ, Helena. “Neurociências e Direito Penal: novos e velhos problemas” ... *Op Cit*, p. 924.

<sup>270</sup> FELD, Barry C. / CASEY, B.J. / HURD, Yasmin L, “Adolescent Competence and Culpability: Implications Of Neuroscience for Juvenile Justice Administration”, *In A Premir On criminal Law and Neuroscience: A Contribution of the Low and Neuroscience Project*, Supported by MacArthur Foundation. 2013, Tradução livre da ideia acima, p. 182.

<sup>271</sup> VILLEFORT, Monsieur, “Ropper v. Simmons:dez anos de sentença declarada inconstitucional a execução de

Diante disso, pode-se constatar que o caso *Roper v. Simmons*, originário do Estado de Missouri, apresenta-se como paradigma no cenário internacional, ao modificar algumas decisões daquela suprema corte, na medida em que mediante revisão em suas decisões anteriores vem a declarar a inconstitucionalidade da pena de morte para pessoas com menos de dezoito anos, tornando-se assim em conformidade com o Art. 37 da Convenção sobre os Direitos da Criança, dispositivo esse que proíbe a aplicação de pena de morte e prisão perpétua sem possibilidade de libertação.<sup>272</sup>

### **5.2.2. Caso *Miller v. Alabama* – proibição de prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional para pessoas com menos de 18 (dezoito) anos**

*Evan Miller*, um jovem de 14 anos, na companhia de um amigo, passou a noite a usar drogas e bebidas alcoólicas no trailer de um vizinho. Após algum tempo, começaram a bater de forma demasiada naquele vizinho e atearam fogo no trailer, o que resultou na morte da vítima. Inicialmente Miller foi acusado como juvenil e depois a questão foi removida para o tribunal de adultos, onde sofreu acusação por homicídio. *Miller* foi considerado culpado e recebeu a punição de prisão perpétua sem liberdade condicional do Tribunal do Júri.<sup>273</sup>

Após isso, recorreu ao Tribunal de Apelações Penais de Alabama, sob alegação de que a decisão estaria em inobservância às Oitava e Décima Quarta Emendas<sup>274</sup>. O tribunal, portanto, considerou que a condenação não era inconstitucional, apesar de sua idade e com isso, Miller recorreu à Suprema Corte Norte Americana, a qual recebeu o recurso em

---

peças menores de 18 anos”. Política de blog, direito, história e cultura. Acessado em 16.02.2016. Tradução livre, p. 1.

<sup>272</sup> Convenção Sobre os Direitos da Criança. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20.11.1989. Publicação UNICEF, no sítio [http://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf), acessado em 19.10.2016, p. 23.

<sup>273</sup> Informação obtida dos resumos diários gratuitos de novas opiniões da Suprema Corte dos EUA. “*Miller v. Alabama*. (567 US \_\_\_ 2012). Disponível no sítio <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/567/10-9646/>, acessado em 26.04.2017. Tradução livre, p.2.

<sup>274</sup> Através do recurso, foi questionada tanto a constitucionalidade da condenação à vida sem liberdade condicional, bem como a imposição de prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional para jovens com a idade em questão. Informações obtidas do Boletim do Supremo Tribunal. *Miller v. Alabama* (10-9646). Disponível no site: <https://www.law.commel.edu/supct/cert/10/10-9646>. Acesso em 11/1/2016. Tradução livre, p.1-3.

novembro de 2011<sup>275</sup>, tendo sido, portanto, programado para ser argumentado em conjunto com o caso *Jackson v. Hobbes*.<sup>276</sup>

A Associação Americana de Psicologia (APA), em demonstração de apoio a Miller, defendeu que jovens não devem ser condenados à prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional, uma vez que eles são menos desenvolvidos e, portanto, menos culpados do que os adultos, sobretudo, ao basear-se em diferenças referentes ao desenvolvimento neurológico. E continua a APA ao argumentar que estudos apresentam que jovens são particularmente propensos a se envolver em situações de risco tendo em vista sua vulnerabilidade. A partir daí, sustenta ainda que parte do cérebro de um adolescente, responsável por tomar decisão e controlar impulsos, não se comunica em equilíbrio, como seria um adulto e, portanto, não possuem o mesmo grau de controle em seu comportamento que um adulto.<sup>277</sup>

Ao fim ao cabo, foram apresentadas pesquisas recentes sobre o desenvolvimento do cérebro adolescente, o que foi relevante para concluir que tendo em vista a menor culpabilidade dos jovens e uma maior perspectiva de reabilitação, o efeito de uma sentença de prisão sem qualquer oportunidade de transformação seria algo extremamente desproporcional.<sup>278</sup>

Foram acostados aos autos do processo, tanto no caso *Miller v. Alabama* quanto no *Jackson v. Hobbs*, vários exames imagiológicos realizados por neurocientistas para demonstração de que o desenvolvimento cerebral de adolescentes não se equipara ao dos adultos, embora a discussão acerca do grau de responsabilização desses jovens não tenha

---

<sup>275</sup> Miller v. Alabama (10-9646). Disponível no site: <https://www.law.commel.edu/supct/cert/10/10-9646>. Acesso em 11/1/2016, pp.2-3.

<sup>276</sup> Kuntrell Jackson foi condenado a prisão perpétua sem possibilidade de liberdade condicional por ter participado de crime de homicídio, aos catorze anos de idade, juntamente com dois garotos mais velhos. Em que pese não ter sido autor direto do crime, sofreu condenação e apelou ao Supremo Tribunal de Arkansas, tendo sido a sentença confirmada. Após isso, apelou à Corte Suprema de Arkansas, através da qual argumentou violação a oitava e décima quarta emendas. A suprema corte rejeitou a apelação, tendo em vista não ter sido Jackson condenado à morte e por haver cometido homicídio (diferente dos casos julgados anteriormente). Com isso, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos concedeu o direito de ouvir este caso juntamente com Miller e Alabama. Informação obtida no Legal Information Institute. Jackson v. Hobbs (1096-47). Disponível no sítio <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/10-9647>, acessado em 03.05.2017. Tradução livre, p.1.

<sup>277</sup> Miller v. Alabama (10-9646). Disponível no site: <https://www.law.commel.edu/supct/cert/10/10-9646>. Acesso em 11/1/2016. p.3.

<sup>278</sup> Miller v. Alabama e Jackson v. Hobbs. Tribunal Suprema Corte dos Estados Unidos. Ano da decisão 2012. Disponível no sítio <http://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/miller-hobbs.aspx>, acessado em 03.05.2017.

chegado ao fim<sup>279</sup>.

A Suprema Corte Norte Americana, em junho de 2012, no caso Miller v. Alabama, decidiu pela inconstitucionalidade de leis estaduais que determinavam a obrigatoriedade da prisão perpétua, sem direito à condicional, para delitos de homicídio. Vale dizer que tal decisão não elimina a imposição de prisão perpétua para jovens com menos de 18 anos, autores delitos de morte, mas concede poder ao Júri e ao juiz de levar em conta “circunstâncias atenuantes (como idade do acusado), a natureza do fato e a efetiva participação da criança ou do adolescente”<sup>280</sup>, proibindo, entretanto, a decisão automática com relação à prisão perpetua nesses casos.

Com isso, o que se quer atentar é que foi revista a questão da culpa nessas decisões, de forma a reconhecer a distinção da responsabilização de jovens e de adultos. Após isso, foi levado em conta a pesquisa psicológica e criminológica do desenvolvimento que baseia essa distinção e finalmente, como as pesquisas neurocientíficas ajudam a explicar a tomada de decisões, bem como o julgamento de jovens e por consequência diferencia a culpa destes com a culpa dos adultos.<sup>281</sup>

É válido, portanto, considerar o fato de que em que pese as neurociências trazerem relevantes informações acerca do funcionamento do cérebro, ainda não nos transmite com exatidão dados permita concluir sobre responsabilidade individual.<sup>282</sup>

E ainda assim, não se pode deixar de levar em consideração de que inúmeras questões ainda existem com relação à utilização de técnicas neurocientíficas nos tribunais,<sup>283</sup> sobretudo quando envolvem questões probatórias a serem utilizadas no processo penal.<sup>284</sup>

---

<sup>279</sup> MONIZ, Helena. “Neurociências e Direito Penal: novos e velhos...”, *Op Cit*, p. 924.

<sup>280</sup> SARAIVA, João Batista Costa. Colunas e Artigos, *O Brasil e a Idade Penal*. Disponível no site: [www.emporiododireito.com.br](http://www.emporiododireito.com.br). Acesso em 15 de jan de 2016, p. 04.

<sup>281</sup> FELD, Barry C.; CASEY, B.J.; HURD, Yasmin L. *Adolescent Competence and Culpability: Implications Of Neuroscience for Juvenile Justice Administration...* *Op Cit*, p. 181.

<sup>282</sup> MONIZ, Helena. “Neurociências e Direito Penal: novos e velhos...”, *Op Cit*, p. 925.

<sup>283</sup> Note-se, porém, em julgado do Superior Tribunal de Justiça Português: Ac.STJ de 24-10-2012, proc. Nº 2965/06.OTBLLE.EI-3ªS, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); “...o actual estado das neurociências não permite a indagação directa da forma como se elaborou o processo de vontade que leva à acção, a afirmação da existência dessa mesma vontade passará sempre pela existência de factos que à luz de um critério de normalidade e das regras de experiência de vida permitem concluir pela existência de um elemento subjectivo da infração. A afirmação do *animus* será sempre o resultado de uma operação de lógica em que as premissas são, por um lado, as regras de experiência ou as leis científicas.”

<sup>284</sup> Em que pese haver sérias discussões quanto à utilização de métodos neurocientíficos no processo penal, no sentido de ferir ou não direitos e garantias constitucionais, tais métodos já foram utilizados em alguns casos na

A considerar, portanto, que a Convenção sobre os Direitos da Criança proíbe expressamente, a prisão perpétua sem possibilidade de libertação por delitos cometidos por pessoas com idade inferior a dezoito anos, pode-se notar que mais uma relevante decisão, fundamentada em bases neurocientíficas.

Por fim, as decisões acima tratadas têm o condão de colocar os Estados Unidos mais alinhados com os direitos humanos de crianças, através dessa interdisciplinaridade e alinhamento entre as neurociências e o direito penal, que vem refletir no campo da responsabilidade criminal<sup>285</sup>, sobretudo, no que se refere aos jovens, que não devem ser responsabilizados da mesma forma que os adultos.

---

Espanha, após do trânsito em julgado da sentença, em casos de investigação de crime de homicídio . Pode-se verificar de forma mais elucidativa em artigo a ser publicado brevemente nos Estudos em Homenagem ao Senhor Prof. Doutor Manuel Costa Andrade. SOUSA, Susana Aires de, “Neurociências e Direito Penal:em busca da verdade perdida (na mente)?” Nótulas à margem do “caso Ricla” , texto correspondente à conferência efetuada no âmbito da iniciativa *direito n(uma) hora* do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a coordenação do Senhor Doutor João Loureiro, pp. 03-12. Disponível em [http://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/vulnerabilidade\\_e\\_direito/direitonumahora2.pdf](http://www.ij.fd.uc.pt/publicacoes/vulnerabilidade_e_direito/direitonumahora2.pdf).

<sup>285</sup> Tais decisões tiveram o relevante papel inovador pela fundamentação utilizada, ampliando espaço para cada vez mais se buscar argumentações e descobertas através da interdisciplinaridade, que apesar de ainda encontrar-se em uma fase inicial outras direções podem ser alcançadas, sobretudo, em se tratando de reabilitação de jovens autores de fato qualificado pela lei como crime. Conclui-se, entretanto, que essa integração do direito penal com outras ciências pode levar a uma intervenção mais integradora e ajustada aos casos concretos. MENDES, Tiago de Sousa, “Mente, responsabilidade e psicologia”, *Anatomia do Crime...*, *Op Cit*, pp. 106-109.

## CONCLUSÃO

Não se pode negar que, não obstante todas as indefinições, as neurociências chegaram aos tribunais e têm influenciado imensamente na seara infanto-juvenil ao trazer relevante contributo no que diz respeito à diferença do cérebro adolescente com relação ao cérebro adulto e o quanto isso chega a interferir no comportamento do jovem, especialmente, no seu processo de maturação e tomada de decisões.

O ponto fulcral do deste trabalho, no entanto, foi além analisar o fato típico e ilícito praticado pela criança, mediante os elementos da teoria do crime e a partir daí concluir que esse fato não é o mesmo cometido pelo adulto. Com isso, pretende-se ainda utilizar-se dos argumentos apresentados pelas neurociências, os quais vêm corroborar com o que se defende na presente pesquisa.

Com relação ao fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança buscou-se observar sua natureza a partir da tipicidade, ilicitude e culpa. Entretanto, não se teve dúvidas em verificar que se trata de um típico, ilícito, havendo, portanto, divergências doutrinárias no âmbito da culpa.

É, portanto, na doutrina brasileira onde se nota essa forte divergência quanto à existência ou não da culpa no fato praticado pelo inimputável em razão da idade. Há uma corrente doutrinária que defende a ideia de que se trata de um fato além de típico, ilícito e culposo por entender, sobretudo, que as garantias direcionadas à criança em conflito com a lei são advindas do direito penal e por isso para se legitimar a intervenção estatal em face da criança há necessidade da verificação de sua culpa.

Há, portanto, outro seguimento da doutrina brasileira que defende não ser o fato do inimputável em razão da idade culposo, entendimento este que coaduna com a doutrina portuguesa, a qual sustenta o fato qualificado pela lei como crime praticado pela criança não ser detentor de culpa.

Tal divergência doutrinária é de grande relevância para firmar a problemática deste trabalho e assim chegar à ideia principal de analisar a existência ou não da culpa desse fato à luz das neurociências, e assim concluir que o fato praticado pela criança não se caracteriza o mesmo fato criminoso praticado pelo adulto.

Para isso, não se poderia fazer sem trazer mesmo que de forma sucinta as concepções de liberdade e culpa defendidas por Figueiredo Dias, que não se mostra incongruente com as ideias neurocientíficas aqui abordadas, tudo isso aliado à importância de manter o direito penal aberto a outras a novas descobertas e linhas de desenvolvimento trazidas por outras áreas.

No período da adolescência ainda não se tem um leque tão grande de opções e as atitudes tomadas são baseadas em diversos fatores, sejam eles sociais, familiares, psicológicos, culturais e neurobiológicos.

Dessa forma, o jovem com seu cérebro em formação, em que pese possuir um raciocínio abstrato, que lhe permite querer praticar algo e saber avaliar isso no sentido se é ou não correto, ainda não possui maturidade suficiente para tomar atitudes racionais e isso demonstra não ser detentor de uma capacidade emocional necessária, que somente surgirá após o processo de maturação, o qual, segundo argumentos neurocientíficos, perdura até cerca dos 20 (vinte anos) de idade, com isso, pode-se concluir que o fato qualificado como crime praticado pela criança apesar de ilícito e típico, não será considerado culposos e, portanto, à luz das neurociências, não poderá ser tratado como se fosse igual ao fato praticado pelo adulto.

Após tratar do fato típico e ilícito praticado pela criança, a segunda parte do trabalho refere-se à responsabilização pelo cometimento de tal fato, o que também foi analisado à luz de fundamentos neurocientíficos, bem como à natureza da medida estatal aplicada, de forma a ser alinhada ao processo de amadurecimento do cérebro adolescente.

Quanto ao caráter educativo da medida educativa não há divergência, tanto no ordenamento jurídico português, quanto no brasileiro. Nomeadamente, no direito português, observa-se com relação à criança em conflito com a lei, a necessidade de educação para o direito e não a culpa, entretanto, em relação ao adulto leva-se em consideração a culpa. Pelo que se pode complementar a conclusão de que o fato praticado pela criança não se caracteriza por ser o mesmo fato praticado pelo adulto.

Não obstante isso se deve concluir que a finalidade educativa da medida é algo incontestável, de forma que a criança deve enfrentar um processo de socialização diferenciado, que deve ser executado com observância à condição de pessoa em desenvolvimento e isso denota a incontestável finalidade educativa que tais medidas possuem.

Não se pode, portanto, questionar o fato de que criança é pessoa diferente do adulto e

que isso vem interferir demasiadamente em suas necessidades psicológicas, físicas, emocionais e educativas para um desenvolvimento saudável nesse processo transformador que é a passagem da vida infantil à vida adulta. Por tudo isso, não se deve esperar que este jovem tome suas decisões e aja com uma pessoa adulta.

A partir desse pressuposto, buscaram-se fundamentos para que esse tratamento diferenciado que se deve dar à criança com relação ao adulto não seja apenas pelo fato de ser alguém em desenvolvimento, uma vez que qualquer pessoa, independente da idade, que esteja suscetível às transformações encontra-se em evolução. A verdade é que as neurociências, com suas bases científicas, através de imagens, vêm ganhando cada vez mais espaço, de modo que a integração do direito penal com outras ciências tem sido um caminho eficaz, sobretudo no que diz respeito a essa temática.

O jovem, detentor de um cérebro ainda em formação, apresenta determinado comportamento que vem repercutir inclusive no momento de se tomar alguma decisão, o que normalmente o faz, sem pensar nas consequências, o que explica nesse jovem ainda não ter elemento emocional completamente maduro a ponto de lhe permitir responder pelo fato ilícito e típico da mesma forma do adulto, que responde por um delito.

Como afirmado acima, a medida aplicada a esse jovem possui finalidade educativa, embora muitas vezes, na prática, essa finalidade não se evidenciar, pelo contrário, o que se vê é uma medida de natureza eminentemente sancionatória, sendo o encarceramento, considerado por muitos, o caminho a seguir para combater a criminalidade juvenil.

Como sugerem as neurociências, deve-se responsabilizar na busca de trabalhar a utilização de técnicas de aprendizagem e neuroplasticidade. É verdade que socializar dessa forma torna o processo bem mais complexo, uma vez que o adolescente com seu cérebro ainda incompleto pede soluções e caminhos que envolvem um significativo conhecimento interdisciplinar.

A ideia de abordar as neurociências neste trabalho é, sobretudo, demonstrar que seus fundamentos vêm influenciando, de forma significativa, no âmbito da justiça juvenil, motivo pelo qual foram destacados casos emblemáticos para demonstrar a utilização de bases neurocientíficas, em processos oriundos dos Estados Unidos, que sempre se mostraram resistentes ao cumprimento de normativas internacionais referentes aos direitos da criança.

Ao dar o devido relevo aos argumentos neurocientíficos, a Justiça Estadunidense chegou a declarar inconstitucional a execução de pessoas que cometeram crimes quando possuíam menos de 18 (dezoito) anos, bem como proibiu a condenação automática à pena de prisão perpétua, por crimes cometidos por adolescentes que não seja homicídio, ou seja, sem direito a liberdade condicional.

Em que pese haver tantas vozes dissonantes com relação ao tratamento do jovem autor de fato qualificado pela lei como crime, tanto no sentido de torná-lo vítima de um sistema excludente ou quanto no sentido de que possui total consciência de seus atos e que por isso deve ser responsabilizado da mesma forma que uma pessoa adulta.

Ao fim ao cabo, não se quer, portanto, defender que criança não será responsabilizada pelo fato qualificado pela lei como crime que cometer, nem argumentar que fundamentos neurocientíficos seja a salvação para os inúmeros problemas que se observa nessa área, porém, não se pode ignorar o contributo das neurociências no sentido de aproximar até os mais distantes dos direitos humanos da criança.

As decisões proferidas nos casos aqui abordados, como de *Roper v. Simmons e Miller e Alabama*, em que foi declarada a inconstitucionalidade de aplicar pena de morte para pessoas com menos de dezoito anos, bem como prisão perpétua sem possibilidade de libertação por delitos cometidos por pessoas com idade inferior a dezoito anos, fundamentadas em bases neurocientíficas, colocam os Estados Unidos mais alinhados ao cenário internacional no que se refere aos direitos humanos de crianças.

Diante de tudo isso, não se sabe ainda se as neurociências vieram para ficar, porém, pode-se concluir que, especialmente, no âmbito da justiça infanto-juvenil tais argumentos alheios vêm dando relevante contributo à garantia dos direitos da criança, sobretudo, autora de fato qualificado como crime por reconhecer essa significativa distinção entre criança e adulto, e assim, buscar uma responsabilização mais adequada à sua condição de sujeito de direitos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFAIATE, Ana Rita, *O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade*, Tese de Doutoramento em Direito, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na área de Ciências Jurídico-Criminais, orientada pelo Professor Doutor José Francisco Faria Costa, 2014.
- AMBOS, Kai, “A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, (orgs.) Manoel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Volume I, *Studia Iuridica* 99, *Ad Honorem*, 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2009 (Tradução de Pedro Caeiro e Susana Aires de Sousa), Faculdade de Direito Universidade de Coimbra.
- ANTUNES, Maria João, “O Passado, O Presente e o Futuro do Internamento de Inimputável Em Razão de Anomalia Psíquica”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13, n.º 3, julho-Setembro, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- ARANTES, Esther Maria Magalhães Arantes, “A reforma das prisões, a Lei do Ventre Livre e a emergência no Brasil da categoria de menor abandonado”. Disponível na internet, com o link [http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/12/A\\_reforma\\_das\\_prisoes.pdf](http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/12/A_reforma_das_prisoes.pdf) . Acessado em 08.12.2016. “Direitos Humanos”. In *Justiça Juvenil sob o marco da proteção integral*. Caderno de textos. São Paulo: ABMP, 2008.
- BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo, “O Direito de Intervenção Junto de Menores Infractores como: Direito do Facto? Direito do Autor? Ou Direito do Autor e do Facto?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13, Nº 4, Outubro-Dezembro, Coimbra. Editora, 2003.
- BARATTA, Alessandro, “A Democracia e os Direitos da Criança”, *Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*, 2013(8), pp. 1-11. Publicado no sítio <http://www.pgskroton.com.br/seer/index.php/adolescencia/article/view/220/206>.

Acessado em 19.10.2016.

- BELOF, Mary, *Los Derechos del niño em el sistema interamericano*, Buenos Aires: del Puerto, 2004.
- BELLOF, Mary. Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, 2, Buenos Aires:Unicef, 2001.
- BEYER, Marty. “As melhores práticas na responsabilização dos jovens: perspectiva geral”, *Infância e Juventude. Revista do Instituto de Reinserção Social Ministério da Justiça*. Janeiro-Março, 05.1, Traduzido por Manuela Baptista Lopes.
- BITTENCOURT, César Roberto, *Direito Penal: Parte Geral I*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2012
- BRANDÃO, Cláudio, “Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal Brasileiro”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, Nº 2, Abril-Junho, 2005
- CERQUEIRA, Marina, *Neurociências e Culpabilidade*, 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora.
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Volume I (Reimpressão), com a colaboração de Figueiredo Dias, Coimbra: Almedina Editora, 2014
- CRESPO, Eduardo Demetrio, “Lebertad versus determinismo en Derecho Penal?” *In Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º3, Janeiro-Junho, Coimbra: Almedina, 2016.
- CRUZ, Lílian / HILLESSHEIM, Betina / GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima, “Infância e Políticas Públicas: um olhar sobre as práticas psi” disponível no sítio [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-718220050003000006&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-718220050003000006&script=sci_abstract&tlng=pt), acessado em 06.06.2017.
- DAMÁSIO, Antônio R, *O Erro de Decartes: emoção, razão e o cérebro humano*, tradução Dora Vicente, Georgina Segurado, 3ª Ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, 2ª reimpressão, 2015, pp. 66-73.
- DIAS, Augusto Silva, “Cérebro Social, Diversidade Cultural e Responsabilidade Penal”, *Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º3, Janeiro-Junho, Coimbra: Almedina, 2016.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. Questões

- Fundamentais. A Doutrina do Crime, 2.<sup>a</sup> edição (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- \_\_\_\_\_, *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 3<sup>a</sup> Ed, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
  - \_\_\_\_\_, *O Problema da Consciência da Ilicitude em Direito Penal*, 6<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
  - DUARTE-FONSECA, António Carlos. *Internamento de Menores Delinquentes, A Lei Portuguesa e os Seus Modelos: Um século de Tensão entre Proteção e Repressão, Educação e Punição*, Coimbra: Coimbra Editora Coimbra, 2005.
  - DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Responsabilização dos menores pela prática de factos qualificados como crimes: Políticas actuais*, Psicologia Forense (separata), Coimbra: Almedina Editora, 2006.
  - \_\_\_\_\_, “Interactividade entre penas e medidas tutelares – contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano II, Fasc. 1<sup>o</sup>. Janeiro-Março 2001
  - EAGLEMAN, David, *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*, Tradução: Ryta Vinagre, Rio de Janeiro: Rocco.
  - FALCÓN Y TELLA, María José / FALCÓN Y TELLA, Fernando, *Fundamento e Finalidade da Sanção: Existe um direito de castigar?*, Tradução: Cláudia de Miranda Avena. Revisão: Luiz Flávio Gomes, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
  - FARAH, Martha J. / NOBLE, Kimberly G. / HURT, Hallam, “Poverty, Privilege, and Brain Development: Empirical Findings and Ethical implications”, *University Of Pennsylvania*, p.6. Artigo publicado no sitio: [www.mekids.org](http://www.mekids.org).
  - FELD, Barry C. / CASEY, B.J. / HURD, Yasmin L, “Adolescent Competence and Culpability: Implications Of Neuroscience for Juvenile Justice Administration”, *A Premier On criminal Law and Neuroscience: A Contribution of the Law and Neuroscience Project*, Supported by MacArthur Foundation, 2013
  - FERRADIN. Mauro, *Ato Penal Juvenil: Aplicabilidade dos Princípios e Garantias do Ato Penal*, Curitiba: Juruá Editora, 2009.

- GAUER, Gabriel José Chitó / NETO, Alfredo Cataldo / REGINA Leandra, “Juventude, contemporaneidade e comportamento agressivo”, *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais*, Vol 2, Porto Alegre: ediPUCRS 2010
- GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso, “Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização”, *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*, São Paulo: ILANUD, 2006.
- GOMES, Ferreira Joaquim, “O Padre António de Oliveira (1867-1923), Grande Educador”, Disponível no sítio: <http://www.interacoes-ismt.com/index.php/revista/article/view/19>. Acessado em 09.07.2016.
- GUEDES, Francine Marioga dos Reis Guedes, “Redução da Maioridade Penal e Neurociência: cortar o mal pela raiz?”, Colunas e Artigos, Disponível no site: [www.emporiododireito.com.br](http://www.emporiododireito.com.br). Acesso em 15 de jan 2016.
- GUERRA Paulo, “O Novo Direito das Crianças e Jovens – Um Verdadeiro Recomeço”, *Infância e Juventude. Revista do Instituto de Reinserção Social*, Janeiro-Março, 03.1, pp. 58-59.
- HASSEMER, Winfried, “Neurociências e culpabilidade em Direito Penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 21, Vol. 100, Jan-fev, 2013. Coordenação Helena Regina Lobo da Costa e Heloisa Estelita. Traduzido por Helena Regina Lobo da Costa.
- HERCULANO-HOUZEL, Suzana, *Neurociências na Educação, Adolescência: o cérebro em transformação*, (DVD), Atta: Mídia e Educação. São Paulo: Nitta’s Digital Vídeo.
- \_\_\_\_\_, “Adolescência é coisa do cérebro e não dos hormônios”, Site: <http://www2.uol.com.br/vivermente/artigos/adolescencia-e-coisa-do-cerebro>.
- HORTA, Ana Clelia Couto, “Evolução Histórica do Direito Penal e Escolas Penais”, Disponível no sítio [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=514](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514). Acessado em 19.10.2016.
- INFÂNCIA E JUVENTUDE, “Justiça Juvenil: Um Século de Mudanças”, *Revista do*

- Instituto de Reinserção Social*, Outubro-Dezembro ISSN 0870-6565, Artigo publicado no Boletim (Dezembro de 1999) do *Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention do Department of Justice dos EUA* (Tradução Manuela Baptista Lopes).
- JUNQUEIRA, Ivan de Carvalho, *Ato Infracional e Direitos Humanos: A internação de adolescentes em conflito com a lei*, Campinas/SP: Servanda Editora, 2014.
  - LIBERATI, Wilson Donizeti, *Adolescente e Ato Infracional: Medida Socioeducativa É Pena?*, 2.ed, São Paulo: Malheiros Editora.
  - LOPES, Manuela Batista (Trad), “Justiça Juvenil: Um Século de Mudanças” *In Revista Infância e Juventude. Revista do Instituto de Reinserção Social*. Outubro-Dezembro. ISSN 0870-6565. 03.4.
  - LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Libertad, Culpabilidad y Neurociências”, *In Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º3, Janeiro-Junho, Coimbra: Almedina, 2016.
  - MARTINS, Ernesto Candeias, “A Infância Desprotegida Portuguesa na Primeira Metade do Século XX” *In Infância e Juventude. Revista do Instituto de Reinserção Social Ministério da Justiça*, Outubro-Dezembro ISSN 0870-6565. 06.4.
  - MELO, João Ozorio, “Estados americanos elevam idade penal para até 21 anos”. Disponível no sítio <http://www.conjur.com.br/2017-fev-06/estados-americanos-elevam-idade-penal-21-anos> , acessado em 10.04.2017.
  - MENDES, Tiago de Sousa. “Mente, responsabilidade e psicologia” *In Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º3, Janeiro-Junho, Coimbra: Almedina, 2016.
  - MINAHIM, Maria Auxiliadora, *Direito Penal da Emoção: A inimputabilidade do menor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
  - MONIZ, Helena, “Neurociências e Direito Penal: novos e velhos problemas”, disponível no sítio: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015\\_02\\_0911\\_0928.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0911_0928.pdf) , acessado em 11.04.2017.
  - MORA, Gustavo Chan, “Fundamentos Psicológicos-Evolutivos y Neurocientíficos para El Tratamiento Diferenciado de La Responsabilidad [! y de La Culpabilidad!]”

- Penal de los Jóvenes”, *Revista Digital de la Maestría em Ciências Penales de La Universidad de Costa Rica*, nº3, 2011.
- MULLER, Roberto. “Neurociência Cognitiva e a Nossa Realidade”, em seu artigo baseado na obra de KANDEL, E.R et al. - *Principles of Neural Science* 4ª ed. publicado no sítio [www.sbneurociencia.com.br](http://www.sbneurociencia.com.br), acessado em 17.04.2017.
  - NEUMAM, Camilla, “Estudo explica por que adolescentes são impulsivos e podem cometer crimes”. Disponível no sítio <https://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2015/05/26/mapa-do-cerebro-explica-porque-adolescentes-sao-impulsivos-e-cometem-crimes.htm>, acessado em 03.05.2017.
  - OLIVEIRA, Francisco da Costa, *Crime negligente e culpa: na dogmática penal e na prática judiciária*, Coimbra: Editora Almedina, 2010.
  - PEREZ, Vitória Otávio, *La Minoría penal*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.
  - QUEIROZ, Paulo, “Revolução Neurocientífica e Direito Penal”, *Boletim IBCCRIM* – Ano 19, Nº 227, Outubro de 2011.
  - RIGON, Roziméri Aparecida, *Delinquência Infanto-Juvenil: uma abordagem desenvolvimentista em criminologia*, Curitiba: Juruá Editora, 2012
  - RODRIGUES, Anabela Miranda, “Repensar o Direito de Menores em Portugal – Utopia ou Realidade?” *In Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Nº 7, 1997
  - \_\_\_\_\_, “Política Criminal e Política da Menoridade”, *Teoria Investigação e Prática*, Centro de Estudos em Educação e Psicologia da Universidade do Minho, 1999.
  - RODRIGUES, Anabela Miranda / DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa* (Reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
  - RODRIGUES, Ellen Cristina Carmo, “Os 26 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e a responsabilidade do adolescente pela prática da infração penal do Brasil”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, Ano 25, 127, Janeiro 2017.
  - ROSA, Alexandre Morais da / KHALED JR, Salah H, *In dúbio pro hell: profanando o sistema penal*, Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2014
  - ROSSATO, Luciano Alves / LÉPORE, Paulo Eduardo / CUNHA, Rogério Sanches,

- Estatuto da Criança e do Adolescente: Comentado Artigo por Artigo*, 7.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ROXIN, Claus. “Acerca da problemática do direito penal da culpa”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra.
  - SANTOS, Carolina Girão. “Da especificidade do direito penal dos jovens adultos na perspectiva das consequências jurídicas do crime”, *In Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito de Família*, Ano 8, Nº 16, 2011.
  - SANTOS, Flavio Roberto de Carvalho / VELASQUES, Bruna, “Neurociências: contribuição para adolescentes em Medida Socioeducativas”, Trabalho apresentado no I Congresso Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais e Humanidades. UFF – Niterói, RJ – Brasil/ 3 a 9 de Setembro de 2012. Disponível no sítio <http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT09%20Sa%FAde%20e%20s ociedade/Neuroci%EAncias%20contribui%E7%E3o%20para%20adolescentes%20em %20Medida%20-%20trabalho%20completo.pdf>, acessado em 11.04.2017.
  - SARAIVA, João Batista Costa, *Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral*. Uma abordagem sobre a responsabilidade Penal Juvenil, 4.ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.
  - \_\_\_\_\_, *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e Ato Infracional*, 4<sup>a</sup> Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
  - \_\_\_\_\_, “O Brasil e a Idade Penal”, *Colunas e Artigos*. Disponível no site: [www.emporiododireito.com.br](http://www.emporiododireito.com.br).
  - \_\_\_\_\_, “O Caso Roper versus Simon: A decisão da Suprema Corte Norte-Americana banindo a pena de morte por delitos praticados por pessoas com menos de dezoito anos de idade”, *In Revista Juizado da Infância e Juventude*, Ano IV, Nº 10, Poder Judiciário-Rio Grande do Sul, 2007.
  - SASTRE, Rosa Ventas, “Estudio de la minoría de edad desde una perspectiva penal, psicológica y criminológica”, *Publicaciones del Instituto de Crominología de La Universidad Complutense de Madrid*, Dirigida por El Prof. Manuel Cobo del Rosal.
  - SILVA, Júlio Barbosa, *Lei Tutelar Educativa Comentada: No âmbito das principais orientações internacionais, da Jurisprudência Nacional e do Tribunal Europeu dos*

- Direitos do Homem, Coimbra: Almedina Editora, 2013.
- SOUSA, Susana Aires de, “Neurociências e Direito Penal:em busca da verdade perdida (na mente)?” Nótulas à margem do “caso Ricla”
  - SOUTO, Gemma Perez, “Direitos Humanos e Justiça Juvenil: Onde começam os direitos dos infratores? Uma abordagem internacional”, *In Ousar e Integrar – Revista da Reinserção Social e Prova*, N° 7, 2010.
  - SPOSATO, Batista Karyna, “A constitucionalidade do direito da criança no Brasil como barreira à redução da idade penal: visões de um neoconstitucionalismo”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17. N° 80. Set-out, 2009
  - PAIS, Lúcia G. / OLIVEIRA Miguel, “Decisão (do) adolescente:psicologia e delinquência juvenil”, *Ousar e Integrar - Revista de Reinserção Social e Prova*, N.º 5, 2010
  - TAVARES, Juarez, “Culpabilidade: a incongruência dos métodos”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Porto Alegre, v.6, n.º 24, 1998.
  - TEIXEIRA, João Fernandes, *Filosofia do Cérebro*, São Paulo: Paulus, 2012, *Apud* CERQUEIRA, Marina, *Neurociências e Culpabilidade*, 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora.
  - TOMÁS, Catarina, “Convenção dos Direitos da Criança: Reflexões Críticas”, *In Revista da Direcção-Geral de Reinserção Social*, Ministério da Justiça. Infância e Juventude, Outubro-Dezembro, ISSN 0870-6565/07.4.
  - VERONESE, Josiane Rose Petry / ROSSATO, Luciano Alves / LÉPORE, Paulo Eduardo, *Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas. 100 anos Saraiva*, São Paulo: Saraiva, 2015.
  - VIANA, João Matos, “Comentário à sessão direito penal e neurociências” *In Anatomia do Crime. Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, n.º3, Janeiro-Junho, Coimbra: Almedina, 2016.
  - VILLEFORT, Monsieur, “Ropper v. Simmons:dez anos de sentença declarada inconstitucional a execução de pessoas menores de 18 anos”, Política de blog, direito, história e cultura. Acessado em 16.02.2016.

