



Ana Rita da Silva Samelo Alfaiate

O Problema da Responsabilidade Penal dos Inimputáveis por Menoridade

Tese de Doutoramento em Direito,
na área de especialização em Ciências Jurídico – Criminais,
orientada pelo Senhor Professor Doutor José Francisco de Faria Costa e
apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

Setembro/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE PENAL DOS
INIMPUTÁVEIS POR MENORIDADE

Ana Rita Alfaiate
Coimbra, 2014

Para a elaboração desta dissertação, contámos com uma Bolsa de Investigação da Fundação para a Ciência e Tecnologia, bolsa essa com a referência SFRH / BD / 77540 / 2011, financiada pelo POPH - QREN - Tipologia 4.1 - Formação Avançada, participado pelo Fundo Social Europeu e por fundos nacionais do MEC.



NOTA PRÉVIA

Pelas circunstâncias em que temos desenvolvido a nossa carreira académica, a presente tese é o reflexo, inelutável, da escassez do tempo, “*esse devorador de coisas*”.

Contemplados que fomos com uma bolsa de investigação da Fundação para a Ciência e Tecnologia, não nos pareceu, apesar de tudo, que devêssemos, por essa razão, e ainda que respeitando as rigorosas exigências estabelecidas pela referida Instituição, interromper o trabalho que vínhamos desenvolvendo na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Assim, foi deliberadamente que mantivemos o nosso tempo dividido entre a investigação, as aulas, a correcção dos exames, a realização de provas orais, as conferências e os projectos que, afinal, nos parecia permitiriam manter a imprescindível capacidade de não mergulhar acriticamente numa tese que se transformasse, ela mesma, na nossa vida inteira.

Pagámos, no entanto, um preço por tal opção. Na verdade, a necessidade de redigir uma dissertação em tempo reduzido, embora não desistindo do propósito de ela ser o melhor possível, reforçou a nossa convicção de que, longe, muito longe, de querer atingir com ela o auge de uma carreira, com ela se poderia apenas dar (quase) os primeiros passos.

Assim, o trabalho que empreendemos tinha, por conseguinte, de ser manifesta e objectivamente diverso da generalidade das teses de doutoramento a que estamos acostumados na nossa Escola e a que um denso aparato dogmático e intertextual dá, também por isso, uma inexcedível consistência e dignidade científicas.

Com efeito, apresentamos agora uma dissertação substancialmente distinta, fruto de umas circunstâncias também elas diferentes, conquanto, queremos acreditar, pelo menos pela sua dimensão, ela não possa ser *iuris et de iure* considerada pior, ou melhor, que as restantes.

Acresce ainda que partimos do princípio que temos como bom de que investigávamos e escrevíamos para um público diferenciado, especialmente composto por juristas com domínio dos conceitos gerais e que servem de alicerce a qualquer investigação de pormenor como, inevitavelmente, acontece num projecto de especialização.

Por isso, os conceitos, as posições doutrinárias, os regimes legais, as divergências jurisprudenciais e até a própria realidade da intervenção em sede de delinquência juvenil são aqui, como se compreenderá, dados tidos como consolidados, trazidos, portanto, ao discurso apenas quando imprescindíveis para a compreensão profícua daquelas que são as nossas propostas.

Se é certo que esta opção, repete-se, confessada, acaba por romper com a tradição Escolar que sempre fez boa carreira nesta Veneranda Universidade, o momento actual não permitiu, aos nossos olhos, outra via.

Neste contexto, afigurou-se desde cedo inglória a tarefa de uma exposição aprofundada da complexa vastidão doutrinal e jurisprudencial do mundo do direito que há-de mobilizar-se quando falamos de inimputabilidade penal em razão da idade. E sendo inegável que o direito penal não se confina à doutrina e à jurisprudência portuguesas e que, do tema que nos propusemos tratar, emergem profundas ligações com outros ramos científicos, numa palavra, com o Mundo, não reconhecer as exigências da empreitada seria até irresponsável.

Sem perder o nosso leme, mantivemo-nos, contudo, assim o esperamos, firmes no propósito de apresentar um trabalho suficientemente inovador para almejar dar este passo, pequenino, e inicial, rumo, todos os dias, à Universidade.

*“...
e uma vez acordou
caminhou lentamente por cima da idade
tão longe quanto pôde
onde era possível inventar outra infância
que não lhe ferisse o coração”*

Al Berto

RESUMO

Com esta dissertação de doutoramento pretendemos desenvolver o quadro dogmático penal da inimputabilidade por menoridade, consolidando o que deve entender-se por inimputabilidade em geral. Para isso, atendemos à razão de ser da consagração de uma idade abaixo da qual a resposta ao facto praticado pelo delincente deve diferenciar-se da resposta penal, embora, comprometidos com o que nos parece ser um critério insuficiente de delimitação da imputabilidade, tenhamos considerado estar em condições de propor um *topoi* adicional, a que demos o nome de *intellectus criminalis*.

O novo critério, consubstanciado por uma ideia de capacidade de compreensão e manifestação de vontade do delincente, não dissociada de uma modelação social conforme ao direito, permitirá, estamos certos, depurar o princípio da culpa jurídico-penal. Deixa, com esta nova forma de apreciar o facto e quem o praticou, de se subestimar a culpa enquanto censurabilidade passível de ser dirigida apenas a algumas pessoas que, pelas suas características, devem arcar com este júízo responsabilizador.

A motivação para o tema não deixa de beber em muito do interesse que ao longo dos últimos dez anos fomos ganhando pelo direito penal em geral e pelo direito dos menores em particular. Além disso, não raras vezes tem sido veiculada uma certa ideia de necessidade de intervenção em matéria de imputabilidade penal.

Por um lado, nem sempre se consegue afastar a reivindicação pública de abaixamento da sua idade, sobretudo gerada pelo desconforto perante a reacção ao facto praticado por inimputável, a que tem levado a resposta do sistema a alguns casos concretos, nomeadamente de crimes violentos (homicídios, ofensas à integridade física graves, abusos sexuais e outros) praticados por pessoas com menos de dezasseis anos, geradora hoje, na consciência jurídica geral,

de um certo sentimento de impunidade que, apesar de tudo, não parecia estar no horizonte do legislador.

Por outro lado, razões de harmonização sistemática do ordenamento jurídico português facilmente nos colocam perante a questão de saber se essa idade não deveria, isso sim, subir para os dezoito anos.

O caldo doutrinal em que a matéria caiu, associado a uma luta cada vez mais feroz por manter os direitos, liberdades e garantias de uma criança ou jovem enquanto a matriz securitária do direito se vem adensando justifica também a dedicação ao tema.

Finalmente, o facto de, nos últimos anos, a cultura jurídica ter vindo a acolher, cada vez mais, a ideia de que a capacidade do menor não pode deixar de reconhecer-se de forma evolutiva e que o valor da sua declaração de vontade, por exemplo, passa por diferentes estádios, obrigou-nos a considerar que a sua posição perante o direito e perante a consequência jurídica dos factos que pratica, ela própria, não deveria continuar a ser entendida de forma estanque.

A dissertação está dividida em três partes. A primeira parte trata de uma aproximação ao tema da inimputabilidade, e onde desenvolvemos o conceito e a sua natureza jurídica. Ainda nesta primeira parte, começa a ganhar forma, de um modo crítico, a relação que adiante estabelecemos entre a inimputabilidade por menoridade e a culpa e a inimputabilidade por menoridade e a responsabilidade.

A segunda parte da dissertação, seu verdadeiro momento original, questiona a inimputabilidade enquanto ausência de culpa, partindo, de seguida, para um estudo aprofundado da aferição da culpa por referência ao formalismo de um critério como a idade. Aí, detemo-nos na razão de ser da inimputabilidade em razão de uma determinada idade e nas vantagens que podem ser alcançadas ao pensar-se num critério adicional que reflecta a capacidade de quem comete o facto

para o compreender e querer, mas também para conduzir a sua vida de forma a que das suas acções ou omissões não resulte dano ou perigo para os bens jurídico-penalmente relevantes.

A tese termina com uma terceira parte onde, de modo detalhado, escrevemos sobre a justificação da reacção perante o facto daquele que, tendo mais de dezasseis anos e sendo, de *iure constituto*, imputável, é, para nós, um (in)imputável sob condição, as suas finalidades e natureza jurídica, não deixando de chamar à colação aqueles que nos parecem ser os princípios de fundo da sua aplicação, seja o princípio da proporcionalidade, seja o da ofensividade da conduta ou da dignidade penal do bem jurídico tutelado.

ABSTRACT

This PhD thesis intends to develop the criminal dogmatic framework of unliability for minority, amounting to what is meant by unliability in general thus exploring the reason to consider an age below which the response to the offense committed by the offender must be different from a criminal response. However, committed to what seems to be an insufficient standard for delimitation of liability, we considered ourselves able to propose an additional one, referred to as *intellectus criminalis*.

The new standard, embodied with an idea of comprehension and volition of the offender and not dissociated from social modeling as the law shall allow, we are certain to purify the principle of criminal guilt. This new way of appreciating the fact and who practiced it, does not allow for the underestimation of blame towards the few people who, by their characteristics, should afford this reprehensibility judgment.

This theme embodies the interest that has grown over the last ten years over criminal law in general and the rights of minors in particular. Moreover, an idea of need for intervention in matters of criminal responsibility has often been conveyed.

On one hand, avoiding the public claim of lowering their age, cannot always be avoided, particularly when faced with the discomfort caused by reaction to the fact practiced by minors with no criminal capacity, which has guided the system response to some specific cases, including violent crimes (homicide, offenses of a serious physical nature and sexual abuse amongst others) committed by people under the age of sixteen. Today, this has generated, on the general legal awareness, a certain sense of impunity even though this was not the objective of the legislature.

Alternatively, for reasons of systematic harmonization, the portuguese legal system easily presents us with the question of whether such an age should be raised up to eighteen.

Dedication to the subject is also highlighted by the importance of doctrinal debate regarding this subject, together with an increasingly fierce struggle to retain the rights, freedoms and guarantees of a child or young person.

Finally, the fact that in recent years the legal culture has been increasingly welcoming the idea of a minor's ability to recognize themselves in an evolutionary way and that the value of their statement of intent, for example, goes through different stages, forced us to consider their position before both the law and legal consequence of the facts they practice.

The dissertation is divided in three parts. The first part deals with an approach to the topic of unliability where its' concept and legal status are explored, while also critically addressing the relationship between unliability for minority and guilt as well as unliability and responsibility.

The second part of the dissertation constitutes its true original section, by questioning unliability as absence of guilt, followed by study of the admeasurement of guilt, by reference to the formalism of a standard such as age. At that point, debate as regards to what justifies unliability was made by reference to certain age and which advantages can be achieved thus, or if an additional standard would reflect the ability of those who committed the fact to understand and want it, while living in accordance to the law committing no actions or omissions that may harm or endanger relevant penal-judicial assets.

The thesis ends with a third part on which justified why someone who is over sixteen years old (and thus, *iure constituto*, unliable), should rather be considered *conditionally (un)liable* and

what their finalities and judicial nature, while also highlighting those principals which to us seem to be essential to its application, be it the principal of proportionality, the principal of conduct offensiveness and penal dignity of the judicial asset.

ABREVIATURAS E SIGLAS

(POR ORDEM ALFABÉTICA.)

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. – Acórdão

AFDUAM – Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

AR – Assembleia da República

Art. – Artigo

Arts. - Artigos

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CEPMPL - Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade

Cit. – Citado

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

Ed. – Edição

Fasc. – Fascículo

JuS - Juristische Schulung

L – Lei

LPCJP – Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

LTE – Lei Tutelar Educativa

MP – Ministério Público

N.º - Número

OTM – Organização Tutelar de Menores

P. – Página

Polic. – Policopiado

Pp. – Páginas

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

RMP – Revista do Ministério Público

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

s.d. – Sem data

Ss. - Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Vol. – Volume

SUMÁRIO

NOTA PRÉVIA	3
CITAÇÃO INICIAL.....	6
RESUMO	7
ABSTRACT	11
ABREVIATURAS E SIGLAS.....	15
SUMÁRIO.....	18
INTRODUÇÃO	22

PARTE I

APROXIMAÇÃO AO TEMA

1. O CONCEITO JURÍDICO DE (IN)IMPUTABILIDADE	46
2. A NATUREZA JURÍDICA DA (IN)IMPUTABILIDADE	51
3. A INIMPUTABILIDADE POR MENORIDADE, CULPA E RESPONSABILIDA	68

PARTE II

INIMPUTABILIDADE E CULPA

4. A AUSÊNCIA DE CULPA	81
5. A RAZÃO DE SER DA INIMPUTABILIDADE POR MENORIDADE	86
6. CRITÉRIOS PARA A AFERIÇÃO DA INIMPUTABILIDADE POR MENORIDADE.....	109
a. A IDADE	109
i. UMA NOÇÃO DE MAIORIDADE PENAL UNITÁRIA – O CONSENTIMENTO E A IMPUTABILIDADE.....	144
b. A CONCEITO DE INTELLECTUS CRIMINALIS – A PROPOSTA DE UM CRITÉRIO ALTERNATIVO	155
i. INIMPUTABILIDADE ABSOLUTA E INIMPUTABILIDADE RELATIVA	165

PARTE III

A REACÇÃO RESPONSABILIZADORA

7. JUSTIFICAÇÃO E FINALIDADES DA REACÇÃO	169
8. INSTRUMENTOS LEGAIS DE REACÇÃO AO FACTO DO INIMPUTÁVEL POR INCOMPLETUDE DO INTELLECTUS CRIMINALIS	178

1. A LEI TUTELAR EDUCATIVA.....	178
2. O REGIME JURÍDICO PENAL DOS JOVENS ADULTOS	186
3. A PROPOSTA DE DIRECTIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA A GARANTIAS PROCESSUAIS PARA OS MENORES SUSPEITOS OU ARGUIDOS EM PROCESSO PENAL	192
9. A NATUREZA JURÍDICA DA SANÇÃO	200
a. A MEDIDA DE RESPONSABILIZAÇÃO EDUCATIVA COMO PENA	200
b. A MEDIDA DE RESPONSABILIZAÇÃO EDUCATIVA COMO MEDIDA DE SEGURANÇA.....	202
c. A MEDIDA DE RESPONSABILIZAÇÃO EDUCATIVA COMO MEDIDA DE PROTECÇÃO	206
d. A MEDIDA DE RESPONSABILIZAÇÃO EDUCATIVA COMO MEDIDA DE EDUCAÇÃO	208
10. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA MEDIDA DA SANÇÃO	211
a. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	211
b. O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE	230
c. A DIGNIDADE PENAL DO BEM JURÍDICO TUTELADO	234
CONCLUSÃO.....	237
BIBLIOGRAFIA	247
LEGISLAÇÃO MAIS IMPORTANTE.....	298

INTRODUÇÃO

O âmago da nossa investigação consistirá no problema da inimputabilidade – *rectior*, da inimputabilidade em razão da idade –, questão que assume, como é sabido, no contexto da doutrina jurídico-penal, designadamente no seio de um modelo que não abdica do princípio da culpa, um relevo incontornável.

Ainda que assim seja, não abdicaremos de relevar, de um modo necessariamente perfunctório, questões que transcendem, *prima facie*, esta específica questão da Parte Geral do Direito Penal e da teoria geral da infração criminal. Com efeito, se podemos discernir na categoria “imputabilidade” um específico sentido e que lhe confere autonomia no seio de um “direito penal total”, impõe-se reconhecer que se trata de uma categoria que não goza de uma qualquer estanquicidade, abertura que, de resto, facilmente se compreenderá ao considerarmos desde já duas importantes ordens de razões.

a) Por um lado, porque, e não descurando a inequívoca linha de continuidade e os frequentes fenómenos de convergência e osmose que presidem ao relacionamento entre a Parte Geral e a Parte Especial de um qualquer Código Penal – pelo que apenas sincreticamente, e atendendo à reciprocidade que as entretece, conseguiremos perscrutar *in integrum* o sentido específico de cada uma delas¹, não poderemos renunciar a considerações de política criminal, tanto mais que neste âmbito os tempos que vivemos não deixam tanto de evidenciar uma alteração significativa do peso relativo dos fins das penas como até de

¹ Cfr. COSTA, José de Faria, «Relações entre a *Parte Geral* e a *Parte Especial* do Código Penal», *BFDUC*, Vol. LXXI, 1995, p. 117 e ss., onde, para além de se

fomentar discussões relativas à legitimidade da intervenção jurídico-penal, designadamente por força dos obstáculos que têm sido levantados à consideração da categoria “bem jurídico” enquanto objecto nuclear de protecção do direito penal.²

² Acompanhamos, deste ponto de vista, as considerações paradigmáticas de COSTA, José de Faria, «Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não liberal», *RLJ*, Ano 142.^o, n.^o 3978, Janeiro – Fevereiro de 2013, pp. 158 e ss., e onde o Autor, após apreciar os modos de densificação, substituição e complementação do bem jurídico, e mantendo a fidelidade às “pretensões liberais” que continuam a nortear o direito penal – o que condiciona a intervenção jurídico-penal ao “respeito da autonomia dos ser-pessoa”, à identificação de um “bem jurídico digno de protecção” e à “comprovação da necessidade de tutela penal à luz do princípio da proporcionalidade” –, conclui pela pouca relevância das “lógicas da substituição e da complementaridade” e afirma o papel ainda hoje profícuo da “lógica da densificação” (a p. 173). De todo o modo, numa profícuo tentativa de superação deste problema, Figueiredo Dias aborda desenvolvidamente toda a crise do direito penal do bem jurídico, não deixando, todavia, de concluir que a intervenção do direito de *ultima ratio* se faz ainda em função da protecção de bens jurídicos. Suceda muito embora nem sempre esses se apreendam titulados individualmente, a emergência de bens jurídicos instrumentais e colectivos não deixa ainda, em última análise, de poder associar-se à protecção de valores essenciais à comunidade. Inclusivamente quando, em assumida antecipação da tutela penal, desgarrada da necessidade de produção de um resultado, se opte pela construção de tipos legais de crime cuja estrutura assenta nos pressupostos dos tipos de perigo abstracto, o que, na opinião do Autor, que acolhemos sem reservas, não contenderá ainda com o princípio da ofensividade (nem com o da culpa). Por todos, e para melhor compreensão das diferentes posições doutrinárias a este propósito, veja-se DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 133 e ss. Especificamente sobre a importância do conceito de bem jurídico e do seu contributo para a construção do

Nesta perspectiva, com efeito, e ainda que persistindo na “separação nítida” entre a dogmática jurídico-penal e a política criminal³, basta lembrar que a circunstância de, ao querer assumir as vestes de guardião das gerações futuras⁴, o direito penal se arrisca a transmutar-se, afinal, num estrito mecanismo de política social, com um assustador compromisso da autonomia do jurídico, o que, justamente por causa dessa instrumentalização, pode pôr em perigo os pressupostos civilizacionais em que ancora⁵. Por conseguinte, assim se

crime, por todos, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995, pp. 23 e ss.

³ Assim expressamente, por exemplo, COSTA, José de Faria, «O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição», *RLJ*, Ano 141.º, n.º 3974, Maio – Junho de 2012, p. 285, nota 7.

⁴ Sobre esta renovada função do direito penal, e esclarecendo as modificações que ela é susceptível de desencadear no seio da dogmática penal e da política criminal, veja-se, por exemplo, DIAS, Jorge de Figueiredo, «O papel do direito penal na protecção das gerações futuras», *BFDUC, Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito*, 2003, pp. 1123 e ss., mas também *IDEM*, «Oração de Sapiência» in *Orações de Sapiência da Faculdade de Direito 1856 – 2005*, Coimbra, Imprensa da universidade de Coimbra, 2007, onde afirma que “não é arriscado profetizar (infelizmente!) que... o direito penal do futuro assistirá a um incremento da mancha da criminalização” (p. 373).

⁵ Considerando especificamente a dissolução do direito numa estrita “ordem de finalidade”, vide NEVES, A. Castanheira, «O direito como alternativa humana. Nota de reflexão sobre o problema actual do direito», *Digesta (Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros)*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 305 e ss., e, igualmente com interpelantes desassossegos, *IDEM*, «A redução política do pensamento metodológico-jurídico», *Digesta (Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros)*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 379 e ss.

compreende que, ao considerar a reconstituição do paradigma tradicional do direito penal alicerçado na tradição moderno-iluminista⁶, e que o momento actual parece implicar de modo a assimilar as novas realidades, cunhadas tanto pela internacionalidade e mesmo transnacionalidade da criminalidade, pelo recurso à categoria de “espaço ilimitado”, como pela necessária relevância de um tempo não estrita e efemeramente presente ou, pelo menos, de um “presente aberto” – e que supõe a responsabilização do direito penal pela tutela de incertas gerações vindouras –, Faria Costa⁷, reflectindo sobre este “turbilhão de mudança”, não deixe de acentuar a necessidade de ser preservado o modelo de um “direito penal mínimo” e, por conseguinte, um direito penal do facto, baseado no desvalor do resultado, com inegáveis consequências no plano das finalidades das reacções jurídico-criminais⁸.

⁶ Para o esclarecimento deste património da “Idade Contemporânea”, cfr. desde já, por exemplo, CARVALHO, Américo Taipa, «Condicionalidade sócio-cultural do direito penal», *BFDUC*, Vol. LVII, tomo II, 1982, pp. 1078 e ss.

⁷ Vide COSTA, José de Faria, «Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje», *RLJ*, Ano 139.º, n.º 3958, Setembro – Outubro de 2009, pp. 48 e ss., onde pode colher-se o significado preciso dos fenómenos e conceitos que convocamos.

⁸ Na verdade, demonstra Faria Costa, ao enfrentarmos a emergência de “um direito penal que quer ser [...] preventivo, falando-se já mesmo em uma dimensão *para-penal* do próprio direito penal, ou defensor de um futuro longínquo...”, não deixa de se antever a abjuração da “ideia nobre e profunda de liberdade”, causada pela metamorfose de um direito penal do facto num “direito penal do *antefacto*” ou num “direito penal do *post facto*” (*ibidem*, p. 50). Deste modo, contrariando “... um ponto de honra do direito penal clássico, que a função preventiva do *ante-delictum* não devia pertencer à essência do direito penal...” (*ibidem*, p. 50), o princípio da causalidade tende até a dissolver-se num “cálculo de probabilidades” e o desvalor

Aliás, neste contexto, a preservação da noção central de bem jurídico enquanto objecto de protecção do direito penal e, por conseguinte, enquanto poderoso *item* argumentativo legitimador revela-se dificultada, atendendo à sua “progressiva desmaterialização”, “rarefacção “ ou até “volitização” e que, na verdade, resulta tanto da emergência de bens ora de “conteúdo indivisível ou abstracto” ora titulados por “sujeitos massificados ou indeterminados”⁹.

Na verdade, se o direito em geral, ensina-nos Castanheira Neves¹⁰, constitui uma ordem de validade, também é certo que o direito penal, enquanto ordem, como releva ainda, entre nós, Faria Costa¹¹, é

de resultado num sempre aleatório “*desvalor de resultado provável*” (*ibidem*, p. 51), seguramente comprometendo as finalidades retributivas que, segundo o Autor que vimos seguindo, devem presidir aos fins das penas.

⁹ Assim, COSTA, José de Faria, «Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal», cit., p. 159.

¹⁰ Cfr., por exemplo, NEVES, A. Castanheira, «O direito como validade», *RLJ*, Ano 143.º, 2013-2014, pp. 154 e ss., e que assumidamente reconhece na validade, designadamente a “validade de direito”, enquanto, “criação humano-cultural específica”, “... uma categoria indefectível, mesmo definidora, do universo do direito em si mesmo.”

¹¹ Assim, COSTA, José de Faria, «Poder e Direito Penal (Atribuições em torno da liberdade e da segurança)», *RLJ*, Ano 136.º, n.º 3942, Janeiro – Fevereiro de 2007, pp. 151 e ss., que não deixa ainda de justificar estas duas faces do direito penal (o “princípio normativo da liberdade” e o “princípio normativo da segurança”) na circunstância de “a matriz onto-antropológica do nosso modo de ser-com-os-outros” se consubstanciar numa “relação de cuidado-de-perigo (*ibidem*, p. 154). Pelo que, conclui o Autor (a p. 154), nos encontramos perante dois elementos necessários (ontológicos) na “relação de cuidado-de-perigo” que enerva qualquer conduta humana.

simultaneamente um “poder de liberdade” e um “poder de segurança”, podendo, na verdade, o desejável (embora funambular, como qualquer tarefa prática) equilíbrio entre estas duas dimensões corromper-se com o indisfarçável securitarismo que invade as sociedades modernas – e que é, afinal, um dos rostos visíveis de um Estado punitivo e do “endurecimento” do direito penal num mundo globalizado¹² –, com clara abjuração de uma “utopia”, afinal, a de, transpositivamente, se assumir o propósito de “transformar qualitativamente o direito penal em uma coisa melhor”¹³.

b) Por outro lado, se acreditamos que muito do património que constitui ainda hoje o cerne da dogmática jurídico-penal corresponde a um *acquis* irrenunciável, apesar do “turbilhão de mudança” que acima convocámos, também estamos cientes que o sentido originário dos princípios que o constituem, conquanto não no essencial, tem conhecido metamorfoses importantes, originadas tanto pela permanente (re)construção das exigências normativas que lhes

¹² Como sublinha ainda COSTA, José de Faria «A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não-securitário», *RLJ*, Ano 135.º, n.º 3934, Setembro – Outubro de 2005, pp. 26 e ss., o facto de o fenómeno da globalização, cunhado pela multiplicação de novas formas de criminalidade e pela própria desagregação das exigências éticas, ser dificilmente assimilado pelo modelo jurídico-penal tradicional e de que, no essencial, ainda hoje somos beneficiários, potencia, na verdade, o risco do renascimento de um Estado punitivo, grassado, *inter alia*, pela “adopção de uma “cultura do controlo”, pela “proliferação de leis de emergência”, pelo “aumento de leis de tonalidade securitária” e até pela “diminuição das garantias processuais” (para a explicitação do sentido destes “sinais”, cfr. *IDEM, ibidem*, pp. 28 e ss.).

¹³ *IDEM, ibidem*, p. 33.

subjazem como, e assim não poderia deixar de ser, pela modificação da realidade que os referidos princípios intencionalmente são chamados a assimilar no desenvolvimento da normatividade jurídica.

Para o percebermos, basta ainda que convoquemos a reconstituição do princípio da legalidade¹⁴, desde logo, por força do diferente “húmus” axiológico-jurídico e igualmente metodológico que preside à sua mobilização.

Neste sentido, recorde-se que o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* se afirmou no contexto de uma categorização estanque de dois momentos – o da criação da norma e o da sua interpretação – e que hoje se encontra superada¹⁵, tanto mais que, como defende Faria

¹⁴ Aliás, uma metamorfose de sentido que foi, entre nós, por exemplo, fundamentadamente explicitado por NEVES, A. Castanheira, *O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático, Separata do número especial do BFDUC – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia” – Vol. I, 1984, Coimbra, 1988.*

¹⁵ Ou seja, é hoje amplamente questionável, como escreve NEVES, A. Castanheira, «Método Jurídico», *Digesta (Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros)*, cit., p. 285, a “radical validade” de uma distinção historicamente cunhada que, partindo da cisão entre a “criação do direito” e a sua “aplicação” ou, afinal, da dicotomia “política do direito” e “jurisprudência, converge metodologicamente na diferenciação entre o “método da legislação ou do legislador” e o “método da jurisprudência ou dos juristas”.

Do mesmo modo, também José de Faria Costa não deixa de estabelecer a ponte entre esta concepção e o contexto histórico que viu nascer o princípio da legalidade, marcadamente comprometido com o pensamento moderno-iluminista então reinante e vinculado a uma estreita compreensão do princípio da separação de poderes (*vide* COSTA, José de Faria, «Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?», *RLJ*, Ano 134.º, n.º 3933, Abril de 2002, especialmente pp. 355 e ss.). Com efeito, trata-se de

Costa¹⁶, na rejeição desta dicotomia e ao realçar a importância do princípio da legalidade na construção/interpretação do tipo legal de crime, a “fabricação e a interpretação “... não são duas questões diversas mas antes convergem em um só problema”, sendo afinal, duas etapas de “passagem obrigatória”¹⁷.

E isto, desde logo, porque, no momento da criação, o legislador “... tem de antecipar um juízo de interpretação previsível...”, pelo que “... a criação da norma é já em si mesma o primeiro acto interpretativo da espiral hermenêutica a que a norma jamais poderá fugir”¹⁸.

Mas, sobretudo, porque, ao impor-se “uma compreensão intra-sistemática do valor significante (jurídico-penalmente significante) do elemento ou elementos do tipo”, daqui decorre a necessidade de se “contextualizar normativamente” o tipo legal”, atendendo, ao

um “registo essencialmente binário” típico da “razão iluminista” (*IDEM, ibidem*, p. 358) e onde, continua o Autor que seguimos, a “legalidade pela tipicidade se mostraria” e compreensivelmente os elementos descritivos adquirem valor superior na construção do tipo legal, porquanto “menos permissivos à flutuação interpretativa” (*IDEM, ibidem*, p. 359).

¹⁶ Cfr. *IDEM, ibidem*, pp. 354 e ss.

¹⁷ *IDEM, ibidem*, p. 354, o que faz com que, como aí lapidarmente se escreve: “... a construção ou a génese da norma e a sua imprescindível interpretação apareçam e se mostrem como etapas fundamentais para uma correcta visão normativa, *in casu*, do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade”.

¹⁸ *IDEM, ibidem*, p. 357. Ou, por outras palavras, a construção do tipo legal faz-se por um acto de interpretação, primacialmente compreendida como, escreve ainda o mesmo Autor, “uma interpretação futura”, conquanto só assim se desvela “a necessidade da norma e a sua coerência normativa” (*IDEM, ibidem*, p. 366).

“referente constitucional” e a uma prudencial “adequação ao sentido histórico” e à obtenção, *in casu*, de “uma solução justa”¹⁹.

Por conseguinte, concordando com Faria Costa, impõe-se reconhecer que o princípio da legalidade não constitui um espartilho que tende a asfixiar a interpretação do tipo legal; ao invés, escreve o Autor que acompanhamos, “enriquecemos e afirmamos mais a legalidade”²⁰.

Na verdade, assume-se assim a superação, no âmbito do direito penal, de uma das muitas infundadas dicotomias metodológicas de que padece o pensamento jurídico positivista, na suas múltiplas irradiações, uma vez que Faria Costa, ao procurar o sentido hodierno do princípio da legalidade, não deixa de renunciar a uma autista concepção normativista do sistema jurídico e ao entendimento segundo o qual os critérios jurídicos seriam apenas um objecto (“o texto-norma”)²¹, havendo antes que aceitar, agora nas palavras de

¹⁹ *IDEM, ibidem*, pp. 362 e ss.

²⁰ COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, 3.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 132.

²¹ Sobre a refutação do entendimento que via no objecto da interpretação a “norma-texto”, sendo antes hoje defensável a consideração de uma “norma-problema”, ou seja, constituindo o caso decidendo, e não o texto, o “objecto problemático” da interpretação jurídica, *vide*, para uma análise profundamente fundamentada, e na nossa Escola: NEVES, A. Castanheira, *Curso de introdução ao estudo do direito*, Coimbra, 1971-1972, pp. 491 e 533; *IDEM, Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp. 85 e ss. e 143 e ss.; *IDEM, O actual problema metodológico da interpretação jurídica - I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, (reimpressão), especialmente pp. 78 e ss.; BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições de introdução ao direito*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 892 e ss., e, mais recentemente, acentuando ainda a relevância

Castanheira Neves, que “... a norma, se é convocada a orientar a realização concreta como seu critério, é simultaneamente determinada e reconstituída por e nessa realização”²², o que não deixou, desde logo,

metodológica de tal distinção, *IDEM*, «A analogia como *link noético* e *by-pass* noemático entre a igualdade e a metodonomia», *RLJ*, Ano 142.º, 2012-2013, pp. 234 e ss.

Aliás, reflectindo especificamente sobre o horizonte jurídico-penal, embora aí se denotando as referidas intenções (epistemológicas e metodológicas), não deixa igualmente COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal fragmenta iuris poenalis*, cit., pp. 136 ss., de assumir convergente preocupação, conquanto mobilizando diversa terminologia, ao assentar na distinção entre o “texto-norma” — definida como “aquilo que se apresenta ao intérprete como texto da lei, isto é: a palavra do legislador” (p. 137) — e a “norma texto” — afinal, “aquilo que é pedido ao intérprete penal que obtenha como resultado fundado na hermenêutica e na metodologia enunciadas.” (a p. 137). Por conseguinte, e continuando a seguir o referido Autor, “A «norma-texto» assume-se como o significado intrínseco da norma, a revelação do imperativo ou proibição legal que esta traduz, resultado de uma interpretação hermenêutica e metodologicamente fundada e assente nos princípios reitores do ordenamento jurídico-penal” (a p. 138).

²² NEVES, A. Castanheira, «Interpretação jurídica», *Digesta (Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros)*, cit., p. 373. Com efeito, e sempre realçando as diversas insuficiências do normativismo, Castanheira Neves repudia à exaustão o entendimento segundo o qual o objecto da interpretação consistiria num texto (por exemplo, NEVES, A. Castanheira, «Método Jurídico», *Digesta (Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros)*, cit., p. 261), assim se compreendendo, como fundamentadamente conclui em *O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, cit., ao apreciar “os corolários normativos” do “originário sentido essencial” do *nullum crimen, nulla poena sine lege*, não tenha podido lucidamente deixar de ver a “mutação intencional” deste sentido (p. 10 ss.).

de implicar a “invalidade metodológica do esquema subsuntivo” e que o positivismo jurídico inquestionavelmente abraçou.²³

Por outro lado, acrescenta-se ainda que uma identicamente fundada reconstituição de sentido se desenhou no que respeita ao princípio da igualdade, criação moderna, mas que ainda hoje constitui “... uma das marcas-de-água de um genuíno *Rechtsstaat*”²⁴ ou, de outro modo, “um princípio estruturante do sistema constitucional global, conjugando dialecticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de *Estado de direito democrático e social* (art. 2.º)”, e cujo fundamento constitucional radica na “igual dignidade social de todos os cidadãos”, afinal, um corolário da “igual dignidade humana de todas as pessoas”²⁵.

Com efeito, deixando por agora de parte a relevância especificamente metodológica do princípio da igualdade²⁶, diga-se que,

²³ Para a exposição do referido pensamento subsuntivo da aplicação do direito e a explicitação das razões que justificaram a sua “invalidade metodológica”, vide, NEVES, A. Castanheira, *Questão-de-facto – Questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma resposta crítica)*, Vol. I (A crise), Coimbra, Almedina, 1967, respectivamente, pp. 91 e ss. e 422 e ss.

²⁴BRONZE, Fernando José Pinto, «A analogia como *link noético* e *by-pass* noemático entre a igualdade e a metodonomologia», cit., p. 226.

²⁵ Assim, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª edição revista, Vol. I (artigos 1.º a 107.º), Coimbra, Coimbra Editora, 2014 (reimpressão), pp. 336 e ss.

²⁶ Acompanhando BRONZE, Fernando José Pinto, «A analogia como *link noético* e *by-pass* noemático entre a igualdade e a metodonomologia», cit., p. 226, a igualdade é, afinal, um fundamento da argumentação analógica e, “por mediação desse tipo de raciocínio [...], uma marca indelevelmente modeladora do exercício metodonomológico”.

no contexto das representações jus-filosóficas do mundo moderno-iluminista, aquele, enquanto irradiação e pressuposto da ideia de justiça²⁷, assumia um carácter fundamentalmente formal²⁸, compreensão que, todavia, desde cedo se revelou inadequada, ao demonstrar-se, afinal, o “agnosticismo axiológico do positivismo jurídico”, a sua “cegueira metodológica para o normativo” e que haveria de resultar, ainda como escreveu concludentemente Castanheira Neves²⁹, na “total incompreensão dos problemas do fundamento e da validade do direito”.

Na verdade, a superação do positivismo jurídico foi até em ampla medida justificada pela metamorfose dos valores jurídicos oitocentistas e, desde logo, do próprio princípio da igualdade³⁰, outrora confundido com uma formal “igualdade perante a lei” e hoje

²⁷ Vide as considerações de COSTA, José de Faria, «O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição», cit., p. 287.

²⁸ Vejam-se, por exemplo, para uma explicitação do sentido da axiologia jurídica do positivismo, amplamente tributária dos valores iluministas da igualdade perante a lei e da certeza do direito, NEVES, A. Castanheira, *O pensamento moderno-iluminista como factor determinante do positivismo jurídico (A origem moderno-iluminista do legalismo)*, Coimbra, [s.d.] (policopiado), pp. 19 e ss.; BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições de introdução ao direito*, cit., pp. 368 e ss., e no âmbito especificamente jurídico-penal, COSTA, José de Faria, «O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição», cit., pp. 288 e es., e onde se sintetizam as refracções do princípio da igualdade no particular domínio dogmático de que nos ocupamos.

²⁹ NEVES, A. Castanheira, *Questão-de-facto – Questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma resposta crítica)*, cit., p. 594.

³⁰ Para um esclarecimento cabal dos factores especificamente jurídicos que ditaram a superação do positivismo legalista, veja-se BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições de introdução ao direito*, cit., pp. 399 e ss.

recompreendido como “igualdade perante o direito”³¹. Com efeito, dantes entendido como mera igualdade ante lei – e em que a lei, de acordo com o paradigma metodológico então reinante, se apresentava como um *prius* de forma a garantir, afinal e apenas, uma igualdade na aplicação da lei –, impõe-se hoje a recompreensão da igualdade, na convicção de que esta deverá ser uma “intenção normativa que a lei

³¹ Sobre esta transmutação, cfr. *IDEM, ibidem, cit.*, pp. 433 e ss., que nos dá uma sùmula plenamente esclarecedora do seu sentido: “a lei, não obstante a sua abstracção, não garante de per si a igualdade, havendo antes que impor à própria lei a exigência *material* da igualdade – portanto referida ao seu verdadeiro fundamento translegal” (a p. 437).

Aliás, mesmo afirmando-se que a dimensão liberal do princípio (a “igualdade de Estado de direito liberal”) radica numa “... ideia de igual posição de todas as pessoas, independentemente do seu nascimento e do seu *status*, perante a lei, geral e abstracta, considerada subjectivamente universal em virtude da sua impessoalidade e da indefinida repetibilidade na aplicação” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada, cit.*, p. 337), ou até aceitando-se que o artigo 13.º da Constituição da República portuguesa sancionou “... a versão historicamente adquirida da fórmula clássica do princípio da igualdade com que se pôs fim às desigualdades de nascimento e de estatuto jurídico no «antigo regime», a igualdade no plano do direito ...” (*IDEM, ibidem*, p. 338), sempre se reconhece que hodiernamente se considera um sentido amplo de lei (*IDEM, ibidem*), admitindo-se, afinal, que a protecção constitucional não se resume a isto, tendo ocorrido um “enriquecimento do seu conteúdo” e o “alargamento do seu âmbito (*IDEM, ibidem*), tanto mais que a igualdade não consiste apenas numa “igualdade formal ou igualdade perante a lei”, mas igualmente numa “igualdade através da lei” (*IDEM, ibidem*, p. 345).

será obrigada a perseguir”, e, por isso, permanentemente reconstituída pela assimilação de novas exigências³².

Ora, se a evolução do direito penal se há-de orientar – o que reforça o carácter transpositivo das exigências que apontámos – pelo apelo de se converter “qualitativamente numa coisa melhor”, a referida redensificação do princípio da igualdade, enquanto estruturante exigência constitucional e jurídico-penal³³, supõe afinal uma *personalização* do direito ou, de outro modo, a sua *universalização*.

E isto porque, na verdade, o que se espera do progresso do direito penal é, afinal, uma tutela jurídico-criminal justa (logo, igual) para todos.

Aliás, metodologicamente, nem de outro modo nos parece que as coisas se devem apresentar: no contexto de afirmação de uma

³² *Vide* ainda, para uma análise esclarecida e imaculada de tal evolução, NEVES, A. Castanheira, *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014 (reimpressão), pp. 118 e ss.

³³ Na verdade, e sem desmentir que o “referente constitucional” constitua um “dado da compreensão intra-sistemática” incontornável na definição de “uma linha metodológica interpretativa” das normas penais (assim, COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (fragmenta iuris poenalis)*, cit., pp. 127 e ss.), as suas exigências não se confundem, como nos demonstra *IDEM*, «O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição», cit., pp. 282 e ss., pelo que o direito penal não poderá ser visto como mera concretização ou até inferência dos princípios constitucionais – ou seja, um mero direito constitucional *in action* –, conquanto, mesmo assim, e parafraseando, *mutatis mutandis*, um pensamento que se afirmou historicamente a propósito das relações entre o direito constitucional e o direito administrativo (pensamos no juspublicista alemão Otto Mayer), não se deva chegar ao ponto de afirmar que o direito constitucional passa e o direito penal fica.

“racionalidade prático-jurisprudencial”³⁴, e desejavelmente superada a referida concepção positivista do objecto da interpretação, não pode deixar de ver-se no específico caso decidendo o verdadeiro ponto de partida, ou seja, o “*prius* metodológico” da interpretação jurídica³⁵.

De resto, diga-se ainda que a gradação (ou diferenciação) da intervenção jurídico-penal resultante, afinal, do entendimento que defendemos quanto à necessária pessoalização do juízo (in)imputabilidade em razão da idade, mais não é do que o eco de uma tendência que se vem afirmando em geral no âmbito da filosofia prática, uma vez que, no contexto das chamadas sociedades pós-modernas” ³⁶ reiteradamente se afirma a necessidade de uma *ars*

³⁴ Para a caracterização da dimensão (juris)prudencial da racionalidade jurídica, cfr. NEVES, A. Castanheira, *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, cit., pp. 70 ss.

³⁵ Assim, *IDEM, ibidem*, pp. 142 e ss., que, de forma transparente, conclui que “o caso jurídico não é apenas o objecto decisório-judicativo, mas verdadeiramente a perspectiva problemática-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido.”

³⁶ *Vide*, por exemplo, LYOTARD, Jean-François, *La condition postmoderne*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1994, *passim*. Embora a outro propósito, mais propriamente tendo em vista os desafios lançados pela multiculturalidade, escreve-se em *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*, Boaventura de Sousa Santos (org.), Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, p. 56: “... temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

inveniendi capaz de demonstrar “a sensibilidade às diferenças” e mesmo a “capacidade para suportar o incomensurável³⁷.”

Naturalmente, o fenómeno de *universalização* do direito, no sentido em que usamos o termo, ao impor uma *personalização* dos critérios jurídicos, não é exclusivo do direito penal e constitui, na verdade, uma marca indelével da evolução contemporânea tanto do direito público como do direito privado – por exemplo, no âmbito do direito da família e do direito de menores –, encontrando-se, de resto, intimamente ligado à afirmação do Estado de Direito Social.

Naquilo que respeita ao direito penal, concentrar-nos-emos, por razões óbvias, no problema da imputabilidade em razão da idade.

Todavia, urge não olvidar os desenvolvimentos significativos que, no âmbito da normatividade jurídico-penal, e a sugerirem o referido propósito de diferenciação, foram assimilando as exigências de protecção de grupos sociais outrora discriminados ou, pelo menos, negligenciados. Com efeito, as transformações profundas que ocorreram no âmbito do direito penal – ora no respeitante à própria incriminação ora na reconstituição das finalidades da intervenção jurídico-penal e do sentido do sistema sancionatório –, tendo em vista a proscrição do tratamento discriminatório das minorias sexuais³⁸, a “humanização” da intervenção jurídico-penal relativamente aos

³⁷ Cfr. ainda LYOTARD, Jean-François, *Le différend*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1979.

³⁸ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, cfr. BELEZA, Teresa Pizarro, MELO, Helena Pereira de, «Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português», *RMP*, n.º 123, Ano 31, 2010, pp. 5 e ss.

portadores de anomalias psíquicas³⁹ e o respeito incondicional do princípio da igualdade do género⁴⁰, mais não são, afinal, do que o eco evidente da exigência de “um direito penal melhor para todos”.

³⁹ Para além daquilo que se for dizendo mais adiante, mas de modo a comprovar a afirmação que fazemos em texto, cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, «Le modèle compréhensif de la doctrine du manque d'imputabilité en raison d'anomalie psychique», in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Vol. I, Milano, Giuffrè Editore, 1991, pp. 197 e ss., ANTUNES, Maria João, *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis: os arts. 103.º, 104.º e 105.º do código penal de 1982*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, *IDEM*, «Alterações ao sistema sancionatório: as medidas de segurança», *RPCC*, Ano 8, 1998, pp. 51 e ss., *IDEM*, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 189 e ss., *IDEM*, «O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica», *RPCC*, Ano 13, 2003, pp. 347 e ss., MONTEIRO, Cristina Líbano, *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 81 e ss., ALBERGARIA, Pedro Soares de, «Aspectos judiciais da problemática da inimputabilidade», *RPCC*, Ano 14, n.º 3, 2004, pp. 381 a 396 e, na doutrina estrangeira, entre outros, BERTOLINO, Marta, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1990, *IDEM*, «Profili vecchi e nuovi dell'imputabilità penale e della sua crisi», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 1, 1998, pp. 202 a 275 e CERESO MIR, José, «Aspectos problemáticos de la eximente de anomalia o alteración psíquica», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 1, 2000, pp. 261 a 274.

⁴⁰ Independentemente da sua filiação numa estrita *Feminist Jurisprudence*, o pensamento jurídico tende a relevar exaustivamente a particular densidade normativa da (variável espaço-temporal e socialmente) condição da mulher – enquanto agente e enquanto vítima – no contexto do direito penal hodierno (neste contexto, e para mais desenvolvimentos, entre outros, vide BELEZA, Teresa Pizarro, «Anjos e monstros – A construção das relações de género no Direito Penal», *ex aequo* (*Revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres*), n.º 10, 2004, pp. 29 e ss., *IDEM*, «A morte e a donzela», in *Estudos comemorativos dos 10 anos da*

Advirta-se, por fim, que não pretendemos assim abrir caminho à arbitrariedade e ao casuísmo. Primeiro, porque se encontrará sempre ressalvado o núcleo essencial – afinal a sua *intentio* – do princípio da igualdade⁴¹. Depois, porque a compreensão que acolhemos radica na convicção segundo a qual qualquer decisão da razão prática – como é certamente aquela em que se consubstancia a determinação da

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida (coords.), Coimbra, Almedina, 2008, pp. 675 ss., *IDEM*, «Legítima defesa e género feminino», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 31, 1991, pp. 143 e ss., *IDEM*, «Violência doméstica», *Revista do CEJ*, n.º 8 – Especial, 2008, pp. 281 e ss., FERNANDES, Plácido Conde, «Violência doméstica: Novo quadro penal e processual penal», *Revista do CEJ*, n.º 8 – Especial, 2008, pp. 293 e ss., e, agora monograficamente, BELEZA, Teresa Pizarro, *Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990, *passim*). Seja como for, e ainda que circunscritos ao âmbito do direito público, a questão da igualdade entre os sexos transcende em larga medida o âmbito exclusivo do direito penal e emerge com acuidade, ainda hoje, por exemplo, no âmbito do exercício dos direitos de participação política (sobre este aspecto, *vide* as interpelantes considerações de BELEZA, Teresa Pizarro, «Constituição e androginia: *Matrix Reloaded?*», *Themis*, Número Especial, 2006, pp. 195 e ss.), apontando-se, para alguns, a necessária emergência de um direito das mulheres (cfr. *IDEM*, «Género e Direito: Da igualdade ao «Direito das Mulheres»», *Themis*, Ano I, n.º 2, 2000, pp. 35 e ss.).

⁴¹ COSTA, José de Faria, «O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição», cit., p. 286, ao referir-se à “densidade significativa” de tal imperativo, não deixa de reconhecer, enquanto dimensão constitutiva (ou pressuponente) do princípio segundo o qual qualquer conduta relevante do ponto de vista jurídico-penal deverá ser, independentemente do agente que a haja praticado, objecto de um tratamento idêntico, a necessidade da verificação, por ocasião da prática de um facto aparentemente merecedor de censura criminal, de uma “igualdade de circunstâncias”.

(in)imputabilidade em razão da idade – supõe a acertada mobilização de um *aparatum* metodológico que lhe confere sentido, e por isso mesmo, racionalidade⁴². Com efeito, se “a metodologia constitui um decisivo factor de objectividade do jurídico”⁴³, é compreensível que ela consista num importante factor de racionalização do juízo decisório⁴⁴, sendo desta maneira o direito, na fórmula de Wolfgang Fikentscher, uma “justiça reflectida”⁴⁵, e apenas por esta via se podendo aspirar a não cair nas malhas do casuísmo e da arbitrariedade.

⁴² Seguramente a metodologia jurídica desempenha um primordial papel de fundamentação/racionalização de qualquer juízo decisório. Sobre esta importante dimensão da metodologia jurídica, cfr. NEVES, A. Castanheira, *Curso de introdução ao estudo do direito*, cit., pp. 409 e ss.; BRONZE, Fernando José Pinto, *Lições de introdução ao direito*, cit., pp. 749 e ss.; *IDEM*, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, especialmente pp. 11 e ss.

⁴³ NEVES, A. Castanheira, *Curso de introdução ao estudo do direito*, cit., p. 410.

⁴⁴ E é exactamente por isto que Pinto Bronze (*ibidem*) encontra na metodologia “a práctico-normativamente racionalizada realização judicativo-decisória do direito”. De resto, é exactamente atendendo a essa função de se encontrar aí uma ordem de racionalização que o Autor prefere a expressão “metodonomologia”, já utilizada na obra *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*, e que justifica ainda, por exemplo, em «Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica», *BFUDUC*, Vol. LXIX, 1993, pp. 179 e ss., uma vez que, assim entende (a p. 180), apenas desse modo se “... sintetiza o caminho racionalizantemente percorrido pela reflexão judicativa para que *in concreto* se realize a intenção práctico-normativa e, portanto, fundamentadamente regulativa do direito.”

⁴⁵ *Apud* BRONZE, Fernando José Pinto, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*, cit., p. 97. De modo que, como escreve ainda o Autor agora

Deste modo, pode até afirmar-se que os escolhos com que a referida ideia de personalização do direito esbarra — e que albergam os receios de um decisionismo insustentável — são afinal fruto de um problema mais amplo. Verdadeiramente, trata-se sobretudo de uma questão de índole metodológica – o da concreta constituição da normatividade jurídica –, devendo ser nesta sede equacionada, conquanto, é certo, não descurando as específicas exigências que decorrem da dogmática jus-criminal – consubstanciadas desde logo numa formal (e ingénua?) proibição da analogia – e que atendem, desde logo, à função particularmente constritora da intervenção jurídico-penal no âmbito das relações sociais e que nos devem conduzir, como já antes lembrámos, no sentido de um “direito penal mínimo”.

Aliás, se a reflexão metodológica “...intenta salvar do labirinto a decisão jurisdicional [...] visando encontrar para ela uma *fundamentação convincente*”, uma fundamentação que, aliás, no mundo da razão prática, só pode ser “crítico-circular” e não “logicamente linear”, mediante a mobilização de um esquema metódico lógico-subsuntivo⁴⁶, não se deve igualmente olvidar que qualquer discricionariedade (administrativa ou jurisdicional), a não ser que se adopte uma perspectiva legalista do direito, tem um “carácter

referido (a p. 96), “... a Metodonomologia pode caracterizar-se como a reflexão (*das Denken*) pré-ordenada à judicativa instauração da justiça nas situações da vida social dela carentes”.

⁴⁶ *IDEM, ibidem*, pp. 11 e ss.

juridicamente vinculado”⁴⁷ e, também por isso, insusceptível de o seu exercício se poder dizer arbitrário.

Sendo assim, é no contexto da assimilação pelos tradicionais princípios em que a dogmática jurídico-penal se encontra sedimentada de novas exigências e de acordo com uma orientação metodológica renovada da *praxis* jurídica – cunhada afinal pela superação das indefensáveis e estanques dicotomias que perpassavam uma compreensão normativista e legalista do direito e que fomos sumariamente invocando —, e que ditam, inelutavelmente uma função diferente do jurista e, *pour cause*, dos penalistas, que situamos a investigação a que nos dedicámos.⁴⁸

⁴⁷ Assim defende NEVES, A. Castanheira, «O problema da discricionariedade», *Digesta (Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros)*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 539 e ss., quando aprecia conjuntamente a questão da discricionariedade administrativa e jurisdicional (esta a pp. 566 e ss.), concluindo (a p. 595): “... não só não há nenhum fundamento metodológico para distinguir uma pura discricionariedade [quanto aos efeitos jurídicos, de «acção», ou administrativa] de uma discricionariedade vinculada (quanto ao *Tatbestand*, de «juízo», ou judicial), como sequer tem qualquer validade metodológica distinguir, no contexto geral da realização do direito, uma “estrita «aplicação do direito» de um decidir discricionário – pois do que se trata sempre, e unitariamente, é de uma concreta constituição («concretização») de juridicidade».

⁴⁸ NEVES, A. Castanheira, «O papel do jurista no nosso tempo», *Digesta (Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros)*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, especialmente pp. 46 e ss., ao considerar a função do jurista nos nossos tempos e, designadamente, o modo como este haverá de cumpri-la – logo, perspectivando tal múnus de um ponto de vista metodológico, não deixa de lhe assinar a exigente função de assumir “*com autonomia o próprio problema normativo do direito*” (a p. 49).

Supomos que, afinal, só assim será possível um enriquecimento do direito penal e o cumprimento dos transpositivos *desiderata* que devem nortear a evolução de qualquer proposta de regulamentação da convivência humana, ou, de outra maneira, o caminho ou sentido das disciplinas, como é o caso do direito penal, que relevam no horizonte da razão prática.

PARTE I

APROXIMAÇÃO AO TEMA

1. O CONCEITO JURÍDICO DE (IN)IMPUTABILIDADE

O conceito de (in)imputabilidade, para o que aqui nos ocupa, é hoje, em Portugal, uma construção doutrinária. Embora, em matéria de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, o art. 20.º do CP ofereça algumas linhas de interpretação do conceito⁴⁹, a verdade é que, para a inimputabilidade em razão da idade, a que verdadeiramente nos importa aqui, nada nos é dito neste momento. A lei limita-se, pois, a estabelecer o limite etário abaixo do qual não se aplicam as regras do direito penal. Nem sempre foi esta a opção legislativa e podemos encontrar, no art. 22.º do CP de 1852, a indicação de que “Sómente podem ser criminosos os indivíduos que têm a necessaria intelligencia e liberdade”, daí resultando que uma e outra seriam pressupostos da imputabilidade penal em geral.

O CP italiano, por exemplo, de forma diferente, opta ainda hoje por definir, na própria letra da lei, o que deve entender-se por imputabilidade, referindo-se amplamente, no seu art. 85.º, à “capacità d’intendere e di volere”, identificada “con il concetto di maturità, ossia con il sviluppo intellettivo e la forza di carattere, la capacità di intendere certi valor etici, l’attitudine a distinguere il bene del male, il lecito dall’illecito, nonché a determinarsi nella scelta dell’uno o dell’altro”⁵⁰.

⁴⁹ O art. 20.º do CP sublinha a necessidade de se provar uma incapacidade para avaliar a ilicitude do facto ou determinar-se de acordo com essa avaliação, podendo concorrer para a densificação desta ideia a incapacidade do agente para ser influenciado pela pena.

⁵⁰ Cassazione Penale, 19 ottobre 1988, *apud* LARIZZA, Sílvia, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Pubblicazioni della Università di

Apesar disso, o conceito de imputabilidade continua em evolução interpretativa e é Martínez Garay quem vem esclarecer que a definição avançada pelo código italiano não é isenta de críticas, quando, de modo geral, afirma que a inteligência não é suficiente para garantir a compreensão da realidade e que a vontade sucumbe perante a sua própria insusceptibilidade de quantificação.⁵¹

De todo o modo, independentemente desse esforço por parte do legislador de definir o que deva entender-se por inimputabilidade, dá-se hoje por assente que o conceito, partindo de uma realidade biopsicológica, só pode alcançar-se por meio de uma valoração normativa. Ou seja, não chega, para a definição de inimputabilidade, construir uma categoria que comece e acabe com a ponderação da circunstância do desenvolvimento físico, mental e psicológico da pessoa. Embora esta avaliação tenha um importante papel, só a compreensão normativa das implicações de determinadas características endógenas de quem comete um facto pode levar-nos a encontrar o que deva entender-se por inimputabilidade.

Pavia, Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali, Nuova série, Vol. 114, Cedam, 2005, p. 129.

⁵¹ MARTÍNEZ GARAY, Lucía, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 366. Sobre as dificuldades que a solução italiana suscita e as propostas de alteração, vejam-se ainda CIANNAVEI, Andrea, *L'imputabilità del minore*, UNI Service, 2009, pp. 157 e ss., e o recente contributo de LANZA, Enrico, «L'imputabilità del minore: la difficoltà di interpretare la nozione di maturità e i possibili sviluppi in materia di responsabilità penale», *L'Indice Penale*, Anno XVI, n.º 2, Luglio – Dicembre 2013, especialmente pp. 365 e ss. Diversamente, considerando a questão estabilizada, vide BERTOLINO, Marta, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., p. 512.

Estas características, a apreciar nos casos concretos, referem-se ao facto do delinquente, do que não pode deixar de retirar-se uma conclusão óbvia: ao direito penal não carece encontrar formas de perceber quem está em condições de ser um inimputável, porquanto isto pouco ou nenhum interesse terá. Ao direito penal importa, isso sim, a apreciação daquelas características do agente, expressas no facto que ele cometeu. Vale isto por dizer que a inimputabilidade se esvazia de sentido se desvinculada do facto, ou, por outras palavras, que é o facto, e só ele, que oferece ao juiz a oportunidade de averiguar a (in)imputabilidade do agente.

O elemento normativo da inimputabilidade refere-se à razão jurídico-penal que preside ao afastamento dos factos praticados por estas pessoas do quadro da intervenção penal pela impossibilidade de apreensão da relação entre o facto e a pessoa que o pratica. Esta é, ao fim e ao cabo, a tarefa a que o perito da biologia ou da psicologia não pode cabalmente dar resposta. O papel destes encerra-se no fornecimento dos elementos instrutores da situação do delinquente, mas é ao juiz e só a ele que cabe a tarefa de mediação entre esses elementos e o facto. Nas palavras que pedimos emprestadas a Figueiredo Dias “o substrato biopsicológico da inimputabilidade, aliado a um certo efeito sobre a personalidade do agente, destrói as conexões reais e objectivas de sentido que ligam o facto à pessoa do agente, a tal ponto que o seu acto pode ser (causalmente) “explicado”, mas não pode ser “compreendido” como “facto de uma pessoa”.⁵²

⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., p. 570.

Ora, para que possa, então, falar-se em inimputabilidade, importa atender aos factores que podem determinar aquela impossibilidade de “compreensão” do facto como “facto de uma pessoa” por parte do juiz.⁵³ Por um lado, surgem as questões ligadas à anomalia psíquica (que deliberadamente deixamos de parte neste estudo)⁵⁴ e, por outro, aquilo que enforma o Ser criança ou jovem.

Deste ponto de vista, não é, pois, difícil perceber que o inimputável não seja o menor ou o doente mental (por exemplo), pelo facto de ser um menor ou um doente mental, mas sim aquele que, pelo substrato biopsicológico decorrente da sua condição de criança ou jovem ou de doente mental (ou outra, à luz do nosso art. 20.º do CP), pratica um facto normativamente diferente, no plano da sua apreensão

⁵³ Em sentido distinto, considerando que, em vez dessa “prova de culpa”, importa afirmar ou negar a própria culpa, ROXIN, Claus, «Acerca da problemática do Direito Penal da Culpa», *BFUDC*, Vol. LIX, 1983, pp. 13 e 14.

⁵⁴ Sobre esta matéria, veja-se o estudo aprofundado de ANTUNES, Maria João, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, cit., para quem, porém, não deve o facto de que se parte no caso do inimputável por anomalia psíquica ser o mesmo facto típico e ilícito de que fala o direito penal, mas antes outro, privativo, na sua emergência, das especificidades do delinquente em causa. Para a Autora, mais, o facto do inimputável por anomalia psíquica deve relevar apenas como comprovativo da perigosidade, de maneira a que esta se assuma como o único verdadeiro pressuposto da aplicação da medida de segurança (especificamente em «O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica», cit., p. 355). Refutando esta compreensão das coisas, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., pp. 90 e ss. e pp. 560 e ss. (sobretudo pp. 574 e ss.).

pelo juiz, do facto do “homem normal que tem de responder socialmente pelo ilícito praticado”.⁵⁵

Inimputável será, pois, aquele cujas especificidades, do ponto de vista da sua realidade (neuro)biológica, intelectual, ética e social,⁵⁶ impedem a compreensão dos seus próprios factos como factos de uma pessoa e jurídico-penalmente aptos a ser reveladores de uma culpa.

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., p. 579.

⁵⁶ PALMA, Maria Fernanda, «Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no código Penal Português», *Sub Judice*, 11, Janeiro/Junho 1996, p. 61. Cfr. ainda WIKSTRÖM, Per-Olof H., SVENSSON, Robert, «When does self-control matter? The interaction between morality and self-control in crime causation», *European Journal of Criminology*, 7 (5), 2010, pp. 395 a 410 e CASANUEVA SANZ, Itziar, «Una revisión del concepto de imputabilidad desde las ciencias de la salud. Su compatibilidade con la regulación penal vigente», *Estudios de Deusto*, Vol. 62/1, Bilbao, Enero – Junio 2014, pp. 15 a 46 (especialmente p. 33).

2. A NATUREZA JURÍDICA DA (IN)IMPUTABILIDADE

Na sequência do que vem de ser dito, a inimputabilidade é, para nós, um obstáculo à determinação da culpa de uma pessoa pelo cometimento de um facto.⁵⁷ Ou, por outras palavras, aderimos à tese segundo a qual a imputabilidade não é um elemento da culpa, mas antes um pressuposto desta.⁵⁸ Dito ainda de outra forma, o desenvolvimento “moral-mental”, vertido no facto concretamente cometido, é fundamento e, por aí, pressuposto geral da capacidade de alguém para ser imputável penalmente.⁵⁹

Não existindo imputabilidade, não existirá culpa. Isto mesmo vem significar que, na construção do facto punível, não se chega sequer a analisar o patamar da culpa do agente. Distingue-se, por isso, entre nós, a inimputabilidade da inexigibilidade ou da falta de consciência da ilicitude não censurável⁶⁰, porquanto nestes casos, estando a falar-se de situações em que se exclui a culpa, nos parece imprescindível que

⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, 3.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 188, e *IDEM, Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., pp. 568 e ss.

⁵⁸ Cfr. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, I, El hecho punible, Navarra, Thomson Civitas, 2005, p. 235, e Villalobos e Jiménez de Asúa, *apud* LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Imputabilidad y culpabilidad*, México, Editorial Porrúa, 1993, pp. 1 e 2. Mas também, entre nós, CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal, Parte Geral*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 468.

⁵⁹ Segundo o entendimento de MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, 1, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 596.

⁶⁰ Sobre esta distinção, por todos, detidamente NEVES, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 113 a 165.

tenha havido uma apreciação do ponto de vista desta, ou seja, que a imputabilidade não tenha sido negada.

Na realidade, quando a inimputabilidade impossibilita a avaliação, pelo juiz, da “conexão objectiva de sentido”⁶¹ entre a personalidade do agente e o facto praticado por este, imprescindível para aferir a sua culpa, isso impede que se continue a apreciar o facto do agente como facto culposo. O que não significa que se obscureça a realização do facto ou elimine a possibilidade de falar em responsabilidade, como adiante veremos.

Superamos, aqui, necessariamente, o conflito entre aqueles dois lugares que a inimputabilidade poderia ocupar na dogmática penal.⁶² Não só por aderirmos à ideia segundo a qual a imputabilidade traduz também “una capacidade general para ser sujeto de deberes o para comprender los mandatos jurídicos”⁶³, mas sobretudo por, com Figueiredo Dias, verificarmos que esta solução em nada contraria a necessária ligação ao facto típico e ilícito cometido. Ou seja, dizer que a inimputabilidade é pressuposto e não elemento da culpa não significa considerá-la independentemente de todo o facto punível e retirar da inimputabilidade, em si mesma, qualquer consequência penal. Ou,

⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, cit., nota 80, pp. 200 e 201.

⁶² A saber, porque, numa concepção psicológica da culpa, a inimputabilidade surgia indiscutivelmente como seu pressuposto, mas já o mesmo não se afirmava no dealbar da concepção normativa de culpa que acabou por remeter a imputabilidade para a categoria dos seus elementos. Sobre isto, entre outros, veja-se ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, Navarra, Civitas, 2006, pp. 794 e ss.

⁶³ MARTÍNEZ GARAY, Lucía, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, cit., p. 81.

deixando o nosso ponto de vista mais claro, não é a inimputabilidade em si que desencadeia o fenómeno da diferenciação responsabilizadora. Só a inimputabilidade trazida ao facto releva para este efeito.⁶⁴

O direito penal português reconhece dois tipos de inimputabilidade, obstaculizando, desse modo, a apreciação da culpa do agente e a consequente aplicação de uma pena pelo facto que este tenha cometido. Sendo a culpa pressuposto da pena, corolário aceite quer pelas teorias relativas dos fins das penas, quer pelas teorias absolutas, não se fazendo prova da culpa, não pode haver lugar à aplicação de uma pena.

Distingue-se a inimputabilidade em razão da idade, também chamada inimputabilidade por menoridade⁶⁵, e a inimputabilidade em razão de uma anomalia psíquica. É, como já anunciámos, a primeira modalidade de inimputabilidade que dá fôlego à nossa investigação e é sobre ela que pretendemos deter-nos mais amiúde nas páginas que se seguem, mas parece importante, numa tarefa de busca de autocontenção do escrito, deixar algumas notas, brevíssimas, sobre a inimputabilidade em razão de uma anomalia psíquica.

⁶⁴ *IDEM, ibidem*, pp. 72 e 73, mas também DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, cit., pp. 196 e, adiante, 263. Em sentido divergente, assumindo a alteração da natureza jurídica da inimputabilidade consoante esta se aprecie em abstracto ou em concreto, Petrocelli, *apud* URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Bilbao – Granada, Comares, 2004, p. 184.

⁶⁵ Assim para FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, na anotação à “Inimputabilidade” que faz na *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. 3, Verbo, 1983, p. 446.

Nas situações em que se verifica a anomalia psíquica do agente, relevante para efeitos do art. 20.º do CP, deixa de ser possível dirigir-lhe um juízo de censura e, por isso, de culpa. Deste modo, a inimputabilidade por anomalia psíquica é, também ela, um obstáculo à verificação da culpa do agente. Apesar disso, o agente não deixa de ser responsabilizado pelo facto típico e ilícito que cometeu. Sucede, porém, que, consequência desta responsabilização, surgirá não uma pena mas uma medida de segurança, verificado que esteja um outro pressuposto – a perigosidade do agente⁶⁶.

A inimputabilidade não exclui, portanto, a responsabilidade do agente, mas apenas, repetimos, a possibilidade de aferição da sua culpa pelo facto cometido. Deste modo, pelos factos qualificados pela lei como crime podemos ter três caminhos de resposta responsabilizadora: ou os agente têm culpa e podem ser punidos com pena, ou os agentes são inimputáveis por anomalia psíquica, mas são perigosos, e é-lhes aplicada uma medida de segurança, ou os agentes são inimputáveis em razão da sua idade, mas carecem de educação para o direito e têm já mais de doze anos, são objecto de uma medida tutelar educativa.⁶⁷

⁶⁶ Aprofundadamente sobre o tema, MONTEIRO, Cristina Líbano, *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*, cit., pp. 81 e ss.

⁶⁷ O CP português consagra ainda, embora não nos pareça tão relevante para esta distinção, um terceiro tipo de sanção criminal, a que dá o nome de pena relativamente indeterminada, aplicável aos delinquentes por tendência e aos alcoólicos e equiparados. Com características de pena até ao limite da culpa e de medida de segurança daí em diante, a pena relativamente indeterminada impede que se fale hoje, entre nós, num sistema monista puro de reacções criminais, na medida em que ao mesmo agente, pelo mesmo facto, não se aplica, é certo, uma pena e uma medida de segurança, ambas privativas da liberdade, mas pode aplicar-

Não é apenas, porém, no âmbito do direito penal que a inimputabilidade surge como categoria dogmática discutida. Apesar do seu conteúdo jurídico variável⁶⁸, ela adquire manifesto relevo ainda no âmbito do direito civil⁶⁹, uma vez que constitui desde logo, também aí, um pressuposto da imputação delitual ou aquiliana⁷⁰ e, por

se uma pena relativamente indeterminada. Sobre este terceiro tipo de sanção e as suas especificidades, *vide*, por todos os autores, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., p. 105.

⁶⁸ Para a apresentação dos principais sentidos que o termo adquire no direito civil, *vide* BARBOSA, Mafalda Miranda, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual. Breve apontamento», *BFUDC*, Vol. LXXXII, 2006, pp. 485 e ss.

⁶⁹ Cfr. QUEIRÓS, Raimundo, *A responsabilidade civil dos menores, dos pais e das escolas*, Lisboa, Quid Iuris, 2012, pp. 25 e ss. e 101 e ss.

⁷⁰ De acordo com o entendimento sufragado por ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1983, pp. 247 e ss., embora respeite estritamente ao “lado interno da conduta”, a “imputação pessoal do facto ao agente”, ou seja a culpa, pressupõe uma dimensão objectiva (saber se o agente, “nas circunstâncias concretas do agir”, se apartou injustificadamente do “tipo médio de comportamento apto a evitar danos para terceiros”) e uma dimensão subjectiva ou “capacidade delitual” (a idoneidade ou capacidade para ser “o suporte de um juízo de censura”). Na verdade, a generalidade dos autores obrigacionistas trata a questão da imputabilidade no contexto da culpa em geral, assim acontecendo, por exemplo, com VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 562, que considera a determinação da imputabilidade como a primeira fase de aferição da existência de um “nexo de imputação do facto ao lesante”, ou de verificação de um facto culposo (ainda neste sentido, *vide* COSTA, M. J. Almeida, *Direito das obrigações*, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 578 e ss., LEITÃO, Luís Manuel de Menezes, *Direito das obrigações*, 11.^a ed., Vol. I, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 279 e ss.). Ainda assim, não deixam alguns Autores civilistas de acentuar tanto a quebra da “unidade do delito” operada através do elenco tradicional dos

consequente, da própria obrigação de indemnizar com fundamento em responsabilidade civil por facto ilícito.⁷¹ Deste modo, e deixando de parte a questão dos pressupostos da responsabilidade obrigacional ou contratual⁷², assim se compreende que se defenda que a

pressupostos da responsabilidade civil (assim, por exemplo, CORDEIRO, António Menezes, *Direito das obrigações*, Vol. II, Lisboa, AAFDL, 1986, pp. 306 e ss. e *IDEM*, *Tratado de direito civil português*, Vol. 2, t. 3 (Direito das obrigações: Gestão de negócios; Enriquecimento sem causa; Responsabilidade civil), Coimbra, Almedina, 2010, pp. 429 e ss.) como até, atendendo ao carácter voluntário e livre da conduta geradora de responsabilidade (“a vontade delitual”), de deslocar o tratamento da questão da inimputabilidade para o momento do facto (neste sentido, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, Vol. 2, t. 3, cit., pp. 435 e ss.).

De qualquer maneira, como mais adiante comprovaremos, pode discutir-se, tendo em conta o art. 499.º do nosso CC, se a exigência de imputabilidade do agente relevará exclusivamente no domínio da responsabilidade subjectiva (ou baseada na culpa), conquanto seja normalmente a este propósito tratada, ou seja, tomada como um pressuposto da censura ético-jurídica. Se assim não for, a imputabilidade deixará de poder ser considerada um mero pressuposto da culpa, mas, antes, um alicerce ou fundamento de toda a responsabilidade civil, uma vez que esta é, afinal, o correlato da liberdade e esta é, na verdade, a própria condição pressuponente da imputabilidade.

⁷¹ Tecnicamente, pode dizer-se que a responsabilidade civil “... tem o sentido de impor a uma pessoa a obrigação de reparar um dano causado a outrem”. Assim para MONTEIRO, Jorge Sinde, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983, p. 7.

⁷² De qualquer maneira, não podemos deixar de convocar as diferenças de regime existentes entre a responsabilidade delitual e a responsabilidade obrigacional ou contratual, nem de lembrar o possível surgimento de situações de concurso de responsabilidades. Para uma exposição, ainda hoje paradigmática, dos problemas que nos limitamos a enunciar, *vide* SERRA, Adriano Vaz, «Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual», *BMJ* 85, 1959,

imputabilidade não é mais do que “um pressuposto da imputação”, uma vez que só é merecedor de censura o agente que, “de acordo com as suas capacidades subjectivas, estava em situação de compreender a ilicitude do seu comportamento e de se determinar em harmonia”⁷³.

pp. 115 e ss., e, ainda, ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, cit., pp. 206 e ss., BARBOSA, Mafalda Miranda, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual. Breve apontamento», cit., p. 487, *IDEM*, «Reflexões em torno da responsabilidade civil. Teleologia e teleonomologia em debate», *BFDUC*, Vol. LXXXI, 2005, pp. 511 e ss., CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, cit., pp. 387 e ss., *IDEM*, *Direito das obrigações*, cit., pp. 273 e ss., COSTA, M. J. Almeida, *Direito das obrigações*, cit., pp. 539 e ss., JORGE, Fernando Pessoa, «Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil», *Ciência e Técnica Fiscal*, N.º 120, 1968, pp. 131 e ss., MONTEIRO, Jorge Sinde, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, cit., pp. 8 e ss., TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, 7.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 211 e ss. e VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., pp. 518 e ss. e 636 e ss.

⁷³ ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, cit., pp. 248 e ss. e 251. Assim, se se concorda que aquilo que está aqui em causa é, acompanhando VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., p. 562, a concretização dos “requisitos necessários para que a pessoa possa ser susceptível do juízo de censura ou reprovação traduzido na imputação do facto ilícito”, e se a culpa é, afinal, “um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente” (*IDEM, ibidem*, p. 566), não se ignora que também no âmbito da responsabilidade civil o sentido psicológico da culpa – segundo o qual a imputação do acto ao lesante é afinal resultado de ele ser a expressão de uma *voluntas*, ou seja, de lhe ser psicologicamente atribuível – tende a ser substituído, mais ou menos assumidamente, por um sentido normativo, segundo o qual, na formulação de LEITÃO, Luís Manuel de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 280, “o juízo de culpa representa um desvalor atribuído pela ordem jurídica ao facto voluntário do agente, que é visto como axiologicamente reprovável” (num sentido convergente, por exemplo, ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, pp. 248 e ss., CORDEIRO, António Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p.

Porém, apesar da aparente clarividência deste pensamento – que vê verdadeiramente a imputabilidade como condição de verificação *sine qua non* tendo em vista a pronúncia de um juízo de culpabilidade –, não devemos esquecer, o que terá inequívocas consequências práticas, que ela deverá constituir “o quadro de referência no interior do qual se afere [toda] a obrigação ressarcitória”⁷⁴.

Mau grado este inequívoco relevo, certo é que a doutrina civilista propende muitas vezes a dar à noção de imputabilidade um

309 e COSTA, M. J. Almeida, *Direito das obrigações*, cit., p. 579, especialmente nota 2).

Aliás, é neste sentido que se pode compreender o entendimento de JORGE, Fernando Pessoa, «Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil», cit., N.º 123, 1969, pp. 93 e 94, que, partindo da distinção entre culpabilidade e culpa, defende que “[a] culpabilidade é a qualidade ou conjunto de qualidades do acto que permitem formular, a respeito dele, um juízo ético-jurídico de reprovação ou censura”, ou seja, “um juízo sobre o acto enquanto efeito da vontade livre do agente, ou seja, um juízo ético-jurídico”, Autor que, de resto, e pretendendo assumir uma posição contrária à perfilhada tradicionalmente no direito penal, convocando para isso os nomes de Eduardo Correia e Cavaleiro de Ferreira – e onde, supostamente, a imputabilidade, ao lado da culpa em sentido amplo (dolo ou negligência) e da ausência de causas de escusa, constituem os elementos constitutivos do juízo de culpa –, insiste na ideia de que a imputabilidade constitui um pressuposto da culpa e, só mediatamente, pressuposto de culpabilidade (*IDEM, ibidem*, pp. 97 e ss.).

⁷⁴ BARBOSA, Mafalda Miranda, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual. Breve apontamento», cit., p. 526. Ora, se tradicionalmente a inimputabilidade é afinal um mero pressuposto da culpa, certo é que, como fundamentadamente demonstra a Autora, *ibidem*, especificamente pp. 485 e ss., 501 e ss. e 515 e ss., aquela releva muito para além da responsabilidade civil subjectiva, uma vez que a imputabilidade do agente se consubstancia, afinal, na sua liberdade e esta é verdadeiramente, como já dissemos, o pressuposto normativo que qualquer responsabilidade não deverá abjurar.

desenvolvimento frugal, pelo menos se o compararmos com o amplo tratamento dogmático que conhece a homóloga categoria penal⁷⁵, sancionando-se, por conseguinte, um entendimento que, *in illo tempore*, realçou o carácter ainda incipiente da dogmática civilista em torno do problema do acto ilícito, razão pela qual, tendo em vista o progresso da teoria da responsabilidade civil, se imporia até o recurso alargado “aos dados da ciência jurídico-criminal”⁷⁶. De resto, não é até de estranhar que alguns cultores do direito civil tenham realçado a necessária metamorfose da função da responsabilidade civil sempre que exista simultaneamente responsabilidade penal.⁷⁷ Deste ponto de vista, e considerando até o princípio da adesão, será normal que a imputabilidade civil e a imputabilidade penal, embora de conteúdo

⁷⁵ De modo que, por exemplo, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, cit., p. 439, ao tratar a questão da desculpabilidade – e que, na verdade, não configura um problema de estrita imputabilidade –, não deixa de convocar a doutrina penalística, designadamente a obra de PALMA, Maria Fernanda, *O princípio da desculpa em direito penal*, Coimbra, Almedina, 2005. Aliás, o mesmo Autor (*Direito das obrigações*, cit., p. 305), sublinhando as “possibilidades metodológicas críticas que a duplicação do estudo da fenomenologia delitual em civil e criminal viabiliza”, não deixa de convocar os contributos do direito penal para refutar a concepção tradicional de delito (civil), caracteristicamente marcada pela identificação de certos elementos – nomeadamente, o facto, a culpa, o nexo de causalidade e o resultado – e onde se desvela, afinal, ainda nas suas palavras, um “fervor analítico e classificatório”.

⁷⁶ Assim, JORGE, Fernando Pessoa, «Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil», cit., N.º 120, 1968, pp. 106 e ss., conquanto este Autor trate conjuntamente a responsabilidade obrigacional e a responsabilidade aquiliana.

⁷⁷ Assim, ainda, por exemplo, *IDEM, ibidem*, pp. 144 e ss., que não deixa de convocar a velha distinção acolhida no Código de Seabra: “responsabilidade meramente civil” e “responsabilidade civil conexas com a criminal”.

distinto, tendam a exercer reciprocamente inevitáveis forças gravitacionais.

Seja como for, e deixando de lado os fundamentos e a específica função da responsabilidade civil⁷⁸, no nosso sistema jurídico, o art. 488.º do CC, retomando um critério já adoptado no âmbito da incapacidade acidental (art. 257.º do CC), expressamente determina a não responsabilização de todo aquele que, no momento da prática do facto, se encontrava, por qualquer razão, incapacitado de o entender ou querer, não estando, por isso, em condições de autodeterminar-se.⁷⁹

⁷⁸ De qualquer forma, o instituto da responsabilidade civil responde a uma amálgama de exigências normativas, o que dita o seu carácter multiforme, traduzido desde logo na existência de plúrimas modalidades de responsabilidade civil, designadamente, a responsabilidade por factos ilícitos, a responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por intervenções lícitas. Sobre esta natureza complexa do fundamento da responsabilidade civil extracontratual, e para que, de resto, as sociedades de risco contribuíssem de um modo significativo, cfr., por exemplo, ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, cit., pp. 223 e ss., CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, cit., pp. 419 ss., *IDEM*, *Direito das obrigações*, cit., pp. 259 e ss. e 276 e ss., COSTA, M. J. Almeida, *Direito das obrigações*, cit., pp. 524 e ss., LEITÃO, Luís Manuel de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., pp. 253 e ss., JORGE, Fernando Pessoa, «Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil», cit., N.º 120, 1968, pp. 141 e ss., MONTEIRO, Jorge Sinde, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, cit., pp. 9 e ss., SERRA, Adriano Vaz, «Fundamento da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidente de viação terrestre e por intervenções lícitas)», *BMJ* 90, 1959, pp. 5 e ss., TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, cit., pp. 213 e ss. e VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., pp. 523 e ss.

⁷⁹ Realçando, ao lado do discernimento, a liberdade, por exemplo, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, cit., p. 439, *IDEM*, *Direito das obrigações*, cit., pp. 310 e ss., VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em*

Por conseguinte, a imputabilidade civil supõe dois elementos e a sua reunião constitui condição *sine qua non* da imputação: o elemento intelectual (e emocional, como acrescenta Antunes Varela⁸⁰), ou seja, “a capacidade natural para discernir e apreciar o carácter ilícito do seu acto”, e o elemento volitivo (afinal, a liberdade de determinação), isto é, “a faculdade de dirigir o seu comportamento de um modo conforme à apreciação feita”⁸¹.

Contudo, na aparente singeleza dos elementos relevantes na determinação da imputabilidade do agente (a capacidade de entender e a capacidade de querer), bem como do critério enunciado no art. 488.º/2 do CC, segundo o qual são presumidamente inimputáveis os

geral, cit., p. 563. De resto, como antes dissemos, se é verdade que a liberdade constitui um elemento constitutivo da imputabilidade do agente (neste sentido, ainda, BARBOSA, Mafalda Miranda, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual. Breve apontamento», cit., pp. 506 e ss.), também esta deverá ser exigida quando a obrigação de indemnizar não se funda na conduta culposa do agente.

⁸⁰ VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., p. 563.

⁸¹ Seguimos ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, cit., p. 249, embora, na verdade, a generalidade dos obrigacionistas, certamente determinados pelo teor da lei, realcem igualmente a necessidade da verificação dos dois elementos referidos (ou seja, a capacidade intelectual e emocional e a capacidade volitiva). Sobre a referida norma, cfr., por exemplo, LIMA, Pires, VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, com a colaboração de Henrique Mesquita, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 489 e ss., CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, cit., p. 439, IDEM, *Direito das obrigações*, cit., pp. 310 e s., COSTA, M. J. Almeida, *Direito das obrigações*, cit., p. 580, LEITÃO, Luís Manuel de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 280 e VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., p. 563.

menores de sete anos e os interditos por anomalia psíquica⁸², parece que o legislador civil, na expressão de Menezes Cordeiro⁸³, “corta cerce” a clássica discussão filosófica em torno da dicotomia liberdade *versus* determinismo – questão que igualmente no âmbito do direito penal assume relevo expressivo⁸⁴ e que tem por objecto estabelecer se alguém será verdadeira e inteiramente livre ou se, pelo contrário, deterministicamente, qualquer um colocado na situação/posição do agente adoptaria idêntica conduta –, assentando no princípio segundo qual, e ressalvados o casos particulares de inimputabilidade, todos deverão ser tratados como livres.

A “frieza” do critério legal assim estabelecido, e que, considerando globalmente o juízo de culpabilidade, se adensa ainda tanto pela apreciação da “culpa em abstracto”⁸⁵ como até pelo

⁸² Seja como for, a própria natureza relativa da presunção assim enunciada permite-nos compreender as diferenças que existem entre os conceitos de capacidade, incapacidade e inimputabilidade (cfr., por todos, BARBOSA, Mafalda Miranda, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual. Breve apontamento», cit., pp. 488 e ss.) e que, com efeito, podem até ser obnubiladas pela utilização da fórmula “capacidade delitual”.

⁸³ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, cit., p. 439, e onde o Autor, aludindo a esta “questão filosófica”, conclui tratar-se de algo insusceptível de ser comprovado experencialmente – atendendo ao leque inabarcável de “variáveis humanas” –, razão pela qual se poderá entender as soluções legais adoptadas. Ora, se assim é, não quer isto dizer que tanto a carga genética como a experiência vivencial que tornam cada pessoa um ser único não acabem por ser sopesados.

⁸⁴ Vide, por todos, PALMA, Maria Fernanda, *O princípio da desculpa em direito penal*, cit., pp. 42 e ss.

⁸⁵ Para mais esclarecimentos sobre os critérios de apreciação da culpa, designadamente sobre a questão de saber se ela haverá de ser aferida em concreto

consonante entendimento segundo o qual deverá ser entendida como “deficiência de conduta”, e não como “deficiência da vontade”⁸⁶, não deixa, ainda assim, e independentemente de se saber se em concreto se verifica alguma causa de escusa⁸⁷, de ser relativizada pela

(culpa em sentido subjectivo) ou em abstracto (culpa em sentido objectivo) – aliás, questão que o legislador resolve, nos termos do art. 487.º/ 2 do CC, dando preferência à segunda delas –, vide: ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, cit., pp. 253 e ss., CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, cit., pp. 473 e ss., COSTA, M. J. Almeida, *Direito das obrigações*, cit., pp. 583 e ss., JORGE, Fernando Pessoa, «Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil», cit., N.º 123, 1969, pp. 113 e ss., LEITÃO, Luís Manuel de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., pp. 285 e ss. e VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., pp. 574 e ss.

De qualquer forma, e de acordo com o próprio art. 487.º/ 2 do CC, que manda atender às circunstâncias de cada caso, a apreciação da culpa em abstracto não tem uma feição nefelibata, uma vez que haverá que atender ao “contexto fáctico” ou ao “círculo de relações” em que o concreto agente actua, conquanto, ainda assim, considerando a conduta que teria sido adoptada pelo homem-modelo, ou seja, o *bonus pater familias* (realçando este aspecto, por exemplo, COSTA, M. J. Almeida, *Direito das obrigações*, cit., p. 584, LEITÃO, Luís Manuel de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 286, VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., p. 576 e HENRIQUES, Pedro Correia, «O papel da desculpabilidade no sistema de responsabilidade civil», *O Direito*, Ano 141.º, 2009, p. 435).

⁸⁶ Sobre este aspecto, vide: ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, cit., pp. 256 e ss., JORGE, Fernando Pessoa, «Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil», cit., N.º 123, 1969, pp. 103 e ss. e VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., pp. 577 e ss.

⁸⁷ Sobre as causas de escusa (ou excusa) no âmbito da responsabilidade civil aquiliana, designadamente, de acordo com um elenco consagrado, o erro desculpável, o medo invencível e a desculpabilidade, cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Direito das obrigações*, cit., pp. 312 e ss., JORGE, Fernando Pessoa, «Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil», cit., N.º 123, 1969, pp. 117 e ss. e,

consideração de alguns aspectos, e onde se revelam, afinal, algumas das preocupações que norteiam o modo como vemos a concretização da imputabilidade jurídico-penal.

Se parece decorrer do nosso sistema que a imputabilidade constitui um pressuposto de qualquer obrigação de indemnizar de natureza extracontratual, é seguro que a sua apreciação se revela de fundamental importância no contexto da responsabilidade por factos ilícitos, havendo até que relevar a circunstância de o juízo de responsabilidade dever ser feito *in concreto*, atendendo desde logo a determinado facto danoso, aliás, demonstrando-se um inegável paralelismo com aquilo que acima dissemos sobre a imputabilidade penal. Com efeito, embora cristalizando a apreciação ao momento da prática do facto, entende-se que “... conforme o tipo de facto danoso

especificamente sobre a desculpabilidade, HENRIQUES, Pedro Correia, «O papel da desculpabilidade no sistema de responsabilidade civil», cit., pp. 429 e ss.

Seja como for, e como reconhece Menezes Cordeiro, verdadeiramente as causas de excusa não se reconduzem à inimputabilidade (*ibidem*, pp. 312 e ss.), ao entender-se que se trata de qualquer “factor que, apesar de não integrar propriamente a impossibilidade de entender e querer, consubstanciadora de inimputabilidade, conduz, no entanto, a uma tal perturbação da vontade do agente que evita o juízo de desvalor, integrador da ideia de culpabilidade, isto é, havendo causa de excusa, não há culpa.” Seja como for, e apesar dessa diferença, nada impede que algumas soluções relativas à inimputabilidade sejam mobilizadas quando se configurem casos de comportamentos desculpáveis (assim, por exemplo, em caso de desculpabilidade, HENRIQUES, Pedro Correia, «O papel da desculpabilidade no sistema de responsabilidade civil», cit., pp. 456 e ss., defende a mobilização analógica do art. 489.º do CC).

em causa, assim será de exigir um maior ou menor grau de maturidade de espírito e capacidade de discernimento.”⁸⁸

Acresce ainda que as presunções de inimputabilidade consagradas no art. 488.º/ 2 do CC têm natureza relativa (presunções *iuris tantum*), pelo que nada impede, por isso, por exemplo, que a inimputabilidade em razão da idade se possa prolongar muito para além dos sete anos, do mesmo modo que, situação de verificação deveras improvável, antes desta idade, e considerando o específico facto danoso, o menor possa vir a ser considerado imputável.⁸⁹ Desta maneira, podemos concordar com Menezes Cordeiro⁹⁰, que reconhece no art. 488.º/ 2 do CC um mero meio de coadjuvar nas “tarefas probatórias”, razão pela qual afirma que “[n]ão há limites de idade para efeito de imputação delitual”. Ora, se assim é no âmbito da responsabilidade civil aquiliana, razões de unidade sistemática parecem igualmente conduzir-nos no sentido segundo o qual análoga abertura deveria haver quanto à inimputabilidade penal em razão da idade. E isto, até, por duas razões: por um lado, porque, devido à sua gravidade, a intervenção jurídico-penal constitui a *ultima ratio*; por sua vez, no seio de um horizonte civilizacional onde se impõe o incontornável respeito do princípio da culpa, as sanções penais, para

⁸⁸ ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, cit., pp. 249 e ss.

⁸⁹ O carácter *iuris tantum* da presunção é afirmado pela generalidade dos autores. Assim, por exemplo, *IDEM, ibidem*, p. 250, CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, cit., p. 440, *IDEM, Direito das obrigações*, cit., p. 311, LEITÃO, Luís Manuel de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 280, nota 684, e VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., p. 563, nota 3.

⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, cit., p. 440.

além da genérica, embora necessária, reafirmação (ou reconstituição natural) da normatividade jurídica que, pelo menos *a posteriori*, elas encerram, não encontram o seu fundamento principal – aliás, nem isso justifica, por inteiro, os sistemas contemporâneos de responsabilidade civil – em razões indemnizatórias ou reparadoras.

De resto, na verdade, se as pessoas a quem incumbe a vigilância do incapaz se encontram civilmente obrigadas pelos actos praticados por aqueles que sejam civilmente inimputáveis, incorrendo sobre elas uma presunção ilidível de culpa *in vigilando*⁹¹ – embora a medida da obrigação de indemnizar seja determinada em função dos danos provocados por facto de terceiro, trata-se ainda aqui de uma hipótese de responsabilidade pessoal, fundada, *proprio sensu*, num juízo de censura dirigido ao vigilante por ter omitido os seus deveres de cuidado –, pode o não imputável ser obrigado a reparar os danos, total

⁹¹ Cfr. o art. 491.º do CC que estatui que “[a]s pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido”. Para o esclarecimento mais detido do sentido desta disposição legal, cfr. ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, cit., pp. 268 e ss., CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de direito civil português*, cit., pp. 575 e ss., *IDEM*, *Direito das obrigações*, cit., pp. 351 e ss., COSTA, M. J. Almeida, *Direito das obrigações*, cit., p. 585, LEITÃO, Luís Manuel de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., pp. 288 e ss., VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., pp. 492 e ss. e QUEIRÓS, Raimundo, *A responsabilidade civil dos menores, dos pais e das escolas*, cit., pp. 145 e ss., onde se apela ainda à ideia de *culpa in educando* e ao cumprimento dos deveres inerentes às responsabilidades parentais. Relativamente ainda a esta concomitante responsabilização por *culpa in educando*, de certo modo também em FIALHO, António José, «Da abordagem jurídica da mediação à expectativa», *Lex Familiae*, Ano 8, n.º 16, 2011, p. 63.

ou parcialmente, e desde que ao lesado não seja possível obter o seu ressarcimento demandando os vigilantes (artigo 489.º)⁹². Ainda assim, e mau grado a relevância daquilo a que se poderia designar uma *culpa objectiva* ou *abstracta*, não se trata aqui de um caso de responsabilidade objectiva do inimputável⁹³, uma vez que, e para além de a indemnização não ser neste caso fixada de acordo com o direito estrito, mas antes segundo a equidade, se entende como exigível que a conduta lesante pudesse ser considerada como culposa, caso tivesse sido praticada por um imputável⁹⁴.

⁹² Acrescente-se ainda que tal indemnização, fundada na *aequitas*, não deverá ser fixada num montante que prive o inimputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, ou, ainda, dos meios indispensáveis para cumprir deveres legais de alimentos a que se encontre obrigado. Sobre o art. 489.º do CC, cfr., por exemplo, ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, cit., p. 250, COSTA, M. J. Almeida, *Direito das obrigações*, cit., p. 581, LEITÃO, Luís Manuel de Menezes, *Direito das obrigações*, cit., p. 281, LIMA, Pires, VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, cit., pp. 490 e ss. e VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., pp. 564 e ss.

⁹³ Assim se explica, por isso, como lembra VARELA, J. Antunes, *Das obrigações em geral*, cit., p. 565, que o inimputável não responda pelos danos provenientes de caso fortuito ou de força maior, sob pena de o inimputável ser, afinal, tratado mais severamente do que o imputável (*ibidem*, nota 2).

⁹⁴ Aspecto acentuado por ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, cit., p. 250, que não deixa de assinalar que também não se pode ver aqui com propriedade uma hipótese de responsabilidade por facto ilícito (subjectiva).

3. INIMPUTABILIDADE POR MENORIDADE, CULPA E RESPONSABILIDADE

Ultrapassadas as duas questões precedentes, importa reconhecer que a inimputabilidade penal em razão da idade de quem comete o facto qualificado pela lei como crime é hoje um problema muito complexo. Se não é nova a discussão em torno da imprescindibilidade de se reconhecer que determinadas pessoas, pela sua pouca idade, não podem ser submetidas às regras do direito de *ultima ratio*, gravoso na sua essência, não deixa de ser igualmente importante notar as oscilações a que o tema tem estado sujeito, barómetro fiel das demandas de segurança de uma sociedade credora de justiça célere e exemplar.

Como deixámos já antever, a forma como esta causa tem conduzido à inimputabilidade merece, na nossa opinião, reflexão aturada. Sem antecipar ainda muito do que, ao cabo deste trabalho, pretendemos ver demonstrado, parece-nos desadequado um critério de inimputabilidade por referência à verificação formalista do alcance de uma determinada idade, sem que, com isso, em rigor, se acautele a necessária atenção às condições endógenas do agente que comete o facto na medida em que são elas, e só elas, a poder determinar a impossibilidade de “compreensão” do facto jurídico-penalmente essencial.

Encontramos na doutrina diferentes formas de justificar a existência desta inimputabilidade em razão da idade. Mas se essa é questão a que devemos e vamos dar resposta, outra pergunta fica por fazer – como se escolhe determinada idade em detrimento de outra ou o mesmo é dizer, para o que aqui nos ocupa, o que justifica que sejam os dezasseis anos a barreira a partir da qual o agente passa a

responder penalmente em Portugal? E este é, enfim, um outro problema em que incide o nosso estudo.

Adentrando nos dois nós problemáticos que aqui elegemos, comecemos por explorar, ainda que perfunctoriamente, a razão pela qual a menoridade é causa de inimputabilidade. Não acolhemos a tese segundo a qual pode aqui falar-se em mera exclusão do dolo, pois, em rigor, parece-nos faltar a este agente inimputável mais do que a capacidade para conhecer (elemento intelectual) o tipo objectivo de ilícito e a vontade de o realizar (elemento volitivo), ainda que associadas à sua atitude interior de desrespeito para com o direito (elemento emocional).⁹⁵ Ao delinquente, na situação de inimputabilidade em razão da idade, falta o amadurecimento intelectual necessário para compreender o tipo objectivo de ilícito⁹⁶ e, por isso, para, de forma livre, séria e esclarecida, poder querer realizá-lo, o que acaba por redundar numa insusceptibilidade de averiguar o seu desrespeito para com o direito, ou sequer a sua leviandade, o que

⁹⁵ Segundo a compreensão de dolo de Figueiredo Dias, para quem este se manifesta no tipo de culpa, mas também, desde logo, no tipo de ilícito. Sobre esta posição, em detalhe, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., pp. 348 e ss e 529 e ss. Também neste sentido, LUZÓN PENA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Editorial Universitas, S. A., 1996, pp. 405 e ss. Referindo-se aos dois primeiros elementos mencionados como essenciais para o juízo de imputabilidade, ainda MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, 1, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 600.

⁹⁶ O que não pode confundir-se com uma situação de erro, que pressupõe já a capacidade para conhecer, naquelas circunstâncias, a proibição ou a ilicitude do comportamento.

afasta, então, igualmente, bem é de ver, a possibilidade de se punir o agente a título de negligência.

Não ancoramos a nossa compreensão da inimputabilidade tampouco na tese segundo a qual se está perante alguém com incapacidade para a pena.⁹⁷ Parece-nos que não basta considerar a incapacidade do agente para cumprir os desígnios da sanção para que esta se altere. Ao menor, em rigor, não deixa de se aplicar apenas a pena, mas ainda a medida de segurança, ou seja, não é apenas a pena, no elenco das sanções criminais, em virtude da idade do agente do facto⁹⁸, a deixar de ser mobilizada, o que significa que o que se afasta não é a sanção, aquela específica sanção que é a pena, por se perceber que esta não surtirá, naquele agente, as finalidades previstas, mas sim toda a lógica da intervenção punitiva segundo um determinado padrão e que, no caso, é o do direito penal. Não há, na nossa opinião, na fase da vida em que se encontram os inimputáveis em razão da idade, incapacidade para a pena, mas sim incapacidade para o crime (enquanto facto que exige a culpa) e para o próprio direito penal.

Por outro lado, e recuperando que acolhemos aquela que vem sendo a posição defendida por Figueiredo Dias⁹⁹, não estamos tampouco aqui em presença de mais uma causa de exclusão da

⁹⁷ Assim, mas no caso distinto dos inimputáveis em virtude de anomalia psíquica, BERTOLINO, Marta, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., pp. 513 e 668 e ss.

⁹⁸ Conforme resulta das posições de Pessina e Mezger, respectivamente, *apud* PÉREZ VITORIA, Octavio, *La minoría penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1940, p. 9.

⁹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, cit., p. 188.

culpa¹⁰⁰, mas antes perante um verdadeiro obstáculo à verificação desta, ou seja, um *prius* relativamente ao momento de avaliação da culpa do agente e um pressuposto daquela.

Ao falarmos de inimputabilidade por menoridade, parece-nos assim possível reconhecer uma falta de desenvolvimento mental, uma circunstância física ou fisiológica que priva a pessoa da necessária capacidade intelectual para o cometimento do facto ou uma causa natural que opera a exclusão da personalidade delinquente que é imprescindível à intervenção do direito penal.¹⁰¹ Tudo junto, como bem conclui Pérez Vitoria, mais não traduz senão uma falta de amadurecimento tal que, traduzindo-se numa incompletude intelectual do agente, impede que se lhe dirija o juízo de censura que é próprio da avaliação da culpa.

É, pois, neste enfiamento, que cabe reflectir sobre o que está em causa na inimputabilidade em razão da idade. O que, para nós, resulta nestes casos é essa incompletude da capacidade de entender, querer e conformar-se socialmente.¹⁰² O mesmo não é, no entanto, dizer que, pelos factos praticados, estes delinquentes sejam irresponsáveis. Não.

¹⁰⁰ Bernardino Alimena, *apud* PÉREZ VITORIA, Octavio, *La minoría penal*, cit., p. 9, considera a inimputabilidade por menoridade uma causa de exclusão da culpa.

¹⁰¹ Cfr. o que a este propósito defendem Liszt, Carrara e Manzini, respectivamente, *apud* PÉREZ VITORIA, Octavio, *La minoría penal*, cit., p. 9.

¹⁰² José de Faria Costa refere-se a uma incapacidade para “compreender os mecanismos morais que possibilitam as escolhas”, que, para o Autor, atiram o inimputável (acrescentemos nós – por menoridade) para “fora da cidade do direito penal”. Assim, no seu «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena», in *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, nota 46, p. 226.

Na realidade, a necessidade que se faz sentir de os educar para o direito encaminha a solução do problema para os quadros dogmáticos da responsabilidade. O que acontece, porém, é que se trata aqui de uma responsabilidade e de uma responsabilização diferentes.

Escrutinemos, pois, os conceitos que, por ora, nos ocupam. Assim, não são sinónimos nem próximos os conceitos de imputabilidade, culpa e responsabilidade, embora se relacionem entre si intimamente.

Falamos de imputabilidade quando reconhecemos ao agente a completa formação, sem desvios¹⁰³, da sua capacidade de compreender, querer e conformar-se socialmente, no sentido da aptidão para viver a sua vida com o outro, dentro dos limites imprescindíveis a essa convivência plural.¹⁰⁴ Só nesses casos pode o juiz avaliar a “conexão objectiva de sentido”¹⁰⁵ entre a personalidade do agente e o facto praticado de que, como já vimos, fala Figueiredo Dias. Ora, sem essa avaliação, não é possível avançar na verificação construtiva do facto punível para além daquilo que é a apreensão da tipicidade e da ilicitude. Ou seja, não se almeja percorrer o caminho

¹⁰³ Sobre esta ideia da formação da capacidade para a culpa, com e sem desvios, que recuperaremos na segunda parte deste escrito, veja-se a anotação de GAMEIRO, Aires e CORREIA, Eduardo disponível na anotação a “Culpa” em *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. 1, Verbo, 1983, p. 1433.

¹⁰⁴ Cfr. *Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório Final*, (Leonor Furtado - Presidente do grupo de trabalho de alteração à Lei Tutelar Educativa), Bubok, Março de 2013, p. 27.

¹⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, cit., nota 80, pp. 200 e 201.

que deriva daí em diante e que permite falar em culpa. Não se quer com isto dizer que a culpa não existe. Na realidade, o que acontece é que não chega a ser possível, no caso concreto, aferir dessa existência.¹⁰⁶

Diversamente, a culpa traduz-se, na nossa opinião, e seguindo aqui também de perto Figueiredo Dias, na obrigação que impende sobre o agente de “responder pelas qualidades juridicamente desvaliosas da sua personalidade”¹⁰⁷ e que ele exprimiu num facto típico e ilícito. A culpa do agente e, logo, as suas qualidades desvaliosas relevam apenas pelo cometimento do facto e na estrita medida do facto que o agente pratica.¹⁰⁸ Vale isto por dizer que a culpa jurídico penalmente relevante não é uma culpa do agente, pelo que ele é,¹⁰⁹ mas uma culpa referida ao facto do agente, pelo facto que este cometeu e que desencadeia a sua responsabilização jurídico-penal.

Aceitamos, assim, a definição material de culpa assente num paradigma compreensivo da mesma¹¹⁰ de acordo com uma

¹⁰⁶ Em sentido divergente daquele já apontado em ROXIN, Claus, «Acerca da problemática do Direito Penal da Culpa», cit., pp. 13 e 14.

¹⁰⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., p. 525.

¹⁰⁸ Cfr. MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, 2006, p. 246.

¹⁰⁹ Sobre isto, vejam-se as palavras de BRITO, José de Sousa e, «A medida da pena no novo código penal», *Número especial do BFDUC – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia” – Vol. III, 1984, Coimbra, 1984*, pp. 565 e 566.

¹¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, cit., p. 185 e *IDEM, Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., pp. 566 e ss.

fundamentação na liberdade da pessoa.¹¹¹ Liberdade essa que, não se circunscrevendo à exigência do art. 22.º do CP de 1852 (“Sómente podem ser criminosos os indivíduos que têm a necessaria intelligencia e liberdade”)¹¹² ou ao poder de agir doutra maneira¹¹³, se traduz numa afirmação de capacidade para compreender, querer e conformar-se socialmente. Ou, dito de outra maneira, “a violação pelo homem do dever de conformar o seu existir por forma a que, na sua actuação na vida, não viole ou ponha em perigo bens (jurídico-penalmente) protegidos”¹¹⁴. Supera-se, deste modo, a dicotomia essencial entre a concepção psicológica da culpa e a sua mais recente concepção normativa¹¹⁵.

Na concepção psicológica, a culpa reconduzia-se à relação subjectiva do agente com o resultado do crime, visão ultrapassada depois, no sentido em que, pela concepção normativa, se percebeu que

¹¹¹ Cfr. AMBOS, Kai, «A liberdade do Ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – Sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa (Orgs.), Volume I, *Studia Iuridica* 99, *Ad Honorem* 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 53 a 88.

¹¹² Mantida depois em 1886, no art. 26.º.

¹¹³ CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2008 (reimpressão), p. 316.

¹¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, cit., pp. 160 e 161.

¹¹⁵ Detidamente sobre esta evolução da culpa, entre outros, MEZGER, Edmund, «A culpa no moderno direito penal», cit., 1957, mas também, de certo modo, JESCHECK, Hans-Heinrich, «Evolución del concepto jurídico penal de la culpabilidad en Alemania y Austria», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 5, 2003, disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/>

à culpa se impunha dirigir um juízo valorativo mais denso, constituído pela verificação cumulativa da normalidade mental do sujeito, da sua relação psíquica com o facto (ou pelo menos, da possibilidade dessa relação) e pela normalidade das circunstâncias em que o agente actua, tendo sempre pressuposta uma ideia de dever-ser jurídico-penal.¹¹⁶

A actual concepção de culpa, segundo Figueredo Dias, deve, por seu turno, referir-se, em primeiro lugar, à liberdade do agente¹¹⁷ que desencadeia, ao praticar o crime, o surgimento, sem rupturas, das qualidades desvaliosas da sua personalidade, donde resulta que, posto em condições e reunindo as capacidades para actuar de acordo com o dever-ser jurídico-penal, ainda assim, acaba por violá-lo. E é a partir desta formulação (associada à função preventiva geral, para os defensores das teorias relativas dos fins das penas) que acaba, pois, por legitimar-se a intervenção do Estado. Dela decorre a mais lúdima emanção dos valores essenciais da liberdade e da segurança e só ela pode, de forma justa, encontrar o ponto óptimo de equilíbrio entre ambas.¹¹⁸

¹¹⁶ Conforme proposta de Frank, aprofundada por Goldschmidt, *apud* ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., pp. 795 e 796.

¹¹⁷ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., p. 567, mas também KINDHÄUSER, Urs, «Acerca del concepto de la culpabilidad jurídico-penal», Texto da conferência proferida no âmbito do Encontro Neurociências e Direito Penal, em Coimbra, a 2 de Novembro de 2013.

¹¹⁸ A propósito dos tortuosos caminhos percorridos pela culpa, veja-se ainda ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., pp. 794 e ss.

A culpa de que falamos aqui é, pois, diferente daquela que, marcadamente orientada pela vontade, se revelava, por exemplo, como culpa na formação ou na preparação da personalidade, ainda que reconduzida à necessidade de cumprimento de um dever emergente da afirmação, pelo direito penal, dos valores e bens jurídico-penalmente relevantes e que importa proteger.¹¹⁹

A liberdade em que ancora a culpa é agora, mais do que uma liberdade de escolha perante o direito, uma liberdade de revelar-se, na inteireza da sua personalidade, no facto. Por isso é que “toda a culpa jurídico-penal tem de ser referida ao facto”.¹²⁰

Responsabilidade, finalmente, reconduz-se, no sentido que aqui nos aproveita, mais do que à síntese do *iter*¹²¹ do facto percorrido pelo delinquente, a esta juntamente com as suas características, no sentido de que, a uma só voz, vêm a viabilizar a aplicação de uma sanção.¹²²

¹¹⁹ Cfr. CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, cit., pp. 322 e ss.

¹²⁰ Sobre o conteúdo material da culpa, por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 175 e ss.

¹²¹ Ou, na lúdica imagem de MOLINA FERNANDÉZ, Fernando, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIII, Fasc. 1, 2000, p. 175, “las sucesivas capas de la cebolla”.

¹²² Embora não necessariamente por imperativos de prevenção associados à culpa, conforme resulta da noção de responsabilidade avançada por Roxin. Sobre isto, *vide*, no essencial, ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., pp. 791 e ss. e, traduzido em português, IDEM, «Culpa e responsabilidade. Questões fundamentais da teoria da responsabilidade», *RPCC*, Ano 1, Fasc. 4, 1991, pp. 503 a 541 e BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*,

A responsabilidade do agente pode ser a responsabilidade penal, que é aquela que aqui mais nos ocupa, mas pode ser também um responsabilidade de um outro tipo, nomeadamente, tratando-se de um agente menor de idade, uma responsabilidade que clama pela aplicação de uma medida de educação para o direito. Sensíveis ao argumento de que a nomenclatura actual da Lei Tutelar Educativa bebe ainda das considerações de um tempo em que agressores e vítimas eram tratados indistintamente desde que menores de idade, concordamos com a posição que veio a ser assumida pelo Grupo de Trabalho de Alteração à Lei Tutelar Educativa, e que passa a tratar a lei como Lei de Responsabilização Educativa.¹²³ Na realidade, do que se trata é efectivamente da aplicação de uma medida que, responsabilizando o delincente pelo facto qualificado pela lei como crime cometido, visa a sua educação para o direito, uma vez que não está ainda formada a maturidade intelectual imprescindível à mobilização do direito penal.

Não deixa, no caso dos inimputáveis, de ser possível referir o facto à sua personalidade, nem tampouco à liberdade. Por isso, não se

2.º vol., AAFDL, 1983, p. 330. No fundo, a responsabilidade a que aqui nos referimos e que ao longo do tempo estará pressuposta em muitas das posições que adoptamos corresponderá à ideia de “capacidade de ‘prestar contas’” presente em GERSÃO, Eliana, «Um século de justiça de menores em Portugal. No centenário da Lei de Protecção à Infância, de 27 de Maio de 2011», in *Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sónia Fidalgo (Orgs.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1383.

¹²³ Cfr. *Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório Final*, cit..

exclui, pela inimputabilidade, a responsabilidade¹²⁴ geral do delincente, na medida em que “este continua a ser uma pessoa e portanto a deter a “capacidade” de fundamentar os factos por si próprio praticados e de responder por eles”¹²⁵. O que cede, nestas situações, é a possibilidade de ajuizar da culpa e, por isso, de recorrer à aplicação de uma pena. Mas nada impede que, da responsabilidade suscitada, derive a necessidade de se aplicar ou uma medida de segurança ou uma medida de educação para o direito. Não falta o substrato de liberdade que transporta consigo a responsabilidade pelos factos praticados.¹²⁶ É, aliás, dessa responsabilidade, e só assim se compreenderia, que decorre a intervenção junto do delincente. Sem ela, não subsistiria a legitimidade da compressão dos direitos fundamentais da pessoa (ainda que menor de idade ou, numa

¹²⁴ No mesmo sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda, «Política criminal e política de minoridade», *Psicologia: teoria, investigação e prática*, 2, 1999, p. 288, onde, de forma muito clara, explica: “A política de minoridade funda-se na responsabilização do menor. Uma qualquer barreira etária erigida à intervenção penal encontra o seu sentido político-criminal na protecção do indivíduo menor contra a mais gravosa das intervenções estaduais e a conseqüente sujeição precoce a um sistema fortemente repressivo, carregado de simbolismo social. Mas de modo algum significa irresponsabilidade.” E ainda, da mesma Autora, «Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?», *RPCC*, Ano 7, Fasc. 3, 1997, pp. 374 e ss.

¹²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, cit., p. 188.

¹²⁶ *IDEM*, *ibidem*, nota 80, p. 200.

linguagem que preferimos, e mais abrangente, ainda que incompleta na sua “maturidade” para o crime).¹²⁷

A necessidade de educação para o direito é, pois, a par da responsabilidade do delinquente, o que vem legitimar a intervenção tutelar por parte do Estado.¹²⁸ Se é certo que o poder punitivo penal encontra, pelas características do delinquente, uma barreira intransponível para a sua aplicação em se tratando de alguém cuja fase da vida se caracteriza ainda como de infância ou adolescência, não deixa de ser importante reconhecer que a intervenção estatal junto do delinquente não pode e não se circunscreve à intervenção penal. Por isso, arredar da vida daquela pessoa o espectro do direito penal não significa, como à saciedade vimos afirmando, desresponsabilizá-la ou sequer anuir com uma demissão do Estado perante aquele tipo de delinquência. Antes pelo contrário, significa, isso sim, que a tipos distintos de delinquentes responde o Estado de forma diferenciada, num claro cumprimento de uma imprescindível lógica de discriminação positiva.¹²⁹

¹²⁷ Isso mesmo, de forma muito clara, em LÚCIO, Álvaro Laborinho, «O advogado e a Lei Tutelar Educativa», *RMP*, Ano 26, n.º 104, Out. – Dez. de 2005, p. 56.

¹²⁸ Embora incidindo no *ius puniendi* estadual em matéria penal, propriamente dito, sobre a evolução do direito português que acarretou o crescente florescimento de uma ideia de domínio do conflito por parte do Estado, *vide* MATTA, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, Volume I, Coimbra, F. França Amador, Editor, 1911, pp. 255 e ss.

¹²⁹ Cfr. SARAIVA, João Batista Costa, *Compêndio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e ato infracional*, 4.ª Ed., Revista e Actualizada, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 40 e 41.

PARTE II

INIMPUTABILIDADE E CULPA

4. A AUSÊNCIA DE CULPA

O facto de admitirmos a imputabilidade como pressuposto da culpa e, portanto, a inimputabilidade como obstáculo à verificação desta na construção do facto punível, não significa que o delinquente seja irresponsável (conforme vimos), nem tampouco, como apressadamente pode ser-se levado a pensar, que o inimputável não é punido.¹³⁰

Se estivermos a falar de inimputabilidade por anomalia psíquica, nos termos do art. 20.º do nosso CP, as medidas de segurança a cuja aplicação o inimputável por anomalia psíquica está sujeito fazem parte do elenco de sanções penais.¹³¹ Ou seja, a culpa não pode ser encarada como essencial para a aplicação de uma sanção de natureza penal, relevando nessa sede apenas no caso de se tratar de um delinquente imputável. E à medida de segurança não parece dever sequer associar-se um desvalor diminuído relativamente à pena naquilo que é a sua compreensão enquanto sanção.

Se acolhermos, em matéria de fins e legitimação de penas e medidas de segurança, as teorias relativas da prevenção, as próprias

¹³⁰ Em sentido divergente, ALMEIDA, Carlota Pizarro de, *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 21. Com opinião coincidente com a nossa, referindo-se à ausência de qualquer tipo de impunidade ao afastar-se a criança ou jovem da aplicação das regras do direito penal, SARAIVA, João Batista Costa, *Compêndio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e ato infracional*, cit., p. 48.

¹³¹ No mesmo sentido, e partindo daquele que é o argumento de inserção sistemática no âmbito do CP, vide ANTUNES, Maria João, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, cit., pp. 153 e ss.

finalidades das medidas de segurança são, embora com grandezas diversas, idênticas às das penas. É certo que, seguindo os argumentos de Maria João Antunes, se privilegia um propósito de prevenção especial, centrada nas especificidades do delinquente. Olhando, porém, à evolução que a própria Autora reconhece e que traz o facto para a equação da aplicação da medida de segurança, não nos parece hoje despicienda a discussão em torno de uma finalidade de prevenção geral, pelo menos nos casos mais graves, conforme resulta do art. 91.º/2 do CP (para além do art. 40.º do CP).¹³²

Assim sendo, penas e medidas de segurança, medidas as distâncias profundas quanto àquilo que são os seus pressupostos, não deixam de ser ambas sanções pela prática de um facto típico e ilícito.¹³³ Podemos, é certo, reconduzir os termos “punir” e “punição” à aplicação de uma pena, mas tal não poderá nunca confundir-se com a ausência de uma sanção compatível com a responsabilização que já defendemos para os demais delinquentes, pelos factos cometidos.

Outra abordagem, naturalmente, terá de ser feita no caso dos inimputáveis em razão da idade. No entanto, mesmo se pensarmos a medida tutelar como medida de educação, oportunidade dada ao menor para percorrer o caminho no sentido da compreensão completa dos limites da sua vida com o outro, não deixa de ter sentido falar aqui em sanção e, por isso, em responsabilização. Na realidade, sendo esta a vertente primeira e evidente da aplicação da medida tutelar, não nos parece possível escamotear a presença ainda de um reduto

¹³² Cfr., por todos, *IDEM, ibidem*, pp. 184 e ss.

¹³³ Sobre a inadmissibilidade de medidas de segurança pré-delituais, *IDEM, ibidem*, pp. 170 e ss. Em sentido não totalmente coincidente, COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, cit., p. 4.

sancionatório associado, num compromisso evidente de alguns resquícios de um modelo de protecção e de outros, de um modelo de justiça.

Apoiando a nossa linha de argumentação, encontramos a exigência da prática de um facto qualificado pela lei como crime.¹³⁴ Ora, se a única vertente da medida tutelar fosse a vertente dominante de educação, não nos parece que fosse de excluir a sua aplicação nos controversos casos de para-delinquência, para os quais o nosso sistema jurídico continua a não encontrar resposta. Também estes para-delinquentes carecem, pois, de educação para o direito, de percorrer ainda o caminho até à compreensão do que pode e tem de ser a sua vida com o outro. E, no entanto, a medida tutelar não lhes é aplicada¹³⁵. Assim, parece que a justificação possível é a de, à medida tutelar, dever agregar-se ainda uma finalidade de prevenção geral positiva.

¹³⁴ Entre outros, RODRIGUES, Anabela Miranda, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 57 e QUEIRÓS, Raimundo, *A responsabilidade civil dos menores, dos pais e das escolas*, cit., p. 405. Precisamente atendendo a esta evidência, Maria da Conceição Cunha propõe, na alteração à designação da LTE, que esta passe a chamar-se Lei de Responsabilização Educativa *do Jovem Infractor* (itálico nosso) (na medida em que só este, o que é infractor, pode ver ser-lhe aplicada uma das medidas previstas na lei). Cfr. *Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório Final*, cit., p. 25.

¹³⁵ Solução diversa, marcadamente comprometida com o modelo de protecção, era a que tínhamos em Portugal com a OTM, antes da imprescindível divisão entre crianças e jovens em perigo (LPCJP) e crianças e jovens delinquentes (LTE). Aí sim, a pré-delinquência, a inadaptação social e até mesmo a pré-inadaptação eram tratadas como as situações em que se verificava a prática de um facto qualificado pela lei como crime (art. 13.º da OTM).

Por outro lado, o direito tutelar, ou de responsabilização educativa, não sendo um “direito penal dos pequeninos”, não deixa, porém, de funcionar como o direito de *ultima ratio* para os inimputáveis em razão da sua idade (seja em termos absolutos, seja por não verificação da condição de completude do seu amadurecimento para a culpa e para o direito penal). Isso mesmo acaba por decorrer, na nossa opinião, da impossibilidade de se desencadear um processo sem a existência de um impulso por parte da vítima, no caso de o facto praticado e qualificado pela lei como crime estar definido, no âmbito penal, como crime semi-público ou particular em sentido estrito (art. 72.º/2 da LTE). Se estivéssemos, nesta matéria, perante um direito desvinculado do facto e centrado única e exclusivamente nas características do delincente, parece que esta não seria uma boa solução, na medida em que a necessidade de educação para o direito revelada não seria alvo de qualquer intervenção. Ora, optou-se antes por não retirar da esfera do ofendido a apreciação da vantagem de um processo, o que nos parece acertado, sobretudo se atendermos às razões que presidem àquela necessidade de impulso processual (a natureza bagatelar do facto, a natureza íntima do bem jurídico atingido, enfim).¹³⁶

Ao exigir-se a violação de um valor essencial à vida em comunidade, traduzido num bem jurídico-penalmente relevante, acabamos por rever na medida tutelar também uma finalidade de

¹³⁶ Sobre este aspecto, veja-se RODRIGUES, Anabela Miranda, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, cit., p. 183, mas também, e defendendo uma alteração nesta sede, AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria de, «Intervenção tutelar educativa (antinomias do sistema e trilhos do futuro)», *Lex Familiae*, Ano 10, n.º 19, 2013, pp. 52 a 54.

prevenção geral positiva¹³⁷, no sentido de que as expectativas da comunidade quanto à vigência do direito, legitimamente goradas quando há facto¹³⁸, só podem considerar-se repostas quando, mantendo-se essa necessidade no momento da decisão, se educa o jovem para o direito. É esse o seu interesse e é também isso que se espera da aplicação da medida.¹³⁹ É, enfim, desse jeito, que à sociedade se dá o sinal de cumprimento da função do Estado de educar o delinquente para o dever-ser com o outro.

¹³⁷ Segundo o entendimento desta finalidade perfilhado por DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., pp. 50 e ss. (especialmente p. 53).

¹³⁸ Sobre isto, embora pensando na finalidade da prevenção geral positiva para o caso das sanções penais propriamente ditas, notáveis apontamentos de HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 199 e ss.

¹³⁹ Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, «Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?», cit., pp. 380 e ss.

5. A RAZÃO DE SER DA INIMPUTABILIDADE POR MENORIDADE

O fenómeno da delinquência juvenil não é novo¹⁴⁰ e desde cedo tem despertado as atenções da doutrina, em busca de soluções que a delimitem¹⁴¹ perante a prática de crimes por adultos e que, mais importante, a previnam.

Apesar de tudo, porém, o desafio maior que nos propomos tratar prende-se, isso sim, com a delimitação do que devam ser as condições necessárias para que possa falar-se em verdadeira imputabilidade penal, ou, por outras palavras, a construção de uma dogmática da inimputabilidade em razão da idade e de onde resulte que o contributo das neurociências, enquanto ciência auxiliar, não é despiciendo, muito pelo contrário.

Nesta medida, é chegado, ora, o momento em que, naquele que é o nosso entendimento das coisas, se alcança a verdadeira razão de ser desta inimputabilidade. As idiosincrasias destas pessoas obrigam a que, até em coerente resposta ao princípio constitucionalmente consagrado da igualdade, se diferencie o tratamento a ser dado à delinquência que pratiquem. Ainda que, em abstracto, os factos se assemelhem expressamente aos factos de imputáveis, a verdade é que

¹⁴⁰ Notas importantes sobre a evolução da delinquência “precoce” podem encontrar-se em MATTA, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, cit., pp. 208 e 209.

¹⁴¹ Vejam-se os contributos de «The impact of juveniles ‘ages and levels of psychosocial maturity on judges’ opinion about adjudicative competence», COX, Jennifer Mayer, GOLDSTEIN, Naomi E. S., DOLORES, John, ZELECHOSKI, Amanda D., MESSENHEIMER, Sharon, *Law and Human Behavior*, December 2010, pp. 1 a 9.

as características especiais do agente¹⁴² têm, necessariamente, que reflectir-se na apreciação do próprio facto.

Em momento algum vimos defender uma alteração radical da matriz do direito actual, desviando-o do facto para o concentrar exclusivamente no “agente”. Não obstante, e olhando especificamente para o direito penal, nem no direito penal do facto se pode, bem é de ver, diminuir a importância desse “agente”¹⁴³, na medida em que, e para o que nos ocupa, é também ele que permite definir o legítimo campo de intervenção do direito de *ultima ratio*. Por outro lado, esta parece, ainda, a única forma de, também no direito que remanesce, diferente, das crianças e jovens, garantir o justo equilíbrio entre a atenção a dispensar ao que o delinquente *fez*, por um lado, e ao que este *é*, por outro.^{144 145}

¹⁴² Atente-se nos parâmetros sugeridos para a avaliação de “sanidade” propostos por SCOTT, Charles L., SOULIER, Matthew, «Juvéniles and criminal responsibility evaluations», in *Handbook of juvenile forensic psychology and psychiatry*, Springer, 2012, pp. 86 e 87.

¹⁴³ Em sentido diverso e em defesa da importância genética para o crime, vide GRIGORENKO, Elena L., «The “Why(s)” of criminal behavior in juveniles: the long and the short of it», in *Handbook of juvenile forensic psychology and psychiatry*, Springer, 2012, p. 39, onde a Autora afirma que “research with humans and with animal models has identified a number of likely types of proteins that are associated with anti social behavior. Correspondingly, there is research on the sources of genetic variation that are associated with variations in these proteins.”

¹⁴⁴ Expressões de RODRIGUES, Anabela Miranda, «Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?», cit., p. 372.

¹⁴⁵ Para uma desconstrução do livre arbítrio, veja-se a posição assumida por HARRIS, Sam, *Free Will*, New York, Free Press, 2012, p. 5, donde resulta que “Free will is an illusion. Our wills are simply not of our own making. Thoughts and

Por conseguinte, e assumindo que, à semelhança de qualquer outro ramo do direito, o direito penal também não vive por si só, nem se confina ao seu mundo, é curial avaliar o contributo que outras ciências podem oferecer-lhe¹⁴⁶ e, como não poderia deixar de ser, em que medida toca isso a tese que ora defendemos. Falamos, pois, como anunciado, do vital contributo das neurociências, nas suas mais variadas vertentes. Olhamos, em busca de alicerce para a nossa perspectiva das coisas, para a anatomia e a neurologia, passando pela psicologia, a sociologia e, porque não, a ética.

Partimos, deste jeito, de um pressuposto que alcança o estatuto de verdade pacificamente aceite, quer do ponto de vista empírico, quer do ponto de vista penal: a responsabilidade de quem pratica um facto qualificado pela lei como crime deve, consoante estejamos perante adultos ou crianças e jovens, ser tratada de maneira diferente, atentas as inerentes diferenças ínsitas a esta condição. E este tratamento diferenciado funda-se na imposição constitucional do direito à igualdade, na necessidade de tratar de forma igual o que é igual e de forma desigual o que é, na sua génese, desigual.

Para o efeito que vimos de descrever, acompanhamos o entendimento perfilhado por Chan Mora¹⁴⁷ que aponta diversos

intentions merge from background causes of which we are unaware and over which we exert no conscious control. We do not have the freedom we think we have.”

¹⁴⁶ Cfr. MACKAY, R. D., *Mental condition defences in the criminal law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, e SCHOPP, Robert F., *Automatism, insanity and the psychology of criminal responsibility. A philosophical inquiry*, Cambridge Studies in Philosophy and Law, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

¹⁴⁷ CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la

critérios para tal distinção, designadamente e, em suma, as diferenças cognitivas entre adultos e jovens (1), a teoria do juízo moral de Kohlberg (2), a teoria do enfoque social de Steinberg e Caufmann (3) e as diferenças na estrutura e funcionamento do cérebro de adultos e jovens (4).

Relativamente às diferenças cognitivas (1), parece-nos ponto assente e bastante seguro que o processo de desenvolvimento psicológico ocorre, com carácter universal, por etapas. Ou seja, da mesma forma e em todos os indivíduos, a capacidade cognitiva de um jovem é manifesta e intrinsecamente diferente da de um adulto, havendo determinadas idades em que se adquirem e se desenvolvem as capacidades cognitivas (a saber: a percepção, a atenção/foco, a memória, a linguagem e as funções executivas).¹⁴⁸

Para este entendimento, colhemos apoio na obra de Piaget, na medida em que o Autor estabelece critérios mediante os quais se diferenciam etapas no desenvolvimento das capacidades psíquicas dos jovens. Para Piaget, o desenvolvimento cognitivo é um processo de sucessivas mudanças qualitativas e quantitativas das estruturas cognitivas, derivando cada estrutura de estruturas precedentes. Tais construções seguem um padrão a que se dá o nome de “estágios”,

culpabilidade) penal de los jóvenes», *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 3, 2011, pp. 351 e ss.

¹⁴⁸ OFSTEDAL, Mary Beth, FISHER, Gwenith G., HERZOG, A. Regula, «Documentation of Cognitive Functioning Measures in the Health and Retirement Study», Survey Research Center University of Michigan, Ann Arbor, MI, HRS Documentation Report DR-006, March, 2005, pp. 7 e ss.

sendo que estes seguem idades *mais ou menos* determinadas,¹⁴⁹ o que acaba por, em suma, esclarecer que há, efectivamente, determinadas idades em que se adquirem e desenvolvem determinadas capacidades cognitivas.¹⁵⁰

Ora, se “para tomar la decision de cometer un delito, es esencial que el sujeto haya alcanzado una etapa de razonamiento lógico formal o abstracto”¹⁵¹, significam estas palavras que um desenvolvimento insuficiente da capacidade de abstracção leva a uma menor capacidade cognitiva para a tomada de decisões,

¹⁴⁹ Destacam-se, no desenvolvimento cognitivo, os estágios sensório-motor, do pensamento pré-operatório, operatório-concreto e operatório-formal. Sobre isto, vide PIAGET, Jean, *Seis Estudos de Psicologia*, 24.ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1999, p. 15.

¹⁵⁰ As capacidades cognitivas podem manter-se em alta até uma idade avançada, como os sessenta anos, havendo, no entanto, casos de idades mais avançadas, designadamente os setenta e cinco anos, em que estas não conhecem ainda um afrouxamento. Para isso contribuem diversos factores, designadamente no que tange à saúde, ao contexto educativo/cultural, à vivência profissional, etc. Questão distinta, mas também importante, prende-se com as mudanças físicas no cérebro, provocadas pelo próprio processo de envelhecimento. À medida que os anos passam, o tamanho e o peso do cérebro humano alteram-se. “Aos 20 anos, esse órgão pesa em média 1.400 gramas, enquanto entre os 50 e 60 anos de idade, o peso médio é de 1.337 gramas. Já entre 70 e 80 anos, o cérebro pesará 1.226 gramas, ao passo que entre 80 e 90 anos terá, em média, 1.180 gramas...”. Cfr. DORNELES, Caroline Lacerda, CARDOSO, Aliana Anghinoni, CARVALHO, Fernanda Antonilo Hammes de, «A educação de jovens e adultos na perspectiva das neurociências», *Revista de Psicopedagogia*, Vol. 29, nº. 89, 2012.

¹⁵¹ CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 359.

designadamente as decisões que se prendem com a correcta valorização do delito e das suas implicações.

Do estudo de Chan Mora destaca-se a referência à idade de dezasseis anos como o culminar do índice de capacidade de abstracção que tem o seu início aos doze anos, havendo, a partir daí, espaço para a afirmação de que não existirão grandes diferenças entre o desenvolvimento cognitivo de um jovem e de um adulto.¹⁵² E, postas assim as coisas, nada do que adiantámos já e pretendemos ainda desenvolver teria, efectivamente, grande valia. Por isso, importa perceber exactamente em que termos são proferidas as afirmações do Autor. Se é verdade que antes dos doze anos não é muito provável que exista capacidade de abstracção ou de formulação de um juízo abstracto, não menos verdade é o entendimento de que os dezasseis anos podem não ser o efectivo culminar do desenvolvimento cognitivo.

Para Piaget,¹⁵³ em determinadas idades é expectável a verificação de determinados estágios, mas tal não significa que isso seja um fenómeno universal para todos os indivíduos, o que equivale a aceitar que há apenas uma margem de idade, mais ou menos determinada, em que isso acontece. E, postas assim as coisas a nu, não será já difícil perceber o que se pretende com o nosso estudo: burilar a solução jurídica mais adequada para os concretos casos em que não se verifica ainda o completo desenvolvimento cognitivo (a capacidade de abstracção) que é expectável naquela idade de dezasseis anos.

E eis que, ao considerarem-se assim as idades médias, se impõe perceber que, se existe um juízo de prognose ou de expectabilidade de

¹⁵² *IDEM, ibidem*, p. 361.

¹⁵³ PIAGET, Jean, *Seis Estudos de Psicologia*, cit., pp. 7 e ss.

verificação daquelas competências numa determinada idade, a verdade é que não existe uma régua delimitadora que demarque ou nos possa apontar quando se encontra atingido o pleno desenvolvimento cognitivo. Ou, dito por outras palavras, “no existe una relacion de implicacion entre edad y grado de desarrollo que permita afirmar “siempre” que se tenga una idade determinada, se tendrá un desarrollo cognitivo correspondiente. Los critérios de normalidade y probabilidade subyacentes no excluem entonces, la possibilidade de que, por exemplo, una persona de 20 anos no haya alcanzado aún una capacidad de razonamiento abstracto, ni tampoco, que un niño de 11 años ya haya alcanzado tal nível de desarrollo cognitivo. Sin embargo la posibilidad de que esas capacidades relevantes no se hayan adquirido aumenta conforme disminue la edad. De ahí la necesidad de constatar-las en ele caso de los jovens penalmente” .¹⁵⁴

Marcia Hiromi Sakai afirma, por seu turno, que “...por mais que se reconheçam e valorizem os traços latentes dos indivíduos, mesmo a TRI (Teoria de Resposta ao Item¹⁵⁵) apresenta uma limitação de uso, pois os modelos de um, dois ou três parâmetros são unidimensionais,

¹⁵⁴ CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 361.

¹⁵⁵ O TRI é um modelo estatístico de uso específico nas áreas de avaliação de habilidade e conhecimentos que consiste na modelagem estatística utilizada em medidas psicométricas, principalmente na área de avaliação de habilidades e conhecimentos. Para um estudo mais aprofundado, *vide* SAKAI, Marcia Hiromi, FILHO, Olavo Franco Ferreira, MATSUO, Tiemi, «Avaliação do crescimento cognitivo do Estudante de Medicina: aplicação do teste de equalização no Teste de Progresso», *Revista Brasileira de Educação Médica*, Vol. 35, n.º 4, 2011, pp. 493 a 501 (em especial, pp. 495 e ss.).

ou de um traço dominante, e não permitem *a análise das questões de carácter interdisciplinar para a solução de problemas...*¹⁵⁶.

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

Importa ainda, não obstante, fazer uma distinção entre o jovem e o adulto no que concerne à capacidade de pensamento abstracto. Se é certo, dissemo-lo já, que na adolescência se completa o desenvolvimento cognitivo com o atingir do quarto estágio de Piaget (o qual se mantém por toda a vida adulta), a verdade é que ainda assim persistem diferenças entre o jovem e o adulto na capacidade de pensamento abstracto e, reflexamente, na capacidade para compreender as normas penais, o que vem a justificar, segundo Chan Mora, um tratamento responsabilizador diferente.¹⁵⁷

Eis-nos, pois, chegados ao outro critério comumente apontado para a aludida distinção entre um jovem e um adulto, a saber: o da diferença no juízo moral de jovens e adultos, critério este que se funda na Teoria de Desenvolvimento de Kohlberg (2)^{158 159}. Na sua acção, o

¹⁵⁶ IDEM, *ibidem*, p. 499.

¹⁵⁷ CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit..

¹⁵⁸ Para Kohlberg “todos os seres humanos têm a capacidade de chegar à plena competência moral”, sendo que para tal existem níveis evolutivos (pré-convencional, convencional e pós-convencional) que no conjunto formam um complexo grupo de estágios que agregam desde o mais elementar e desenvolvido

jovem distingue-se do adulto pela sua incapacidade de ir além do estágio quatro (o da obediência à autoridade e à norma social) onde a moralidade é ditada por uma força externa: a da observação e cumprimento das normas – leis e deveres. Significa então isto que o jovem com reduzido desenvolvimento cognitivo ou com *deficit* de “desenvolvimento moral”¹⁶⁰ possui uma menor capacidade de avaliar as regras penais e de conformar a sua acção.¹⁶¹¹⁶²

inicialmente pelas crianças (estágio 1 ou de punição e obediência: onde a a acção da criança é sempre condicionada pelo castigo – não faço isto para não ser castigado) até ao estágio 6 ou o dos princípios universais éticos (sendo que, entre estes dois estágios existem outros quatro, a saber: o estágio 2 - orientação ingenuamente egoísta, o estágio 3 - orientação do bom menino, o estágio 4 - orientação de manutenção da autoridade e ordem social, o estágio 5 - orientação contratual legalista). Cfr. KOHLBERG, Lawrence, *Moral stages and moralization: the cognitive-developmental approach*, New York, T. Lickona, 1976, pp. 53 e ss.

¹⁵⁹ Vide, para melhor compreensão, a síntese apontada por DELUCA, Jenn, «Kohlberg’s theory of moral development: theory synthesis», Bridgewater State University, disponível http://www.jendelUCA.com/wp-content/uploads/2011/02/CNSA-Theory_Moral-Development.pdf

¹⁶⁰ Será o caso do jovem que permanece no estágio 3 de Kohlberg (a moralidade de uma acção é valorada em função da recompensa/consequência social, onde o agente representa um papel: ser bom filho, ser bom aluno).

¹⁶¹ Resumidamente, e citando ainda CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., pp. 365 e 366, “(1) No es posible alcanzar el estadio IV.2 del desarrollo moral sino se ha alcanzado la capacidad cognitiva de razonamiento lógico abstracto. Esto no sucede antes de los 12 años de edad. (2) Si embargo, la consecución de una capacidad de razonamiento lógico formal no conlleva automáticamente la consecución de de la etapa IV. 2 de desarrollo moral. (3) Antes de los 14 años de edad es menos probable que alguien alcance el estado de orientación moral por las “leyes y el ordenamento. (4) A partir de

Deste modo, de acordo com Kohlberg¹⁶³, não obstante o juízo moral comece a completar-se com o fim dos dezasseis anos, início dos dezassete¹⁶⁴, certo é que tal critério não pode ser determinístico.¹⁶⁵

Na verdade, as conclusões a que o Autor acaba por chegar têm por base um critério estatístico do parâmetro de normalidade, sendo que “no se excluye la posibilidad de que una persona de 20 años de edad no haya alcanzado tal estágio de desarrollo moral”¹⁶⁶.

Apresentadas assim algumas conclusões, torna-se claro que existe uma margem etária que se situa entre os quinze anos de idade (para o desenvolvimento cognitivo – segundo Piaget) e os finais dos dezasseis anos - início dos dezassete (para o desenvolvimento da Teoria Moral de Kohlberg) em que se deve colocar a questão: terá o

los 14 años, es mas probable que un joven logre alcanzar dicho estágio de desarrollo moral, pero aún existe la posibilidad, mayor que en el caso de los adultos, de que no lo haya alcanzado. (5) La capacidade de juicio moral de los jóvenes, usualmente se diferencia del de los adultos, por lo menos hasta que finalizam los 16 años de edad.”

¹⁶² Em sentido contrário, «The competence-related abilities of adolescent defendants in criminal court», POYTHRESS, Norman, LEXCEN, Frances J., GRISSE, Thomas, STEINBERG, Laurence, *Law and Human Behavior*, Vol. 30, n.º 1, February 2006, p. 88.

¹⁶³ KOHLBERG, Lawrence, *Moral stages and moralization: the cognitive-developmental approach*, cit., p. 123.

¹⁶⁴ No mesmo sentido, CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidade (y de la culpabilidade) penal de los jóvenes», cit., p. 366.

¹⁶⁵ Para o Autor, raros são os indivíduos que podem atingir o estágio 6.

¹⁶⁶ CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidade (y de la culpabilidade) penal de los jóvenes», cit., p. 367.

agente com dezasseis anos de idade completado o seu desenvolvimento?

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

Em defesa desta mesma posição temos então o apoio das teorias sociais de Steinberg e Cauffman (3).¹⁶⁷ Para estes Autores, as tradicionais teorias cognitivas e de moral, já supra elencadas, pecam por não permitirem, após determinadas idades (dezasseis anos), efectuar uma diferenciação entre os jovens e os adultos.

Segundo esta nova corrente de pensamento, aliás bastante crítica das teorias tradicionais, há um conjunto de factores suplementares que urge ter em conta (e que são desconsiderados por aquelas), a saber: os factores demográficos, os psicológicos, os sociais (ou de contexto), factores legais e outros factores externos.¹⁶⁸ Isto

¹⁶⁷ CAUFFMAN, E., STEINBERG, L., «(Im)maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults», *Behavioral Sciences and the law*, 18 (6), 2000, pp. 741 a 760.

¹⁶⁸ «Legal, Individual, and Environmental Predictors of Court Disposition in a Sample of Serious Adolescent Offenders», CAUFFMAN, Elisabeth, PIQUERO, Alex R., KIMONIS, Eva, STEINBERG, Laurence, CHASSIN, Laurie, FAGAN, Jeffery, *Law and Human Behavior*, 31(6), Dec. 2007, pp. 519 a 535.

porque, “drawing age boundaries on the basis of developmental research cannot be done sensibly without a careful and nuanced consideration of the particular demands placed on the individual for “adult-like” maturity in different domains of functioning.”¹⁶⁹

As capacidades individuais do jovem delinquente não valem por si só para a tomada de decisão da prática de um crime. Há que somar a essas características a influência dos outros factores, em especial os de contexto ou sociais. Desta forma, sugerem-se novos requisitos para a avaliação da determinação da maturidade, introduzindo-se um novo conceito, o da maturidade psicossocial, para cuja avaliação será imprescindível considerar “*susceptibility to peer influence*”, “*attitudes toward and perception of risk*”, “*future orientation*” e “*capacity of selfmanagement*”.¹⁷⁰ Esta será, por conseguinte, a forma de jovens e adultos se diferenciarem no que concerne à maturidade psicossocial, na medida em que “*los componentes o requisitos de la madurez psico-social muestran una evolucion a ún después de los 16 anos, en incluso, para algunas dimensiones, hasta los 18 e 21 años de edad.*”¹⁷¹

¹⁶⁹ «Are adolescents less mature than adults?: Minors' access to abortion, the juvenile death penalty, and the alleged APA “flip-flop”», STEINBERG, Laurence, CAUFFAMN, Elizabeth, WOOLARD, Jennifer, GRAHAM, Sandra, BANICH, Marie, *American Psychologist*, Vol. 64 (7), Oct 2009, pp. 583 a 594.

¹⁷⁰ CAUFFMAN, E., STEINBERG, L., «(Im)maturity of judgment in adolescence: why adolescents may be less culpable than adults», cit..

¹⁷¹ CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», cit., p. 376

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

Entre nós, porém, Maria Fernanda Palma não deixou ainda de referir-se, no mesmo sentido de Chan Mora, à necessidade de uma análise das diferenças na estrutura e funcionamento do cérebro dos adultos e jovens (4),¹⁷² *maxime* se aceitarmos que, atento o critério orgânico, também denominado critério biológico, existem profundas diferenças na estruturas do cérebro, enquanto órgão, entre jovens e adultos.

Impõe-se, neste momento da reflexão que empreendemos, pois, fazer uma descrição sumária sobre a estrutura cerebral, designadamente quanto às diferentes áreas que compõem o cérebro.

Assim, e desde logo, *à vol de oiseau*, distinguimos cerebelo, hipocampo, amígdala e córtex pré frontal, por serem as áreas do cérebro envolvidas na estruturação do pensamento, em especial as decisões, o julgamento e a acção, como melhor se desenvolverá.

O cerebelo é por si a área cerebral que, com a idade, passa por profundas e maiores transformações. Verifica-se nele, igualmente, o aumento do número de neurónios e a complexidade das suas conexões. Quer-se com isto dizer que o número de neurónios, as suas conexões e a complexidade das mesmas não é igual entre um jovem e um adulto. O

¹⁷² “Se concebermos o desenvolvimento da pessoa nas suas diversas dimensões neuro-biológica, intelectual, ética e social – deveremos concluir que a responsabilidade penal por culpa pressupõe um certo estágio de desenvolvimento nessas diversas dimensões.” Cfr. PALMA, Maria Fernanda, «Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no código Penal Português», cit., p. 61.

cerebelo¹⁷³ é o responsável pela coordenação motora, ou seja, o tônus muscular, captando os impulsos sensitivos das articulações, tendões, músculos, para além de ser o receptor do equilíbrio e dos estímulos visuais. Sem ele, toda e qualquer actividade motora que implique o emprego de uma habilidade (subir um degrau, correr) seria impossível. Na verdade, esta área do cérebro tem uma função tripartida: uma função motora (cerebelo anterior), uma função cognitiva (porção posterior dos hemisférios cerebelosos) e uma função límbica (porção posterior do vérmis).

Importando por ora a função cognitiva, esta área pode ser afectada pelo síndrome da fossa posterior¹⁷⁴ e pelo síndrome cognitivo afectivo do cerebelo¹⁷⁵. Contudo, este tipo de síndromas são afectações bio-orgânicas que podem verificar-se em indivíduos de idade superior aos dezasseis anos, sendo que em bom rigor não estaremos a falar da completude da formação do cerebelo, mas sim de uma sua

¹⁷³ BUGALHO, Paulo, CORREA, Bernardo, VIANA-BAPTISTA, Miguel, «Papel do cerebelo nas funções cognitivas e comportamentais - bases científicas e modelos de estudo», *Acta Med. Port.*, 19, 2006, pp. 257 a 268.

¹⁷⁴ Síndrome da fossa posterior é "...uma complicação iatrogénica da cirurgia dos tumores da fossa posterior, relacionada com neoplasias que invadem a linha média ou em que é necessário praticar uma incisão no vérmis inferior. Afecta predominantemente crianças com idade inferior a 10 anos e caracteriza-se pelo aparecimento tardio de mutismo, após 1 a 2 dias de discurso normal, o qual é transitório e dá em geral lugar a disartria grave". (Cfr. *IDEM, ibidem*, p. 264).

¹⁷⁵ "Lesões focais do cerebelo (tumoriais e vasculares).... afectando três áreas distintas: função executiva (perseveração, memória de trabalho, dificuldade em mudar de estratégia cognitiva) capacidade de organização visuo-espacial (dificuldade visuo-constructivas, redução da memória visual) linguagem (agramatismo, disprosódia, diminuição da fluência verbal). (Cfr. *IDEM, ibidem*).

“deformação” ou desvio de formação com complicações várias, designadamente o autismo, a esquizofrenia e a PDHA (*Perturbação de Hiperatividade e Défice de Atenção*). No entanto, e em bom rigor científico, parece ser unânime entre a classe médica que estas complicações não podem ser exclusivamente imputadas ao cerebelo, embora se lhe reserve um papel primordial, na medida em que é nele que se poderá encontrar a génese de tais perturbações bio-orgânicas, mas antes a uma estrutura neurológica mais complexa, sendo que tais patologias poderão ter outras causas.

Quer-se com isto dizer que existe obrigatoriamente uma distinção natural entre o cerebelo em formação e a patologia do cerebelo que, *maxime*, poderá contribuir para a questão de inimputabilidade por anomalia psíquica que propositadamente deixamos de fora do nosso estudo. Na realidade, o autismo, a esquizofrenia e a PDHA (para além das demais síndromas do cerebelo) terão relevo para um momento posterior que escapa inelutavelmente ao núcleo da tese que ora apresentamos (o da formação do cérebro).

Por ora, sendo assim, centramo-nos no processo formativo bio-orgânico do cérebro e das suas múltiplas estruturas bem como na importância destas para a formação da susceptibilidade de se dirigir a determinada pessoa um juízo de culpa. E só nisso.

Na sequência do que afirmamos, surge de valia indesmentível, então, a referência ao hipocampo, outra estrutura do cérebro,^{176 177}

¹⁷⁶ «Distinct Hippocampal and Basal Ganglia Contributions to Probabilistic Learning and Reversal», SHOHAMY, Daphna, MYERS, Catherine E., HOPKINS, Ramona O., SAGE, Jake, GLUCK, Mark A., *Journal of Cognitive Neuroscience*, 21:9, Massachusetts Institute of Technology, 2008, pp. 1821 a 1833.

situada nos lobos temporais e que é responsável pela memória a curto e longo prazo, pela aprendizagem e, em especial, pela conversão daquelas memórias de curto prazo em memória de longo prazo. Seria, porém, redutor só apontar estas funções ao hipocampo uma vez que este apresenta vastas conexões designadamente no plano da atenção, do estado de alerta e das funções comportamentais (num patamar mais orgânico é também ao hipocampo que se imputam as funções viscerais).

De acordo com o consenso médico mais presente, este núcleo essencial do cérebro regista um desenvolvimento que começa com o nascimento/início da vida e que se estende até aos quarenta anos. O seu volume é susceptível de variação¹⁷⁸ (em especial com o stress)¹⁷⁹¹⁸⁰, sendo que, em regra, à medida que envelhecemos ele sofre uma

¹⁷⁷ AROEIRA, Rita Isabel Pedro, *Caracterização espaço-temporal do receptor da glicina no hipocampo de rato*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Faculdade de Ciências - Departamento de Química e Bioquímica, 2009, p. 32.

¹⁷⁸ Nesse sentido, "...general role for the hippocampus in configural learning, and suggests it may also support the ability to respond to changes, in cue–outcome contingencies" («Distinct Hippocampal and Basal Ganglia Contributions to Probabilistic Learning and Reversal», em SHOHAMY, Daphna, MYERS, Catherine E., HOPKINS, Ramona O., SAGE, Jake, GLUCK, Mark A., cit., p. 1822).

¹⁷⁹ Também o trauma emocional precoce é responsável pela diminuição do hipocampo, destacando-se aqui dois exemplos basilares: o do stress pós-traumático dos veteranos de guerra e o caso dos abusos sexuais na infância.

¹⁸⁰ No mesmo sentido, *vide* «Hippocampal atrophy in recurrent major depression», SHELINE, Y. I., WANG, P. W., GADO, M. H., CSERNANSKY, J. G., VANNIER, M. W., *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 93(9), 1996, pp. 3908 a 3913.

diminuição do seu volume, o que pode ser contrariado com uma maior estimulação e até mesmo com o aumento da actividade física.

Assim, e durante toda a vida do hipocampo, um ambiente rico em estímulos contribui para a renovação das estruturas neuronais. Da mesma forma, uma presença constante de afectividade por parte dos pais gera na criança um maior crescimento do hipocampo¹⁸¹ (o mesmo já não se passando com os adultos que sejam submetidos a cuidados de afectividade).¹⁸² Desta forma, ganha consistência a ideia de que uma região-chave do cérebro é mais saudável e mais bem desenvolvida nas crianças criadas com carinho e afecto¹⁸³.

Por conseguinte, e na esteira da tese que ora suportamos, este é um elemento essencial para a afirmação da importância da avaliação de outros factores para além da idade. Repare-se, pois, que dois jovens da mesma idade, mas com tipos de afectividade e de carinho familiar bem diferentes, podem inelutavelmente, em si, encerrar disparidades bio-orgânicas no seu hipocampo,¹⁸⁴ sem que se coloque, apesar disso, bem é de ver, relativamente a qualquer um deles, a hipótese de anomalia psíquica. Nesta medida, a diferença de tamanho do hipocampo pode ser a pedra de toque diferenciadora numa eventual

¹⁸¹ «Maternal support in early childhood predicts larger hippocampal volumes at school», LUBY, Joan L., BARCH, Deanna M., BELDEN, Andy, GAFFREY, Michael S., TILLMAN, Rebecca, BABB, Casey, NISHINO, Tomoyuki, SUZUKI, Hideo, BOTTERON, Kelly N., *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Vol. 109, n.º 8, 2012, pp. 2854 a 2859.

¹⁸² *IDEM, ibidem*, p. 2857.

¹⁸³ *IDEM, ibidem*, pp. 2857 e 2858.

¹⁸⁴ Com esta afirmação não se reconhece procedência ao argumento de que um determinado meio social conduz de forma inexorável a uma carreira criminosa, embora se admita e reconheça a importância daquele.

avaliação da “culpa” da pessoa. Um hipocampo menor pode gerar uma maior dificuldade quer para a percepção da factualidade, quer para a actuação comportamental (função do hipocampo como, aliás, já referimos) de determinado jovem, comparativamente a outro que, muito embora com a mesma idade, mas com um maior hipocampo, para quem tal percepção e actuação comportamental sejam mais facilitadas. O mesmo é dizer que estes dois jovens (sem anomalia psíquica que lhes possa reivindicar inimputabilidade) estão, em rigor, em patamares desiguais relativamente ao direito penal e que urge determinar em concreto.

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

Assim, ambientes educacionais mais elevados trazem uma diminuição da amígdala cerebral, e, no lado oposto, jovens com historial de negligência educativa e de afectos demonstram ter um

maior volume de amígdala¹⁸⁵. Destarte, indivíduos (jovens) com maiores volumes de amígdala revelam maior agressividade e menor capacidade de comportamento social normalizado¹⁸⁶, na medida em que têm mais dificuldades de socialização e de criação de laços mais firmes de amizade.

Ora, à semelhança do que atrás se deixa exposto, estas diferenças na amígdala das crianças e jovens não acarretam por si só anomalia psíquica e a inerente inimputabilidade por via dessa causa. Trata-se, tão somente, de diferenças orgânicas que acarretam aspectos diferentes de personalidade. Apesar de, no entanto, serem insusceptíveis de, por si só, fundar uma situação de inimputabilidade por anomalia psíquica (ou até diminuída), podem contribuir para afastar a consideração de uma completa formação para a susceptibilidade de um juízo de culpa.

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

Repetindo o que atrás se afirma, dois jovens com a mesma idade podem ter volumes de amígdalas diferentes, logo, diferentes capacidades de controlo das suas emoções que, inexoravelmente, exigirão diferentes idades de amadurecimento para controlo dessas mesmas emoções. E isto assim o é tanto mais que esta estrutura

¹⁸⁵ ANDERSEN, Susan L., PINE, Daniel S., *The Neurobiology of Childhood*, Berlin – Heidelberg, Springer Verlag, 2014, p. 120.

¹⁸⁶ *IDEM, ibidem*, p. 140.

cerebral apresenta uma ligação com o hipocampo (já descrito)¹⁸⁷. E é, parece-nos, o conceito ora introduzido, aquele capaz de tomar em consideração todas estas diferenças, valorizando-as de forma prévia ao patamar da anomalia psíquica que, repete-se, poderá nem existir, porquanto o jovem em formação poderá completar o *iter* do seu amadurecimento no sentido que nos aproveita.

Outra estrutura essencial à nossa análise é o cortex pré-frontal. Na verdade, esta estrutura torna-se o centro responsável pela tomada de decisões¹⁸⁸, logo, pelo controlo das emoções¹⁸⁹ ¹⁹⁰, e também pelo julgamento. Esta área, aliás, integrada no cortex cerebral, é a que mais

¹⁸⁷ Amígdalas maiores interferem com este e geram assim uma maior propensão para uma maior severidade da ansiedade nas depressões dos jovens. Cfr. «Increased Amygdala: Hippocampal Volume Ratios Associated with Severity of Anxiety in Pediatric Major Depression», MACMILLAN, Shauna, SZESZKO, Philip R., MOORE, Gregory J., MADDEN, Rachel, LORCH, Elisa, IVEY Jennifer, BANERJEE, S. Preeya, ROSENBERG, David R., *Journal of Child and Adolescent Psychopharmacology*, Vol. 13, n.º 1, Março de 2003, pp. 65 a 73.

¹⁸⁸ Para demonstração das diferentes áreas do córtex activadas pelos jovens e pelos adultos aquando das decisões, *vide* «Adolescent development of the neural circuitry for thinking about intentions», BLAKEMORE, Sarah-Jayne, OUDEN, Hanneke den, CHOUDHURY, Suparna, FRITH, Chris, *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, 2 (2), 2007, pp. 130 a 139.

¹⁸⁹ Deixamos aqui, sem necessidade de melhores explicações, as doutas considerações de DAMÁSIO, António R., *O Erro de Descartes: Emoção, razão e Cérebro Humano*, Temas e Debates, Círculo de Leitores, 2011.

¹⁹⁰ Para o desenvolvimento dos diferentes tipos de emoções, *vide* DELGADO EGIDO, Begoña, CONTRERAS FELIPE, Antonio, *Desarrollo social y emocional, La segunda infância: desde los seis a los doce años*, 12, p. 41.

demora a “amadurecer”,¹⁹¹ sendo que sua formação completa pode estender-se até aos vinte e um anos¹⁹² ¹⁹³. Em rigor, o cortex frontal¹⁹⁴ parece ter uma especial ligação com a amígdala, levando a que estas duas estruturas, em conjunto, participem em funções executivas tais como a atenção, o entendimento das regras, o planeamento da acção e

¹⁹¹ No mesmo sentido, “The notion that brain continues to develop after childhood is relatively new. Post-mortem studies carried out in the 1970s and 1980s demonstrated that the structure of the prefrontal cortex undergoes significant changes during puberty and adolescence” em BLAKEMORE, Sarah-Jayne, CHOUDHURY, Suparna, «Brain development during puberty: state of the science», *Developmental Science*, 9 (1), 2006, p. 12.

¹⁹² “The initial periods of rapid neurogenesis and synaptogenesis subsequently give way to a period of pruning and neuronal death to manage the overproduction of these components. Throughout childhood and adolescence, brain development is characterized by both growth and then decline in gray matter volume, and increases in white matter volume. During this period of brain development, dorsolateral and medial PFC expands nearly twice as much as some other regions, including medial occipital and insular cortex.” - “A longitudinal MRI study of graymatter development in juveniles from ages 4 to 21 discovered that the cortex matures in sequence from caudal to rostra”. Cfr. TEFFER, Kate, SEMENDEFERI Katerina, «Human prefrontal cortex: Evolution, development, and pathology», in *Progress in Brain Research*, (capítulo 9), Vol. 195, 2009, pp. 195 e 196.

¹⁹³ Para dados quantitativos sobre volume do córtex e da amígdala ao longo de toda a vida, cfr. BLAKEMORE, Sarah-Jayne, CHOUDHOURY, Suparna, «Development of the adolescent brain: implications for executive function and social cognition», *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 47 (3), 2006, pp. 297 e ss.

¹⁹⁴ SALZMAN, C. Daniel, FUSI, Stefano, «Emotion, Cognition, and Mental State Representation in Amygdala and Prefrontal Cortex», *Annual Review of Neuroscience*, 33, 2010, pp. 173 a 202.

a sua avaliação¹⁹⁵. Nesta medida, se tal estrutura cerebral, e ao fim e ao cabo todo o cérebro¹⁹⁶, se mostra em formação até à idade de vinte e um anos, entendemos que também aqui o critério subjectivo que defendemos é a pedra de toque essencial para a inimputabilidade que pretendemos afirmar.

Estando o cortex pré-frontal em desenvolvimento, não podemos, no nosso entendimento, falar em anomalia psíquica. E isto assim o é, porquanto o processo de desenvolvimento e formação completa desta estrutura é, *per natura*, diluído no tempo. Ou seja, não estamos perante uma errada formação já concluída (ou uma lesão dessa estrutura) que importa uma anomalia psíquica, mas um *iter* incompleto, com estágios e etapas sucessivas para a sua plena formação. No caso de uma anomalia psíquica, a lesão da estrutura cerebral assenta já no pressuposto do *terminus* da sua formação, embora imperfeito porque afectado por uma lesão.

¹⁹⁵ *IDEM, ibidem*, p. 181.

¹⁹⁶ Para uma mais completa perspectiva do desenvolvimento do cérebro, com quantificação dos volumes da matéria cinzenta, matéria branca nos dois sexos, até aos dezoito anos, *vide* «Puberty-related influences on brain development», GIEDD, Jay N., CLASEN, Liv S., LENROOT, Rhoshel, GREENSTEIN, Dede, WALLACE, Gregory L., ORDAZ, Sarah, MOLLOY, Elisabeth A., BLUMENTHAL, Jonathan D., TOSSELL, Julia W., STAYER, Catherine, SAMANGO-SPROUSE, Carole A., SHEN, Dinggang, DAVATZIKOS, Christos, MERKE, Deborah, CHROUSOS, George P., *Molecular and Cellular Endocrinology*, 254-255, 2006, pp. 154 a 162. Igualmente quanto ao lobo frontal e a respectiva quantificação, «Improved memory functioning and frontal lobe maturation between childhood and adolescence: a structural MRI Study», SOWELL, Elisabeth R., DELIS, Dean, STILES, Joan, JERNIGAN, Terry L., *Journal of the International Neuropsychological Society*, 7, 2001, pp. 312 a 322.

A verificação, *in casu*, do caminho do desenvolvimento que é imprescindível para a culpa é, pois, uma análise prévia ao pressuposto da sua completude que é expectavelmente atingida até aos vinte e um anos¹⁹⁷, conclusão esta a que inelutavelmente chegamos após confronto com toda a doutrina médica que, para este trabalho, fomos indicando.

Em síntese, se esta doutrina nos aponta a idade de vinte e um anos como ponto fulcral na completude da formação das estruturas essenciais do cérebro (não se negando aqui que o cérebro, enquanto estrutura neuronal complexa, está em constante mutação e adaptação ao longo de toda a sua vida), outra alternativa não se impunha senão considerar esta barreira dos vinte e um anos como limite da nossa intervenção. É dos termos em que propomos fazê-lo que cuidaremos nos pontos seguinte.

¹⁹⁷ Data expectável da plena formação do córtex pré-frontal. Cfr. SALZMAN, C. Daniel, FUSI, Stefano, «Emotion, Cognition, and Mental State Representation in Amygdala and Prefrontal Cortex», cit., p. 181.

6. CRITÉRIOS PARA A AFERIÇÃO DA INIMPUTABILIDADE POR MENORIDADE

a. A IDADE

A idade¹⁹⁸ de quem comete o facto releva para efeitos de responsabilização, na medida em que, como vimos adiantando, pode haver necessidade de atender a este elemento para perceber a capacidade da pessoa para compreender e querer o facto e, além disso, a sua capacidade para conformar-se socialmente, vivendo a sua vida e orientando as suas acções ou omissões no sentido do respeito para com o outro (na perspectiva onto-antropológica de fundamentação jurídica) ou com o dever-ser jurídico-penalmente instituído. Quer isto dizer que a incompletude do delinquente para o direito não é despicienda no momento da apreciação do facto.

Historicamente, a idade da inimputabilidade tem sofrido grandes oscilações, sendo certo que a sua evolução se tem traduzido num progressivo aumento da idade da imputabilidade penal. Não é, pois, surpreendente, que também nós defendamos, mais uma vez, que se “eleve” a idade da imputabilidade.^{199 200}

¹⁹⁸ Cfr., embora concentrando-se apenas na menoridade, VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, «La política de defensa social y su repercusión con los niños y adolescentes», *Cahiers de Défense Sociale*, 2003, pp. 328 a 334.

¹⁹⁹ No mesmo sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, cit., nota 80, p. 201.

²⁰⁰ A opção, embora maioritária, não é, porém, consensual. Taipa de Carvalho, por exemplo, não deixa de defender o abaixamento desta idade para os catorze anos, considerando que “há muitos adolescentes com menos de 16 anos que

No sentido em que damos como boa solução a subida dessa idade, pode ser-se levado a pensar que o facto de a maioridade civil se situar nos dezoito anos seria o auxiliar precioso na fundamentação da nossa proposta²⁰¹. No entanto, o que pretendemos com este estudo é também divorciar a consideração da imputabilidade penal da mera verificação formalista do critério jurídico da menoridade. Afinal, a menoridade mais não é que uma ficção do direito de que, naturalmente, se retiram consequências e, por isso, tem impresso um

têm perfeita compreensão da ilicitude dos actos que praticam” e que “o que haveria a fazer era o estabelecimento de um regime especial quanto à pena concreta e, sobretudo, quanto ao local e modo de a cumprir”. (Assim em CARVALHO, Américo Taipa, *Direito Penal, Parte Geral*, cit., pp. 471 e 472).

Não é esta, porém, a forma como vemos as coisas. Não só, no nosso entendimento, a compreensão da imputabilidade não tem como reconduzir-se à mera compreensão da ilicitude, mas ainda, por outro lado, nos parece, como continuaremos a defender, que não há-de ser no plano da consequência jurídica do facto que poderá distinguir-se a *actio* da criança ou jovem daquela praticada pelo adulto.

²⁰¹ Assim, entre tantos outros, em GERSÃO, Eliana, «A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança», *RPCC*, Ano 7, Fasc. 4, 1997, p. 614, RODRIGUES, Anabela Miranda, «Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?», cit., p. 374, DUARTE-FONSECA, António Carlos, «Menores, mas imputáveis: que protecção?», in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós- Graduação “Protecção de Menores” – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 395 e CARVALHO, Maria João Leote de, *Do outro lado da cidade. Crianças, socialização e delinquência em bairros de realojamento*, Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2010, p. 144.

valor que não diminuimos.²⁰² Todavia, não é disso que trata a inimputabilidade, ou, pelo menos, não queremos que seja apenas disso: de um critério estritamente determinado pela via do direito para afastar a culpa e, por aí, a responsabilidade penal.

Anterior à definição de menoridade, temos a fase da vida de determinada pessoa a que chamamos infância e juventude e, associada a esta, a incompletude intelectual que há-de, em nosso entender, ser trave mestra da diferente responsabilização de quem comete o facto.²⁰³

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

Pérez Vitoria, na sua obra *La Minoría Penal*, dedica-se também à história deste fenómeno da delinquência juvenil, referida a uma idade em regra associada à sua menoridade civil e que clama pela intervenção segundo um sistema diferenciado do dos adultos. Daí recolhemos que um primeiro afloramento mais claro ao tema surge

²⁰² Cfr., numa linguagem particularmente apelativa, a reflexão sobre a menoridade feita por GERSÃO, Eliana, *A criança, a família e o direito. De onde viemos. Onde estamos. Para onde vamos?*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014, pp. 15 e ss.

²⁰³ Neste mesmo sentido, considerando a infância (e não a menoridade) como causa de inimputabilidade, Silvela, *apud* MARTÍNEZ GARAY, Lucía, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, cit., p. 32.

nas Leis de Manu, onde se recomendava a aplicação de penas especiais e mais benignas às crianças. É, porém, na Lei das XII Tábuas que se vem falar, pela primeira vez, em limites de idade determinantes para se ser penalmente responsável, considerando que, antes da puberdade, essa condição não estaria verificada. Deste primeiro sinal emergiu, então, o critério do discernimento, verdadeiro requisito subjectivo, somado à idade, de que se fazia depender o castigo a dar ao delinquente e que se manteve na Idade Média. Estava ainda, todavia, longe um sistema perfeito que acabou demorar muito a dar passos mais firmes. Tal como em Portugal, mais tarde, em 1911, também em Itália, logo em 1704, é criada uma instituição de tratamento correctivo de menores. Não se fazia, no entanto, nem lá, nem cá, em nenhum destes momentos históricos, a distinção crucial entre vítimas e delinquentes.²⁰⁴

Em Portugal, se nos detivermos no CP de 1852, encontramos, no seu art. 23.º, o reconhecimento da inimputabilidade absoluta apenas até aos sete anos. Entre os sete e os catorze anos, era necessário que se provasse o discernimento do agente. Bem vistas assim as coisas, a verificação da imputabilidade recorria quer a factores puramente formais, quer a factores materiais. Tínhamos uma primeira fase, de inimputabilidade absoluta, que se alcançava por recurso exclusivo ao

²⁰⁴ Muito de perto ao escrito de PÉREZ VITORIA, Octavio, *La minoría penal*, cit., pp. 13 e ss. Todavia, para um estudo verdadeiramente aprofundado desta evolução histórica, veja-se CÁMARA ARROYO, Sergio, *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, Alcalá de Henares, Departamento de Fundamentos del Derecho y Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, 2011, pp. 27 e ss.

elemento formal da idade²⁰⁵, depois, uma fase intermédia, de imputabilidade dependente do discernimento, onde se combinava a necessidade de se ter uma determinada idade²⁰⁶ e se possuir o discernimento necessário para que ao menor se dirigisse um juízo de culpa pelo facto praticado e, finalmente, o momento a partir do qual a pessoa era, no que dependesse apenas da sua idade²⁰⁷, imputável (a partir dos catorze anos).

Quando, em 1886, o Código Penal sofreu uma revisão tão profunda que passou a poder quase falar-se num Novo Código, aumentaram-se estas idades. A partir de então, a inimputabilidade absoluta estava prevista até aos dez anos (art. 42.º/1). Apenas entre o dez e os catorze se exigia a verificação adicional do critério material e subjectivo da imputabilidade, a saber, o discernimento (art. 43.º/1) e, partir dos catorze anos, o menor era imputável, vendo contudo a sua responsabilidade atenuada atendendo à pouca idade.

O referido critério do discernimento veio a ser abandonado²⁰⁸ em matéria de lei penal a partir de 1911, com a Lei de Protecção à Infância (Decreto de 27 de Maio de 1911), que elevou também a imputabilidade para o patamar dos dezasseis anos (art. 1.º), considerou absolutamente irresponsáveis os menores de nove anos

²⁰⁵ Até aos sete anos, conforme previa o art. 23.º/2.

²⁰⁶ Entre os sete e os catorze anos, tal como resultava do art. 23.º/3.

²⁰⁷ Deixemos, por não pretendermos que essa seja também objecto do nosso estudo, a questão da inimputabilidade por anomalia psíquica e a sua evolução.

²⁰⁸ Fenómeno que não ocorreu apenas entre nós, como demonstra VENTAS SASTRE, Rosa, *La minoría de edad penal*, Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2002, pp. 133 e ss, a propósito do ordenamento jurídico espanhol.

(art. 76.^o) e criou a Tutoria da Infância.²⁰⁹ E esta é a primeira vez que, em termos legislativos, se torna claro o esforço por deixar de aplicar o direito penal a estes delinquentes. O passo seguinte foi dado com o Decreto de 15 de Maio de 1925 e o alargamento da justiça de menores a todo o país.

Do preâmbulo da Lei de Protecção à Infância decorre uma preocupação grande com a assistência infantil, recorrendo-se à comparação entre os não-recursos do nosso país e aqueles que, por exemplo em França, já eram conhecidos. Era, pois, preciso fazer alguma coisa, mesmo que o diploma surgisse mais “da experiência, das condições especiais do nosso carácter, da nossa raça” do que “dos livros”.²¹⁰ Importava, sobretudo, assentar ideias sobre a tratamento diferenciado entre crianças e adultos, razão pela qual se preferiu o termo “Tutoria da Infância” ao de “Tribunal da Infância” (que encerrava, aos olhos do legislador, a ideia do julgamento e do castigo que importava evitar no caso dos infantes).

Dava-se, assim, início a uma progressiva aproximação ao sistema conhecido nos nossos dias. Apesar da sua vertente eminentemente preventiva e de ser o mesmo diploma a tratar as questões relacionadas com as crianças e jovens em perigo e delinquentes, a lei não se deixava cair num sistema acrítico de protecção e garantia tratamento diferenciado a uns e outros,

²⁰⁹ Sobre a importância desta iniciativa, MATTA, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, cit., p. 234 e ss.

²¹⁰ Preâmbulo da LPI.

ressalvando, no caso dos últimos, garantias mínimas de um processo justo e de medidas proporcionais aos factos cometidos.²¹¹

A este percurso obviou, porém, a entrada em vigor, em 1962, da OTM, substituída depois por outra, em 1978.²¹² Foram estes dois diplomas que vieram, ao fim e ao cabo, marcar indelevelmente o sistema de justiça juvenil português com um modelo de protecção. A criança e o jovem eram vistos como destinatários da benigna intervenção estadual, cuja bondade das soluções era inquestionável.

O Tribunal de Menores tinha, pelo art. 12.º da OTM, competência para aplicar medidas de protecção, assistência ou educação (os três tipos de medidas tutelares previstos), devendo, no entanto, escolher sempre a que fosse adequada ao caso concreto. A sua competência estendia-se até aos dezoito anos. Até aos doze anos, intervinha sempre que os pais ou representante legal não aceitassem a intervenção tutelar ou reeducativa de instituições oficiais ou oficializadas mas não judiciárias e quando as referidas instituições considerassem que o menor havia agido com discernimento (um critério recuperado) na prática de um facto qualificado pela lei como crime. Entre os doze e os dezasseis anos, o tribunal podia aplicar as medidas tutelares quando o menor praticasse algum facto qualificado pela lei como crime ou

²¹¹ Cfr. GERSÃO, Eliana, «Um século de justiça de menores em Portugal. No centenário da Lei de Protecção à Infância, de 27 de Maio de 2011», cit., pp. 1370 e 1371. A Autora destaca a “audição obrigatória do menor e dos pais, diligências de prova, intervenção de advogado, amplo sistema de recursos”.

²¹² Aprofundadamente em DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes - A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 293 e ss.

contravenção, mas também quando revelasse dificuldade séria de adaptação a uma vida social normal (pela sua situação, pelo seu comportamento ou pelas tendências que houvesse revelado) ou se entregasse à mendicância, vadiagem, prostituição, libertinagem, abuso de bebidas alcoólicas ou uso ilícito de estupefacientes. Finalmente, a partir dos dezasseis anos, mas antes de completos os dezoito, o Tribunal mantinha competência para intervir junto daqueles menores que fossem vítimas de maus tratos ou se encontrassem em situação de abandono ou desamparo capazes de pôr em perigo a sua saúde, segurança, educação ou moralidade ou se mostrassem gravemente inadaptados à disciplina da família, do trabalho ou do estabelecimento em que se encontrassem internados, bem assim como sempre que se registasse exercício abusivo de autoridade na família ou nas instituições a que os menores estivessem entregues.

Ainda que abstraindo-se da ponderação do que fosse a vontade ou mínima adesão da criança ou jovem, a intervenção que o Estado lhe dirigia estava acima de qualquer suspeita. A aplicação das medidas atendia muito mais à personalidade e às circunstâncias de vida da criança do que aos aspectos relacionados com o facto praticado.²¹³ E esta era, na nossa opinião, uma realidade demasiado complexa para que possamos olhar para ela apenas com maus olhos. Na realidade, fruto, estamos certos, desta atenção particular (tantas vezes exagerada, por exclusiva) às especificidades da criança ou jovem, a OTM abria a porta, no seu art. 16.º, a um alargamento da competência dos tribunais de menores para casos de delinquência depois dos

²¹³ *IDEM, ibidem*, pp. 1371 e ss. e QUEIRÓS, Raimundo, *A responsabilidade civil dos menores, dos pais e das escolas*, cit., pp. 403 e 404.

dezasseis anos. Embora a idade da imputabilidade penal se mantivesse inalterada (dezasseis anos), a apreciação do facto praticado por alguém com mais de dezasseis, mas menos de dezoito, podia, nas condições previstas naquele artigo, permitir ao jovem furtar-se ainda aos tribunais comuns. A solução não dista muito da que, mais tarde, viemos a reconhecer no art. 5.º do RPEJ,²¹⁴ medidas as distâncias de, neste último caso, a solução passar apenas pela escolha da sanção, não se alterando a competência do tribunal.

As medidas tutelares iam da mera admoestação ao internamento em estabelecimento de reeducação, optando-se, caso a caso, pela medida que concretamente parecesse mais adequada. Ressalvava-se, no entanto, a impossibilidade daquele internamento para menores de nove anos. Isto mesmo, porém, não permite subsumir a manutenção de um certo critério de “irresponsabilidade” até essa idade, porquanto a única medida vedada era este internamento. Da leitura articulada dos arts. 14.º e 20.º da OTM percebemos que podia ser aplicada, em função, por causa da prática de um facto qualificado pela lei como crime, qualquer outra medida tutelar, a um menor de doze anos, desde que se admitisse que este havia agido com discernimento.

O critério subjectivo do discernimento entrava assim, de modo meio torto, na ponderação dos factos de quem, independentemente da sua idade, não tivesse completado ainda doze anos. Daí em diante,

²¹⁴ Cfr. LEANDRO, Armando Gomes, «Direito e direito dos menores. Síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal», *Infância e Juventude*, 90.1, 1990, p. 27.

nomeadamente no momento da avaliação da imputabilidade penal condicionada pela idade, o critério não existia.²¹⁵

Eliana Gersão esclarece, a propósito da OTM, de forma muito impressiva, que “a perspectiva preventiva é levada até um ponto extremo, vendo-se as situações de *perigo* (maus tratos, negligência, abandono) como primeiro degrau de uma futura carreira delinquente, que *legitimava a aplicação imediata de qualquer uma das medidas previstas na lei, mesmo das medidas de internamento nas instituições de reeducação da justiça*” (itálico nosso).²¹⁶

Mergulhado num tal modelo de intervenção, o país foi ignorando as demandas internacionais de pôr cobro à injustiça de não diferenciar verdadeiramente as respostas de acordo com as necessidades das suas crianças e jovens, nomeadamente as Regras de Beijing, adoptadas em 1985, e a Convenção dos Direitos da Criança, de 1989.

Por conseguinte, só no raiar do século XXI²¹⁷ é que o sistema de justiça juvenil português, pese embora o facto de se estruturar ainda em balizas etárias, passa a tratar diversamente, mantendo-as

²¹⁵ Falar na apreciação da personalidade da criança ou jovem não significa consagrar, como decorre muito claramente do art. 16.º da OTM, ainda que enviezadamente, um critério subjectivo de aferição da imputabilidade.

²¹⁶ GERSÃO, Eliana, «Um século de justiça de menores em Portugal. No centenário da Lei de Protecção à Infância, de 27 de Maio de 2011», cit., p. 1371.

²¹⁷ Vide, sobre este processo, IDEM, «Ainda a revisão da Organização Tutelar de Menores. Memória de um processo de reforma», in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Jorge de Figueiredo Dias, Ireneu Cabral Barreto, Teresa Pizarro Beleza e Eduardo Paz Ferreira (Orgs.), Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 447 a 476, mas também RODRIGUES, Anabela Miranda, «Le droit des mineurs ao Portugal. Une réforme urgente», *Criminologie*, Vol. 32, n.º 2, 1999, pp. 101 a 116.

apartadas, as crianças e jovens vítimas *versus* as crianças e jovens agressores.

Até aos doze anos, é certo, a criança é sempre considerada uma criança em perigo para efeitos da aplicação da LPCJP, independentemente de se estar perante uma vítima ou um agressor. A estas crianças é sempre aplicada uma medida de protecção. No fundo, considera-se que, mesmo a criança que se entrega a alguns comportamentos desviantes, o faz por estar em perigo e, por isso, deve ser considerada uma vítima das suas circunstâncias. O art. 3.º da LPCJP trata da mesma maneira, no elenco exemplificativo das situações de perigo passíveis de tornar legítima a intervenção segundo aquela lei, ambos os casos. Considera-se, assim, em perigo a criança ou jovem que (1) está abandonada ou vive entregue a si própria, (2) sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais, (3) não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal, (4) é obrigada a actividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento, (5) está sujeita, de forma directa ou indirecta, a comportamentos que afectem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional, mas também aquela que (6) assuma comportamentos ou se entregue a actividades ou consumos que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento, sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.

Referir a LPCJP²¹⁸ nesta sede tem, quanto a nós, a enorme virtualidade de permitir reconhecer expressamente a importância de um tratamento de continuidade da matéria aqui em causa: a delinquência juvenil, a prática, por crianças e jovens, de factos qualificados pela lei como crime e que ofendem valores essenciais à vida em comunidade. O desvio da norma praticado pela criança ou jovem foi sendo, como vimos, ao longo do tempo, tratado a par das situações de perigo em que a criança ou jovem se encontrava. Embora esse não deva ser o entendimento estanque das coisas e, de facto, a partir de uma determinada faixa etária, desde logo pelo desenvolvimento das próprias capacidades da pessoa, deva haver lugar a tratamento diferenciado consoante se esteja perante um agressor ou uma vítima, a verdade é que estudos do desenvolvimento da delinquências nas fases mais precoces da vida vêm demonstrando que uma infância securizante pode ser determinante no afastamento

²¹⁸ Para um estudo mais aprofundado desta lei e do Sistema de Promoção e Protecção em Portugal, entre outros, CLEMENTE, Rosa, *Inovação e modernidade no direito de menores. A perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 16, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, BOLIEIRO, Helena, GUERRA, Paulo, *A criança e a família- uma questão de direito(s). Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*, 2.^a ed. (actualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 33 e ss., ALFAIATE, Ana Rita, RIBEIRO, Geraldo Rocha, «Sistema de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens. Debate com as Comissões: Relatório (2008 e 2009)», *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 13, Coimbra Editora, Janeiro – Junho de 2010, pp. 121 a 157. Numa perspectiva histórica da protecção, MARTINS, Cláudia, «A evolução do sistema legal de protecção das crianças e jovens em perigo em Portugal: das Ordenações Afonsinas ao século XVIII», *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 14, 2010, pp. 51 a 72.

do desvio. Maria João Leote de Carvalho, por exemplo, veio, no seu trabalho *Do outro lado da cidade: crianças, socialização e delinquência em bairros de realojamento*, a dissertação de doutoramento da Autora, mostrar a importância da família e do meio no combate eficaz à delinquência infantil e juvenil.

Não foi, de facto, desprovida de absoluto sentido a primeira confusão em que mergulharam os diplomas sobre o tema. Foi na “infância em perigo” que se deu espaço à germinação da “infância perigosa”. Sobretudo os abandonados, mas também aqueles cujas condições de vida familiar impulsionavam a revolta, deram aos delitos uma visibilidade maior e demandaram a intervenção do Estado com maior veemência.²¹⁹

O meio influencia, portanto, e como no ponto precedente já havíamos percebido, as escolhas do indivíduo e, desta forma, também as do indivíduo jovem.²²⁰ Por isso, é pela promoção dos seus direitos e

²¹⁹ Assim em CARVALHO, Maria João Leote de, *Do outro lado da cidade. Crianças, socialização e delinquência em bairros de realojamento*, cit., pp. 52 e ss.

²²⁰ *IDEM, ibidem*, embora, com especial enfoque nas pp. 73 e ss. e 147, mas também, todos da mesma autora, «Entre as malhas do desvio: jovens, espaços, trajectórias e delinquências», 2003 (art. gentilmente cedido pela autora), «Jovens, espaços, trajectórias e delinquências», *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.º 49, 2005, pp. 71 a 93 e «Juventude e risco social: uma questão de olhar(es)?», 2008 (art. gentilmente cedido pela autora), «Lei tutelar educativa - desafios e constrangimentos: contextos, protagonistas e administração da justiça», 2009 (art. gentilmente cedido pela autora), «A delinquência juvenil portuguesa em perspectiva», 2010 (art. gentilmente cedido pela autora), «Childhood, urban violence and territory: children's perceptions of place and violence in public housing neighborhoods in Portugal», *Children, Youth and Environments*, 23 (1), 2013 (art. gentilmente cedido pela autora) e «Delinquência infantil e juvenil e

pela protecção da criança relativamente às situações de perigo que deve, em primeiro lugar, começar o trabalho de prevenção do crime. Do mesmo modo que essa tarefa não deve dar-se por gorada quando, ainda num momento em que se imponha a educação para o dever-ser jurídico-penal, a criança ou jovem acabe por delinquir. Sobre isso, pretendemos deter-nos na terceira parte deste trabalho, mas, em antecipação daquela que é a nossa posição sobre a essencial ligação entre o sistema de promoção e protecção e o sistema tutelar educativo, de referir apenas que nos parece essencial que o projecto no âmbito da protecção se mantenha, assim haja à vista a necessidade dessa protecção e a ela adira o jovem, mesmo, e talvez sobretudo, quando se aplique uma medida tutelar.

A partir dos doze anos²²¹, porém, a lei portuguesa passa a diferenciar o tratamento legal de agressores e de vítimas. A LPCJP

justiça em Portugal: uma questão de olhar(es)?», 2013 (art. gentilmente cedido pela autora). Veja-se ainda, neste sentido, CRUZ Y CRUZ, Elba, *Los menores de edad infractores de la ley penal*. Tesis doctoral, Univerdidad Complutense de Madrid, Instituto de Derecho Comparado, Madrid, 2010, pp. 374 e ss. e o contributo (quase poético) de GUERRA, Paulo, «Crónica dos bravos infantes – reflexão sobre a infância disfuncional», in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós- Graduação “Protecção de Menores” – Prof. Doutor F. M. Pereira coelho*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 337 a 359 e, muito recentes, as palavras de HAINES, Kevin, CASE, Stephen, «Retórica y realidade del enfoque “Paradigma de prevención de factores de riesgo” para prevenir y reducir la delincuencia juvenil», *Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil III*, 2012, pp. 109 a 131.

²²¹ Segundo aquela que é a nossa posição, e pelo que expusémos já, não tem sentido recuar a idade dos doze anos na baliza da consideração de que a criança possa não ser já um ser em perigo, mas um ser carecido de educação para o direito.

mantém a sua vocação de protecção das vítimas, das crianças ou jovens em perigo. Não obstante, àqueles menores que, tendo mais de doze anos, cometam factos qualificados pela lei como crime, passa a ser aplicável a LTE.²²² E é esta a lei mobilizável para todos aqueles que, sendo hoje inimputáveis em razão da sua idade, têm já mais de doze anos²²³.

A idade da imputabilidade penal manteve-se intocada desde 1911, apesar de, como vimos, suscitada recorrentemente a questão da

No mesmo sentido, CARVALHO, Maria João Leote de, *Do outro lado da cidade. Crianças, socialização e delinquência em bairros de realojamento*, cit., p. 143.

²²² De que adiante curaremos.

²²³ Embora antes dos catorze anos não seja possível aplicar à criança uma medida tutelar educativa privativa de liberdade, de internamento em regime fechado (art. 17.º/4 b) da LTE). Este é, aliás, um dos pontos em que concordamos com a lei vigente. Não nos parece também adequado que se faça convergir essa idade com a privação da liberdade do internamento em regime fechado, enquanto medida tutelar a aplicar subsidiariamente e que, bem vistas as coisas, é aquela que mais fere os direitos, liberdades e garantias da criança. Assim, a solução encontrada pela nossa lei é aquela que defendemos. No mesmo sentido do que vimos de dizer, não nos parece também que seja necessário ou sequer desejável o aumento da duração do internamento, melhor se nos afigurando o investimento nas condições de execução da medida em si, seja pelas condições físicas dos centros em que tenha lugar, seja, sobretudo, pela adaptação dos planos de intervenção à específica delinquência das crianças e jovens internados. E ao facto de, em termos ideais, ainda assim a proposta parecer demasiado utópica, desde logo, se comparada com a execução das penas de prisão, teremos sempre como responder: este não é um direito penal dos pequeninos e a delinquência aqui tratada não está ainda condicionada pela completa maturação de uma personalidade no sentido da contrariedade ao dever-ser jurídico-penal. Sobre este ponto, *vide* também RODRIGUES, Anabela Miranda, «Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?», cit., pp. 384 e ss.

sua subida.²²⁴ A favor da sua manutenção vêm sendo escoradas as virtualidades de um regime em que não se faz uma transferência abrupta de um regime de inimputabilidade absoluta para outro, de inimputabilidade total. O facto de se prever a existência de legislação especialmente destinada a quem cometa o facto com mais de dezasseis anos e menos de vinte e um foi merecendo o benefício da dúvida na construção de um modelo de imputabilidade especial, como parece resultar das considerações tecidas aquando da Revisão do CP.²²⁵ A verdade, porém, é que a legislação especial para que aí se remetia acabou por receber entre nós um acolhimento muito aquém das anunciadas expectativas e por ver a sua utilidade, quase sempre, reduzida a uma possível atenuação da pena. Ora, não só não nos parece ter sido esse o ensejo do modelo que se previu com o Regime Penal Especial para Jovens como, e mais importante, não deriva daí, em nosso entender, qualquer manifestação de imputabilidade especial ou incompleta.

Ainda que, no próprio RPEJ, se preveja a aplicação de medidas tutelares a pessoas com mais de dezasseis anos,²²⁶ tal não significa, como nos parece evidente, que se esteja, por aí, a bulir com aquilo que é a imputabilidade penal, mas apenas, eventualmente, com a consequência jurídica do facto de um imputável. Ora, não é isto que defendemos dever separar os casos dos imputáveis do daqueles

²²⁴ *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Parte Geral, Volume I e II, A. A. F. D. L., p. 135.

²²⁵ *Ibidem*, p. 134, onde pode ler-se que “os menores de 16 a 21 anos se não consideram plenamente imputáveis”.

²²⁶ E a aplicação de medidas de correcção aos delinquentes entre os dezoito e os vinte e um anos (art. 6.º do RPEJ).

delinquentes que, tendo mais de dezasseis anos, não reúnem ainda a completa maturidade intelectual que nos permite associá-los ao uso do direito penal sem reservas. Não deve, pois, tratar-se o problema pelo fim, mas encontrar formas de fazer justiça, tratando, *ab initio*, de maneira diferente o que não tem, de todo, condições para ser tratado como igual. Esta, pois, a razão para virmos pensando e defendendo um modelo de transição da mobilização do direito tutelar para o direito penal que acompanhe o desenvolvimento da capacidade do delinquente para se lhe dirigir o juízo de culpa.²²⁷

²²⁷ A ideia de uma progressão na aquisição de capacidades não é nova, pelo menos no direito civil, onde desde há muito se vem aceitando que a maioridade é gradual e que o facto de determinada pessoa reunir determinadas capacidades não significa, necessariamente, que deva entender-se já completamente formada, capaz de orientar a sua compreensão e vontade para o mundo que a rodeia. Sobre este aspecto, das chamadas maturidade, capacidade e maioridade progressivas e antecipadas, veja-se PALMERI, Giuseppa, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Jovene Editore, 1994, e alguns contributos da obra de CRISTOFARO, Marcello de, BELVEREDE, Andrea, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Diritto e problemi contemporanei, 4, Milano, Giuffrè Editore, 1980, sobretudo o de DOGLIOTTI, Massimo, pp. 250 e ss, o de BELVEREDE, Andrea, pp. 321 e ss, o de GRENDENE, Igino, pp. 423 e ss, e o de MUNARI, Francesca Menegazzi, pp. 647 e ss, mas também, entre nós, OLIVEIRA, Guilherme de, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», in *Temas de Direito da Medicina*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 242, e MARTINS, Rosa Cândido, *Menoridade. (In)capacidade e Cuidado parental*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 117 e ss., *IDEM*, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da revisão de 1977*, Coimbra Editora, 2004, p. 817, e *IDEM*, «Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente?», *Lex Familiae*, Ano 1, N.º 1, Centro de

Cabe ainda, apesar de tudo, dar conta de outras experiências. Na economia daquele que é o nosso objecto de estudo, definido muito claramente desde o princípio, não podia caber um estudo exaustivo de ordenamentos jurídicos estrangeiros. Na realidade, não se tratando de uma tese de direito comparado onde, com suficiente rigor, se pode, em boa verdade, apresentar um elenco mais vasto de quadros legais, restou-nos uma análise circunstancial daquele que era, na nossa opinião, o elemento mais importante, ou seja, a idade da imputabilidade penal. E isto, independentemente de depois nos determos nas especificidades das respostas de cada ordenamento jurídico ao problema da delinquência prévia a essa faixa etária, a que dedicamos duas ou três palavras apenas.

Começemos pela distinção essencial entre responsabilização penal e imputabilidade penal. Esta distinção é fundamental, na medida em que vamos encontrar, em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, as duas figuras. Refere-se, pois, a imputabilidade penal ao momento a partir do qual a delinquência do jovem e do adulto passa a ser tratada tendencialmente da mesma maneira (e digo, tendencialmente, na medida em que, por exemplo, entre nós, existe, apesar de tudo, um regime penal especial pensado até aos vinte e um anos). Diversamente, a responsabilização penal lança mão do entre nós mal amado conceito de um direito penal de menores, donde resultam consequências jurídicas, no entanto, distintas das do direito penal dos adultos postos na mesma circunstância. Acabamos por verificar, pois, a coincidência das soluções encontradas por estes direitos penais de

Direito da Família, 2004, p. 70, bem como o estudo de MOREIRA, Sónia, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *Scientia Iuridica*, Tomo L, N.º 291, Setembro - Dezembro de 2001, pp. 159 a 194.

menores e pelo nosso sistema tutelar educativo,²²⁸ razão pela qual nos parece mais adequado centrar a discussão na idade da responsabilização (penal, educativa ou outra, desde que distinta da dos adultos) e na idade da verdadeira imputabilidade penal. Quer-se com isto dizer, assim, e por outras palavras, que não devemos impressionar-nos com idades de responsabilização penal a partir dos dez anos, na medida em que, atenta a diversidade de respostas, são, por vezes, os ordenamentos jurídicos com uma idade de responsabilização mais baixa aqueles que, na definição das medidas aplicandas, mais protegem e menos castigam a criança ou jovem.

Assim, e no que tange à idade a partir da qual a criança ou jovem agressor passa a ser diferenciado da vítima, temos, como idade mais baixa, os dez anos, em Inglaterra/País de Gales, na Irlanda do Norte e na Suíça²²⁹. Tal como anunciámos, esta idade não significa, porém, que a criança esteja, nestes países, menos protegida que em Portugal, com uma LTE aplicável apenas depois dos doze anos. Em Inglaterra, entre os dez e os quinze anos a possibilidade de privação da liberdade só ocorre em casos muito excepcionais, parecendo que só aos quinze anos

²²⁸ PRUIN, Ineke, «The scope of juvenile justice systems in Europe», no também seu *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*, DÜNKEL, Frieder, GRZYWA, Joanna, HORSFIELD, Philip, PRUIN, Ineke (eds.), Vol. 4, 2nd revised edition, Forum Verlag Godesberg, 2011, p. 1564, onde refere expressamente “the Educational Guardianship Law provides (coercive) educational measures for juvenile offenders... which are, in fact, comparable to juvenile (criminal) educational sanctions in other countries.”

²²⁹ Até 2010, a idade a partir da qual se reconhecia a responsabilidade penal na Escócia era a de oito anos. Em 2010, esta idade, porém, foi alterada para os doze anos. Cfr. *IDEM, ibidem*, pp. 1561 e 1562.

esta solução passa a ser encarada com maior normalidade. Ainda assim, e até aos dezoito anos, procura-se que o cumprimento de sanções privativas de liberdade se dê em instituições distintas das dos adultos.²³⁰

Na Suíça, embora se fale em responsabilidade penal a partir dos dez anos, até aos quinze anos a regra é a de aplicação de medidas educativas e terapêuticas. E privações de liberdade superiores a quatro anos, antes de atingidos os dezoito anos, só são possíveis depois dos dezasseis anos do delinquente e por factos graves.²³¹

Distinta é a situação na França, onde a idade definida para a responsabilidade penal é a de treze anos. Apesar deste limite etário para a responsabilidade penal, o art. 122-8 do Code Pénal refere-se à existência de lei especial para os delinquentes com menos de dezoito anos. E, ainda assim, faz depender essa responsabilidade do

²³⁰ Sobre o sistema inglês, o relatório de DIGNAN, James, in *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*, DÜNKEL, Frieder, GRZYWA, Joanna, HORSFIELD, Philip, PRUIN, Ineke (eds.), Vol. 1, 2nd revised edition, Forum Verlag Godesberg, 2011, pp. 357 e ss. e ARTHUR, Raymond, «Rethinking the criminal responsibility of young people in England and Wales», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 20, Issue 1, 2012, pp. 13 a 29.

²³¹ Para melhor compreensão do sistema suíço, veja-se o relatório de HEBEISEN, Dieter, in *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*, DÜNKEL, Frieder, GRZYWA, Joanna, HORSFIELD, Philip, PRUIN, Ineke (eds.), Vol. 3, 2nd revised edition, Forum Verlag Godesberg, 2011, pp. 1389 e ss.

discernimento²³² da criança ou jovem, ao enunciar que “Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet” (itálico nosso).²³³ Deste modo, fica claro mais uma vez que o conceito de responsabilidade penal não difere, em geral, daquele outro, de responsabilização educativa, que “acolhemos” no seio da nossa LTE, na medida em que “L'affirmation d'un principe de responsabilité pénale du mineur n'insinue aucunement l'idée selon laquelle le mineur délinquant doit être traité tel le majeur délinquant” e o que se procura é, afinal, “l'équilibre entre la nécessité de tout mettre en oeuvre pour assister, pour protéger le mineur délinquant qui, la plupart du temps, est un mineur en danger, et la nécessité d'assurer la préservation des intérêts de la société face aux évolutions de la délinquance juvénile”.²³⁴

²³² Cfr. BENILLOUCHE, Mikaël, «Les sources internationales de la justice pénale des mineurs», *Revue Pénitentiaire et de droit pénal*, n.º 3, juillet/septembre 2013, p. 543.

²³³ Cfr., para todos os detalhes, o relatório de CASTAIGNÈDE, Jocelyne, PIGNOUX, Nathalie, in *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*, DÜNKEL, Frieder, GRZYWA, Joanna, HORSFIELD, Philip, PRUIN, Ineke (eds.), Vol. 1, 2nd revised edition, Forum Verlag Godesberg, 2011, pp. 483 e ss.

²³⁴ FAVIER, Yann, FERRAND, Frédérique (eds.), *La justice des mineurs en Europe. Une question de spécialité?*, Berne, Stämpfli Editions SA, 2011, p. 24.

Manifestando, porém, preocupação relativamente a um caminho de progressiva substituição de “uma pedagogia da responsabilidade” por uma “pedagogia do chicote”, OTTENHOF, Reynald, «Sobre a menoridade penal: o

Na Grécia, por seu turno, entre os oito e os quinze anos, são aplicadas medidas terapêuticas e de educação para o direito, mas a partir dos quinze anos a criança é responsável penalmente, devendo, apesar disso, cumprir as reacções privativas da liberdade, até aos vinte e um anos, em instituições distintas das dos adultos.²³⁵

No extremo oposto, considerando que até aos dezoito anos a intervenção junto da criança ou jovem deve centrar-se sobretudo na protecção, temos a Bélgica, onde esta regra se derroga apenas no caso de crimes muito graves e cometidos por alguém com mais de dezasseis anos, situação em que o delinquente é, então, julgado segundo a lei penal normal. Esta especial protecção dos delinquentes até aos dezoito anos acaba, porém, por não encontrar continuidade daí em diante, na medida em que o país não acolhe qualquer legislação de jovens adultos, semelhante, por exemplo, ao nosso RPEJ.²³⁶

exemplo da França», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa (Orgs.), Volume II, *Studia Iuridica 99, Ad Honorem 5*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 783 a 792.

²³⁵ Sobre o sistema grego de justiça juvenil, por todos, o relatório de PITSELA, Angelika, in *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*, DÜNKEL, Frieder, GRZYWA, Joanna, HORSFIELD, Philip, PRUIN, Ineke (eds.), Vol. 2, 2nd revised edition, Forum Verlag Godesberg, 2011, pp. 623 e ss.

²³⁶ Detidamente sobre a situação belga, veja-se o relatório de CHRISTIAENS, Jenneke, DUMORTIER, Els, NUYTIENS, An, in *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*, DÜNKEL, Frieder, GRZYWA, Joanna,

Em Itália, por seu lado, prevêem-se três fases: até aos catorze anos, é-se absolutamente irresponsável perante o direito penal; entre os catorze e os dezoito anos, a pessoa é imputável se, somada ao critério da idade, se verificar a sua “capacità di intendere e di volere”; a partir dos dezoito anos, a pessoa é imputável, presumindo-se o seu “compiuto sviluppo fisiopsichico”²³⁷. Entre os catorze e os dezoito anos, ao aceitar-se a imputabilidade do agente, há lugar a uma diminuição da pena²³⁸ e a solução passa pelo cumprimento da sanção privativa da liberdade em instituição distinta da dos adultos. Em todo o resto, o agente é tendencialmente tratado da mesma maneira que um adulto, olhando-se para o seu facto, em geral, como facto de um qualquer outro imputável.²³⁹ Não obstante, recolhemos desta formulação do código italiano o contributo no sentido daquele que vem sendo também o nosso entendimento – que ao cumprimento de determinada idade, pelo menos antes dos dezoito anos, não deve corresponder, sem mais, um juízo de imputabilidade penal, ou, por outras palavras, que, pelo menos antes daquela idade, ao critério formal da idade do delinquente há que somar uma *avaliação subjectiva das suas condições de amadurecimento* e que delinquentes com a

HORSFIELD, Philip, PRUIN, Ineke (eds.), Vol. 1, 2nd revised edition, Forum Verlag Godesberg, 2011, pp. 99 e ss.

²³⁷ LARIZZA, Sílvia, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, cit., p. 115.

²³⁸ Art. 98.º do Código Penal Italiano.

²³⁹ Considerando o modelo de responsabilização muito próximo de um modelo penal punitivo, apela-se à construção de um novo modelo, mais educativo, em BARTOLI, Roberto, «La justicia penal juvenil en Italia», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 12, 2012.

mesma idade podem não reclamar do direito exactamente a mesma resposta. Em Itália, completos os dezoito anos de idade do delinquente, a presunção de imputabilidade referida à idade é inilidível e à aplicação da pena poderá obviar apenas uma anomalia psíquica. Ou seja, a partir dos dezoito anos, e concentrando-nos no tópico essencial da imputabilidade relativa a uma idade, o agente é, em definitivo, imputável.²⁴⁰ O que propomos agora vai, no entanto, um pouco mais longe, conforme tentaremos ver no ponto seguinte.

A Alemanha acolhe, por seu lado, um sistema muito semelhante a este que vimos vingar em Itália. Considera sempre irresponsáveis penalmente os menores de catorze anos, a quem aplica medidas protectivas e educativas²⁴¹, e imputáveis os maiores de dezoito. Entre os catorze e os dezoito anos fala-se numa responsabilidade penal condicionada à verificação, no momento da prática do facto, do amadurecimento moral e intelectual do delinquente.²⁴² O sistema

²⁴⁰ Mais pormenorizadamente sobre o sistema italiano de justiça juvenil, importante o relatório de PADOVANI, Alessandro, BRUTTO, Sabrina, CIAPPI, Silvio, *in Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*, DÜNKEL, Frieder, GRZYWA, Joanna, HORSFIELD, Philip, PRUIN, Ineke (eds.), Vol. 2, 2nd revised edition, Forum Verlag Godesberg, 2011, pp. 765 e ss., mas também LARIZZA, Sílvia, «El menor autor de delito: aspectos fundamentales de la disciplina italiana», *Anuario de Justicia de Menores*, n.º IV, 2004, pp. 57 a 76 e VAELLO ESQUERDO, Esperanza, «La responsabilidade penal de los menores en Italia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 18, 2006, pp. 319 a 359.

²⁴¹ Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Derecho penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 207 e 208.

²⁴² Assim em STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, cit. pp. 236 e ss. MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 634

alemão é, porém, mais importante, na nossa perspectiva, quando assume uma especial tendência por arrastar os efeitos da justiça juvenil aos jovens adultos (entre os dezoito e os vinte e um anos). Por um lado, porque, como vimos, esta não é uma solução unânime na Europa, por outro, porque, como também adiante pretendemos demonstrar, nos parece que o caminho tem efectivamente de ser este em que um amplo sistema de justiça juvenil nada obsta à manutenção de um regime ainda diferenciado para os jovens adultos.^{243 244}

Em sentido oposto, na Espanha, sucumbindo à ideia de endurecimento²⁴⁵ da reacção à delinquência dos jovens adultos, em

e ss., ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., pp. 847 e ss., JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.ª Edición corregida y ampliada, Granada, Comares Editorial, Diciembre 2002, p. 467, PRITTWITZ, Cornelius, «La justicia penal de menores en Alemania», in ANARTE BORRALHO, Enrique (Director), *Tendencias de la justicia penal de menores (Una perspectiva comparada)*, Madrid, Iustel, 2010, p. 26, e ainda PRUIN, Ineke, «The scope of juvenile justice systems in Europe», cit., p. 1566.

²⁴³ Neste sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, cit., pp. 468 e 469.

²⁴⁴ Detidamente sobre o sistema de justiça juvenil alemão, vide o relatório de DÜNKEL, Frieder, in *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*, DÜNKEL, Frieder, GRZYWA, Joanna, HORSFIELD, Philip, PRUIN, Ineke (eds.), Vol. 2, 2nd revised edition, Forum Verlag Godesberg, 2011, pp. 547 e ss. Não deixe, porém, de ler-se ainda, com considerações aprofundadas sobre as vantagens da separação da justiça de crianças e jovens e de adultos, OSTENDORF, Heribert, «Contra a abolição do direito penal juvenil ou das suas características essenciais», *Infância e Juventude*, 06.4, 2006, pp. 69 a 91.

²⁴⁵ DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, «Endurecimiento simbólico de la ley penal del menor?», *Anuario de Justicia de Menores*, n.º VI, 2006, pp. 11 a 56, CUELLO

CONTRERAS, Joaquín, «Reflexiones sobre la capacidad de culpabilidad del menor y su tratamiento educativo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12, 2010, pp. 17 e ss, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «Es conveniente un endurecimiento del Derecho Penal juvenil?: una toma de posición crítica», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LV, Fasc. 1, 2002, pp. 287 e ss., IDEM, «Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil? Reflexiones tras diez años de aplicación de la ley penal del menor», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13, 2011, pp. 22 e ss. Levando mais longe esta ideia e referindo-se mesmo a uma emergência, naquele país, do direito penal do inimigo menor, vejamos o texto de POLAINO – ORTS, Miguel, «La irrupción del derecho penal del enemigo en la legislación penal de menores», *Crónica Jurídica Hispalense / Derecho penal*, n.º 5, 2007, pp. 319 a 378, DÍAZ – MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.), *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Civitas, 2008, p. 57 e JIMÉNEZ FRANCO, Daniel, *La proyección de la lógica del enemigo en la responsabilidad penal del menor*, Programa de doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, Universidad de Zaragoza, Agosto de 2006, *passim* (texto gentilmente cedido pelo Exmo. Senhor Professor Arroyo Zapatero). Não chegando tão longe, mas falando numa mudança de paradigma, BERNUZ BENEITEZ, María José, FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo. Indicadores de un nuevo modelo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10, 2008.

Sobre o percurso de descaracterização da lei especialmente concebida para a responsabilidade penal dos menores, criticando-o, HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, «La transformación de la originaria Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores y sus consecuencias jurídicas», *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, Año II, n.º 18, 2005, pp. 11 a 28 e IDEM, «Las repetidas reformas parciales de la Ley Penal del Menor», *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, Año III, n.º 27, 2006, pp. 64 a 90. Veja-se ainda, sobre este assunto, OLAIZOLA NOGALES, Inés, «La medida de internamento en régimen cerrado en la LORPM. Estamos ante un derecho penal de la seguridad?», *Revista Penal*, n.º 31, Enero 2013, pp. 190 a 220 e, na mesma revista, JERICÓ OJER, Leticia, «La relevância prática del principio acusatorio (mejor

2006 deixou de haver diferença de tratamento entre delinquentes a partir dos dezoito anos. A LO 5/2000, de 12 de Janeiro,²⁴⁶ onde ainda

denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): aplicación obligatoria de las medidas de internamento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?», pp. 140 a 160.

Não se referindo expressamente a este endurecimento, mas afirmando, como nos parece ser oportuno deixar aqui, que “el mero aumento de las sanciones no conlleva, necesariamente, la disminución en la producción de hechos ilícitos”, ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, «Política criminal de menores», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 88, 2006, p. 39. E, neste mesmo sentido, criticando o excesso de internamentos em Espanha, GARCÍA – PÉREZ, Octavio, «La práctica de los juzgados de menores en la aplicación de las sanciones, su evolución y eficacia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12, 2010.

²⁴⁶ Cuidando aprofundadamente desta lei, vide GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y processal de la nueva regulación)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, sobretudo o contributo de TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, «Principios político-criminales y dogmáticos del sistema penal de menores», pp. 13 e ss., ABEL SOUTO, Miguel, «Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LVII, Fasc. 1, 2004, pp. 77 a 106, RECHEA ALBEROLA, Cristina, FERNANDEZ MOLINA, Esther, «La nueva justicia de menores: la delincuencia juvenil en el siglo XXI», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 74, 2001, pp. 326 e ss., HERRERO HERRERO, César, *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, 2.ª Ed., Dykinson, 2008, pp. 383 e ss. e «La valoración social de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores», GARCÍA, M.ª Dolores, MARTÍN, Eduardo, TORBAY, Ángela, RODRÍGUEZ, Carmen, *Psicothema*, Vol. 22, n.º 4, 2010, pp. 865 a 871. Mas também NOYA FERREIRO, M.ª Lourdes, «Las medidas cautelares en el proceso penal del menor», *Estudios penales y criminológicos*, n.º. 26, 2006, pp. 165 a 214 e FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «El internamento de menores. Una

era permitida a aplicação do direito de menores aos jovens adultos, foi modificada pela LO 8/2006, de 4 de Dezembro,²⁴⁷ que afastou aquela possibilidade.²⁴⁸ O direito penal juvenil espanhol baseia-se, tal como o nosso, no estrito critério da idade²⁴⁹, estabelecendo que até aos catorze anos as crianças apenas podem ser objecto de medidas de protecção, mas que a partir dos catorze anos, e até aos dezoito, deve falar-se em responsabilidade penal. Esta responsabilidade penal, porém, é muito diferente da responsabilidade penal dos adultos e nem sequer segue as

mirada hacia la realidad de su aplicación en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14, 2012.

Problematizando a “privatização” da execução das sanções dos menores, VIDAL HERRERO – VIOR, María Sonsoles, «Carácter público del derecho penal versus gestión privada de los centros de reforma de menores», *Foro, Nueva época*, n.º 11-12, 2010, pp. 248 e ss.

²⁴⁷ Para melhor compreensão desta lei, GÓMEZ RIVERO, M.ª Carmen, «Una vuelta de tuerca más: la LO 8/2006, modificadora de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», in ANARTE BORRALHO, Enrique (Director), *Tendencias de la justicia penal de menores (Una perspectiva comparada)*, cit., pp. 97 e ss. e GARCÍA – PÉREZ, Octavio, «La reforma de 2006 del sistema español de justicia de menores», *Política Criminal*, n.º 5, 2008, pp. 1 a 31.

²⁴⁸ Detidamente sobre esta alteração, PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico – penal de los menores infractores – LO 8/2006 (Aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 56 e ss. e CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, «El régimen penal del adulto-mayor de dieciocho y menor de veintiuno», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 96, 2008, pp. 32 e ss..

²⁴⁹ Cfr., por todos, CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006, pp. 83 e ss.

regras do código penal, mas de legislação especial,²⁵⁰ donde não deixa de emergir também uma preocupação educativa.²⁵¹ Trata-se, por outras palavras, de uma imputabilidade diminuída.²⁵² A partir dos

²⁵⁰ Cfr. *IDEM*, «Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente», *AFDUAM*, 15, 2011, pp. 241 a 269, PANTOJA GARCÍA, Félix, «Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la ley de responsabilidad penal de los menores», *AFDUAM*, 15, 2011, pp. 307 a 314, LAGANÉS GOMÉZ, Santiago, «Jóvenes en prisión», *La Ley Penal*, n.º 85, 2011, p. 5 e ss., FALCÓN CARO, María del Castillo, «Intervención penal y menor de edad», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 96, 2008, pp. 45 a 72 e ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, «La minoría de edad penal», *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, Año II, n.º 18, 2005, pp. 5 a 10 e ainda, numa análise do alarme social desta delinquência, GARCÍA ESPAÑA, Elisa, «Menores de edad y registros policiales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8, 2001, pp. 295 a 307.

Detidamente sobre as diferenças desta delinquência e, por isso, das soluções jurídicas que reclama, BERISTAIN, Antonio, «Aproximacion jurídica, criminológica, victimologica y teológica a los jovenes infractores (El derecho penal frente a la delincuencia juvenil)» (texto gentilmente cedido pelo Exmo. Senhor Professor Arroyo Zapatero).

²⁵¹ Pormenorizadamente sobre as medidas aplicáveis neste direito penal de menores espanhol, vide LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Derecho penal de menores*, cit., pp. 220 e ss. e GARCÍA – PÉREZ, Octavio, «La ejecución de las medidas no privativas de libertad», *AFDUAM*, 15, 2011, pp. 271 a 291. E, especificamente apelando às alternativas ao internamento, BERNUZ BENEITEZ, María José, FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima, «La libertad vigilada como medida individualizadora en la justicia de menores», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 7, 2009.

²⁵² Assim para PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima, *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 122. À luz daquilo que, para nós, é a imputabilidade diminuída, esta não é, porém, uma designação isenta de críticas, como procuraremos explicar nos pontos seguintes.

dezoito anos, então, referindo-se ao critério da idade, a pessoa é imputável penalmente.²⁵³

Curiosamente, ao falar em imputabilidade (ainda que diminuída) a partir dos catorze anos, a lei espanhola aceita que “a partir de dicha edad se viene interpretando que el menor tiene *capacidad de discernimiento y comprensión* que hace posible la exigencia de una del hecho de haber cometido una infracción criminal” (itálico nosso).^{254 255}

²⁵³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª Edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2008, pp. 589 e ss.

²⁵⁴ Cfr. PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores – LO 8/2006 (Aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, cit., p. 41.

²⁵⁵ Sobre o sistema espanhol, veja-se o relatório de GIMÉNEZ-SALINAS, Esther, DE LA CUESTA, José Luis, CASTANY, Bernat, BLANCO, Isidoro, in *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*, DÜNKEL, Frieder, GRZYWA, Joanna, HORSFIELD, Philip, PRUIN, Ineke (eds.), Vol. 3, 2nd revised edition, Forum Verlag Godesberg, 2011, pp. 1313 e ss., DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, «La ley penal del menor española: una década después (2001 – 2011)», *Anuario de Justicia de Menores*, n.º XI, 2011, pp. 11 a 98, BLANCO BAREA, José Ángel, «Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 8, 2008, BARQUÍN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 18, 2006, pp. 37 a 95 BERNUZ BENEITEZ, María José, «Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 2005, e CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, «El derecho penal juvenil en España: especificidad, fines y evolución», (art. gentilmente cedido pela autora). Especificamente para as questões processuais, importante o contributo de SALA DONADO, Cristina, *Proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política*

A opção por um critério objectivo como a idade, para a imputabilidade,²⁵⁶ ainda que associado a outros, não deixa de ter importante acolhimento nos ordenamentos jurídicos europeus²⁵⁷, pelo que Portugal não está, nesta matéria, isolado. Parece consensual o reconhecimento das virtualidades de se caminhar no sentido de encontrar soluções diferenciadas para as crianças (até aos dezoito anos), por um lado, e para os adultos, por outro, respeitando o facto de os primeiros não estarem ainda no mesmo “level on maturity” e

criminal, Tesis doctoral, Universitat Girona, Departament de Dret Públic, Octubre de 2002. Detalhadamente sobre o impacto da delinquência juvenil no país, MONTERO HERNANZ, Tomás, «La justicia juvenil en España en datos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8, 2012, pp. 537 a 558 e FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «Datos oficiales de la delincuencia juvenil: valorando el resultado del proceso de producción de datos de la Fiscalía de menores», *InDret - Revista para el análisis del derecho*, 2, 2013. Mas também FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, TARANCÓN GÓMEZ, Pilar, «Populismo punitivo y delincuencia juvenil: mito o realidad», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12, 2010.

²⁵⁶ CRUZ Y CRUZ, Elba, «La edad penal», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 77, 2002, pp. 457 e ss.

²⁵⁷ Ainda sobre estas experiências no direito comparado, vide PRUIN, Ineke, «The scope of juvenile justice systems in Europe», cit., pp. 1539 e ss., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Derecho penal juvenil europeo*, Madrid, Dykinson, 2005 e ESCOBAR VÉLEZ, Susana, «El derecho penal de menores en el contexto de la Unión Europea», *Libertas – Revista de la Fundación Internacional de ciências Penales*, n.º 1, 2013, pp. 155 e ss. Sobre o sistema português de justiça juvenil não deixou também, naturalmente, de produzir-se um relatório. Cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, DUARTE-FONSECA, António, in *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*, DÜNKEL, Frieder, GRZYWA, Joanna, HORSFIELD, Philip, PRUIN, Ineke (eds.), Vol. 2, 2nd revised edition, Forum Verlag Godesberg, 2011, pp. 1027 e ss.

“ability of discernment”²⁵⁸. Por isso, e na medida em que “research results confirm that discernment and reasoning powers develop gradually”, “criminal responsibility should not start until a juvenile is able to understand her or his wrongdoing”²⁵⁹. Não obstante, como vimos defendendo, “it is not possible to establish fixed age categories for the field of criminal responsibility”²⁶⁰ e o caminho a seguir deve passar, sobretudo, por “to refrain from punitiveness in juvenile justice and to preserve seeing juveniles as a special group, to accept that they make mistakes in the course of their ‘normal’ development.”²⁶¹

Apesar de o horizonte europeu ser, sem dúvida, aquele que mais nos influencia, entendemos que seria útil dizer ainda algo sobre a situação das crianças e jovens delinquentes no Brasil e nos Estados Unidos da América.²⁶²

²⁵⁸ PRUIN, Ineke, «The scope of juvenile justice systems in Europe», cit., p. 1570.

²⁵⁹ *IDEM, ibidem*, p. 1574.

²⁶⁰ *IDEM, ibidem*, p. 1575.

²⁶¹ *IDEM, ibidem*, p. 1577.

²⁶² Elegendo estes dois países, não descuramos os esforços feitos no sentido de afastar a justiça das crianças e jovens da dos adultos em outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente na América Latina. Veja-se, para o caso do Chile, CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, «La culpabilidad por el hecho del adolescente: Referencias y diferencias respecto del derecho penal de adultos», *Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil III*, 2012, pp. 9 a 32 e, sustentando a manutenção da idade da imputabilidade penal nos 18 anos, no Uruguai, TRAJTENBERG, Nicolás, «Algunas razones por las cuales disminuir la edad de responsabilidad penal adulta en Uruguay no parece la mejor solución», *Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil III*, 2012, pp. 163 a 188.

Olhando para as mais recentes movimentações da opinião pública brasileira, percebe-se o intuito de baixar a idade da imputabilidade penal naquele país. Apesar de tudo, no entanto, a imputabilidade penal, fixada por recurso ao critério objectivo da idade de dezoito anos, tem superado estas ameaças de abaixamento, alicerçadas sobretudo numa confusão entre inimputabilidade penal e impunidade.²⁶³ Na realidade, independentemente desta idade da imputabilidade penal, o ordenamento jurídico brasileiro comporta ainda, no Estatuto da Criança e do Adolescente, um sistema de responsabilidade penal juvenil a partir do qual podem ser desencadeadas medidas socioeducativas, a um tempo “retributivas” e pedagógicas, assumindo que “há a regra e há o ônus de sua violação”.²⁶⁴ O Estatuto da Criança e do Adolescente é um curioso diploma que agrega todo o direito de crianças e jovens, desde os aspectos civis (por exemplo, as questões de adopção), àqueles que se prendem com a protecção dos direitos da pessoa ou com a reacção à prática, por esta, de facto qualificado pela lei como crime. Deste Estatuto resulta uma divisão entre crianças e adolescentes que

²⁶³ Cfr. SARAIVA, João Batista Costa, *Adolescente em conflito com a lei. Da indiferença à protecção integral - uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*, 4.^a edição revista e actualizada, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, p. 94, RAMIDOFF, Mário Luiz, *Lições de direito da criança e do adolescente - ato infracional e medidas socioeducativas*, 3.^a edição revista e actualizada, Curitiba, Juruá Editora, 2011, pp. 191 e ss., e ROSA, Alexandre Morais da, LOPES, Ana Christina Brito, *Introdução crítica ao ato infracional. Princípios e garantias constitucionais*, 2.^a Edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2011, pp. 317 e ss.

²⁶⁴ SARAIVA, João Batista Costa, *Adolescente em conflito com a lei. Da indiferença à protecção integral - uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*, cit., p. 108.

obedece também ao estrito critério da idade: até aos doze anos incompletos, fala-se em criança, daí em diante e até aos dezoito, em adolescente. Para o que aqui nos ocupa, importa saber que às crianças são aplicadas apenas medidas de protecção e que as medidas socioeducativas estão, pois, reservadas aos adolescentes com “capacidade de cumprir-la(s)” (art. 112.º/1 do ECA).

As referidas medidas socioeducativas vão desde a simples admoestação ao internamento até três anos, cumpridos no máximo até aos vinte e um anos do delinquente, momento a partir do qual findam obrigatoriamente.²⁶⁵ Deste jeito, não parecem restar dúvidas da proximidade entre este regime e o nosso regime tutelar educativo, restando a evidência de que a “proposta” de tratar de modo diferente os delinquentes mais jovens e os delinquentes adultos não é privativa do sistema europeu, mas antes perpassa toda a lógica da justiça juvenil.

Finalmente, numa breve abordagem a alguns aspectos do sistema de justiça juvenil dos Estados Unidos da América, importa não deixar de atender ao facto de este país não se reger exactamente pelas mesmas regras daqueles que, até agora, analisámos. Em boa verdade, a grande diferença entre um e outros reside no facto de os EUA não terem ratificado a Convenção dos Direitos da Criança. O art. 37.º/a) da Convenção impediu esta ratificação ao prever expressamente a proibição de aplicação de pena de morte ou prisão perpétua a menores de dezoito anos. Ora, embora desde 2005 a pena de morte tenha sido

²⁶⁵ Pormenorizadamente sobre estas medidas, *IDEM, Compêndio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e ato infracional*, cit., pp. 133 e ss.

considerada inconstitucional para menores de dezoito anos anos²⁶⁶, e existam já alguns outros sinais de abrandamento repressivo da justiça de menores nos EUA, desde logo com a consideração, em alguns casos, da inaplicabilidade da própria prisão perpétua a delinquentes com menos de dezoito anos²⁶⁷, esta ainda é admitida em alguns Estados dos EUA, o que impede a ratificação do referido instrumento convencional.

Relativamente ao que aqui em particular nos ocupa, a própria organização plurilegislativa do país não permite falar numa única idade para a responsabilidade penal. Segundo a UNICEF, “in the US, the age of criminal responsibility is established by state law. Only 13 states have set minimum ages, which range from 6 to 12 years old. Most states rely on common law, which holds that from age 7 to age 14, children cannot be presumed to bear responsibility but can be held responsible”²⁶⁸, o que acaba por denunciar que, em geral, jovens com mais de catorze anos são tratados como adultos.²⁶⁹

²⁶⁶ Veja-se, a propósito, a decisão *Roper vs. Simmons*, disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/04pdf/03-633.pdf> e BARTOLLAS, Clemens, MILLER, Stuart J., *Juvenile Justice in America*, Sixth Edition, Prentice Hall, 2011, pp. 164 e 165.

²⁶⁷ Veja-se o caso *Graham vs. Florida*, disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-7412.pdf>

²⁶⁸ Cfr. <http://www.unicef.org/pon97/p56a.htm>

²⁶⁹ Sobre o complexo sistema de justiça juvenil nos EUA, *vide* BARTOLLAS, Clemens, MILLER, Stuart J., *Juvenile Justice in America*, cit. e ainda «The history of juvenile justice», in *Dialogue on Youth and Justice*, American Bar Association, Division for Public Education, pp. 4 e ss.

**i. UMA NOÇÃO DE MAIORIDADE PENAL UNITÁRIA – O
CONSENTIMENTO E A IMPUTABILIDADE**

Embora sensíveis a este argumento, de ver equiparada a capacidade para delinquir de modo penalmente relevante à capacidade para consentir em matéria penal²⁷⁰ e, por essa via, justificar penalmente a conduta de terceiros, a verdade é que nos parece que, em termos de coerência sistemática do direito (também penal) português, melhor andaria o legislador se, como acontece no consentimento, não se bastasse, para a imputabilidade, com um critério objectivo como a fixação de uma idade. E, por essa via, em bom rigor, abrisse a porta à justa possibilidade de aumento da idade, *in casu*, da imputabilidade penal.

Comecemos por esse aumento, não automático, mas sustentado pelas idiossincracias do caso concreto e do agente em análise, até aos dezoito anos. Não só equipararia a maioridade do direito penal àquela que desde há muito reconhecemos no âmbito do direito privado como, e este, parece-nos, é argumento de monta maior, se definiria a idade a partir da qual, definitivamente, o legislador se desonera de excepcionais cuidados para com a pessoa. É a partir dos dezoito anos que a protecção dos direitos das pessoas em perigo só se mantém se for essa a vontade destas, pois essa é a idade de fronteira entre o ser criança e o já não ser criança. Afinal, considera-se criança todo o ser humano com menos de dezoito anos. Foi a Organização Mundial das Nações Unidas que veio, em 1989, com a Convenção dos Direitos da

²⁷⁰ Para aprofundadas reflexões acerca do consentimento em direito penal, vide ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004 (reimpressão), *passim*.

Criança²⁷¹, afirmar “... considera(r)-se como criança todo o ser humano com menos de dezoito anos de idade...”. O diploma não deixou de salvaguardar, a seguir, é certo, “... a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”, o que, porém, não se verifica entre nós.

No nosso ordenamento jurídico são, então, menores de idade todas as crianças, todos aqueles que não tenham atingido a maioridade (art. 122.º do CC). A própria emancipação, não deixe de esclarecer-se, não afasta a menoridade, mas apenas a incapacidade para o exercício de direitos que é própria dos menores de idade (arts. 132.º e 133.º do CC). Vale isto por dizer que, juridicamente, será criança, em Portugal, todo o ser humano com menos de dezoito anos de idade, casado ou não. E ser criança há-de, na definição dos cuidados da lei, significar especiais atenções. Deste modo, o aumento da idade da imputabilidade penal seria, também por isso, mais um sinal significativo do respeito pela especificidade da faixa etária do sujeito para o qual o direito olha no caso.

Apesar de tudo, porém, e como deixámos já antever, não deixamos de aceitar que a idade da imputabilidade penal se mantenha, bastando, para que se assegure a justiça da “maioridade penal” que vimos sustentando, que a ela (à idade) passe a associar-se uma ideia de *(in)imputabilidade sob condição* obrigatoriamente avaliada nos seus pressupostos subjectivos. Só assim, entendemos nós, poderá cumprir-se aquela que é a justiça derivada do princípio da culpa, na medida em que, nas palavras que pedimos emprestadas a Figueiredo Dias, “o pior

²⁷¹ O diploma foi adoptado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificado por Portugal em 21 de Setembro de 1990.

serviço que poderá prestar-se ao princípio da culpa (...) é (...) o de (...) ofuscar a sua pureza, aplicando-o a situações em que uma tal culpa só duvidosamente se oferece à compreensão do juiz”²⁷². Ora, pese embora o radical acerto do que deixamos escrito, haverá ainda prejuízo de monta maior, na nossa opinião, quando, como acontece no caso destes menores, se verifica a impossibilidade daquela compreensão por não se ter ainda afinal alcançado o desenvolvimento das suas capacidades globais de compreender e querer o facto e conformar-se com o direito, o que permite afastar a inimputabilidade. Assim, enquanto não (re)acolhermos um critério complexo de aferição da imputabilidade, para o qual, mais que a idade do delincente, importe atender à (in)completude da sua maturidade para a prática do facto punível pelo direito penal, parece-nos, efectivamente, posto em causa o princípio da culpa.

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

²⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, cit., p. 197.

Não se optaria pela aplicação de uma medida de segurança, porquanto, no nosso entender, não estamos numa situação semelhante à do inimputável por anomalia psíquica. A falta de amadurecimento intelectual compromete a própria lógica interventiva do direito penal²⁷³ (requisito imprescindível para a aplicação de uma medida de segurança, ainda sanção no âmbito deste direito).²⁷⁴ Além disso, para nós, o que está em causa nesta *imputabilidade sob condição* não será uma questão de perigosidade, mas sim, ainda, uma questão de educação para o direito.

Estes “imputáveis” em abstracto, relativamente aos quais, no caso concreto, não se verifica a imputabilidade, aproximam-se, isso sim, dos menores que, praticando um facto qualificado pela lei como crime, são abrangidos pelo direito tutelar em detrimento do direito penal. Note-se que a pessoa inimputável, nestes termos, para um caso, poderia, ainda assim, ser imputável para outro. Ou seja, a condição a

²⁷³ Veja-se, embora especificamente pensada para a inimputabilidade por anomalia psíquica, uma reflexão segundo a qual (est)a inimputabilidade pode, no limite das coisas, conduzir a uma incapacidade para o próprio crime, uma cisão inultrapassável do agente com o direito penal. Cfr. ANTUNES, Maria João, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, cit., pp. 209 e ss.

²⁷⁴ Optamos, conscientemente, por não “meter foice em seara alheia” e questionar a pertinência da inclusão, no seio do direito penal, dos inimputáveis por anomalia psíquica. Antes, olhando ao que é o objecto do nosso trabalho, preferimos dizer que o que tem vindo a distanciar a inimputabilidade por anomalia psíquica da inimputabilidade em razão da idade se mantém com a nossa proposta, pois os “nossos novos inimputáveis” em razão da idade o são ainda, e exclusivamente, pela identificação inultrapassável com os pressupostos da inimputabilidade absoluta até aos dezasseis anos.

que se submeteria a imputabilidade seria escrutinada caso a caso, não significando que o seu cumprimento numa situação se comunicasse às situações futuras, nem que este concreto tipo de inimputabilidade se confundisse com a inimputabilidade absoluta (até aos dezasseis anos).

Quer-se com isto dizer que o sistema jurídico português passaria a reconhecer dois tipos de inimputabilidade em razão da idade: uma inimputabilidade absoluta que atingiria todos os menores de dezasseis anos e uma outra, a *(in)imputabilidade sob condição*, para todos aqueles que tivessem idade superior a dezasseis anos.

Dentro desta última, distinguiríamos ainda as situações em que a avaliação do requisito subjectivo seria obrigatória (entre os dezasseis e os dezoito anos) daquela em que essa avaliação só ocorreria a requerimento do MP, do próprio jovem e officiosamente pelo juiz, à semelhança do regime que já actualmente se verifica para a inimputabilidade por anomalia psíquica, previsto no art. 351.º do CPP.

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

Questão diversa, mas de interesse no campo processual, seria a de admitir que o ofendido/assistente pudesse, ele mesmo, requerer tal avaliação ou, pelo menos, que tivesse de dar, para esta, a sua concordância. Optamos por considerar que nenhuma destas exigências deve ser feita, pois, para nós, raramente, senão mesmo nunca, tal sucederia, uma vez que a queixa do assistente e/ou a participação do ofendido sempre são, na sua tradução processual, os expressos pedidos de intervenção do direito de *ultima ratio*. E não se confunde esta situação, portanto, nem com a suspensão provisória do processo (em que, ainda no âmbito do direito penal, o agente tem que cumprir as injunções propostas pelo MP, aceites pelo assistente e homologadas pelo Juiz de Instrução), nem com a mediação penal²⁷⁵ (em cujo escopo

²⁷⁵ Sobre os avanços da mediação nesta matéria, bem como sobre as suas vantagens, veja-se o contributo de DOAK, Jonathan e O'MAHONY, David, «Developing mediation and restorative justice for young offenders across Europe», na obra essencial *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments*, DÜNKEL, Frieder, GRZYWA, Joanna, HORSFIELD, Philip, PRUIN, Ineke (eds.), Vol. 4, cit., pp. 1717 e ss. e CÁMARA ARROYO, Sergio, «Justicia juvenil restaurativa», *La Ley Penal*, n.º 85, 2011. Para o caso espanhol, OCÁRIZ PASSEVANT, Estefanía, «Evaluación de la mediación penal en justicia juvenil e impacto en la reincidencia», *International E-Journal of Criminal Sciences*, 7, 2013, PORTAL MANRUBIA, José, «Aspectos materiales y procesales de la mediación en la jurisdicción de menores», *Anuario de Justicia de Menores*, n.º X, 2010, pp. 192 e ss. e CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, «La mediación en la Ley orgánica 5/2000, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 2005. Oferecendo-nos ainda uma perspectiva dos avanços, nesta matéria, no Oriente, SHEN, A., ANTONOPOULOS, G. A., «Restorative justice or what?: Restorative Justice in the Chinese Youth Justice System», *European Journal of Crime, criminal Law and Criminal Justice*, 21, 2013, pp. 291 a 315. Para um estudo mais aprofundado da

justiça restaurativa, *A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português*, Colóquio 29 de Junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, Almedina, 2005, *Handbook on restorative justice programmes*, Criminal justice handbook séries, United Nations Office on Drugs and Crime, 2006 e incontornável o estudo de SANTOS, Cláudia Cruz, *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça pena. Porquê, para quê e como?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014. Na realidade, António Duarte-Fonseca, em 2005, afirmava que “O internamento, ainda que em regime fechado, em instituição educativa foi, até à actualidade, a única forma encontrada de contornar os inconvenientes da solução prisional, sem prescindir da contenção pela privação de liberdade de certos menores em conflito com a sociedade” (Cfr. DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes - A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*, cit., p. 54), mas temos assistido, depois disso, a uma atenção crescentemente voltada para outras alternativas. Nesse sentido, vejam-se, na doutrina, os contributos de CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, *La medida de internamento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*, Dykinson, 2007 e MORA SÁNCHEZ, Ana María, *La medida de internamento en régimen cerrado: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2012, pp. 357 e ss. No mesmo sentido, nas Directrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, de 17 de Novembro de 2010, pode, por exemplo, no ponto 24 do *item* “A justiça adaptada às crianças antes, durante e depois do processo judicial” ler-se que “as alternativas ao processo judicial, tais como a mediação, a desjudicialização e a resolução alternativa de litígios, devem ser incentivadas sempre que possam servir melhor o interesse superior da criança.” Entre nós, olhando especificamente para a LTE, ambos in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós- Graduação “Protecção de Menores” – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, QUINTANILHA, Anabela, «Um olhar sobre a mediação com menores na lei tutelar educativa» (pp. 165 a 183) e GERSÃO, Eliana,

está, naturalmente, presente uma forma diferente de fazer justiça, também para o ofendido), sendo que em ambas se satisfaz o interesse do queixoso/assistente através da “punição” do agente. Ora, não é disto que se trata no âmbito da lei tutelar aqui aplicada, ou seja, sempre que a condição de imputabilidade, que conduza à verificação do elemento subjectivo que é aquele amadurecimento, falha.

A finalidade do direito tutelar não é tanto punir o agente (embora, secundariamente, possamos, como já vimos, associar-lhe essa ideia), mas sim ajudá-lo a orientar a sua conduta pelo socialmente exigível, passando este a não revelar, daí em diante, na condução da sua vida, qualidades desvaliosas vertidas em tipos de ilícito.

A partir dos dezoito anos, barreira natural a partir da qual também nós reconhecemos que a capacidade para delinquir poderá, em tese, presumir-se, deixaria de ser obrigatória a avaliação do requisito subjectivo, passando a ser apenas possível. Neste caso, o que nos pareceria adequado seria a consideração da imputabilidade, podendo, facultativamente, o problema da completa maturação para o crime justificar que se suscitasse a avaliação desta em determinado caso, já não obrigatoriamente, mas antes a requerimento do MP ou do jovem, bem como ainda oficiosamente pelo Juiz.

CAMPOS, Maria Cecília Monteiro de, «A justiça reparadora e a lei tutelar educativa – princípios e práticas» (sobretudo pp. 253 e ss.), mas também FARINHA, António, «A mediação no processo tutelar educativo», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 147 a 157 e, mais recentemente, FIALHO, António José, «Da abordagem jurídica da mediação à expectativa», cit., pp. 51 a 63.

Teríamos, pois, sempre um critério adicional à verificação objectiva e literal de uma determinada idade²⁷⁶, como que em analogia *a contrario* do que resulta do art. do consentimento. Todavia, repetimos, entre os dezasseis e os dezoito anos, a verificação deste requisito subjetivo seria sempre oficiosamente suscitada, de forma obrigatória, enquanto que a partir dos dezoito a mesma seria facultativa e teria de ser requerida.

E até que idade terá sentido suscitar esta questão? Não nos parece que pudesse ser em qualquer uma. A questão do desenvolvimento de uma certa capacidade de discernir vem associada ao desenvolvimento da capacidade cognitiva do sujeito que, salvo situações já acauteladas no âmbito do art. 20.º do CP, devem presumir-se. Assim sendo, parece ser de considerar que este critério, que se nos oferece com valia indesmentível, deve relevar até aos vinte e um anos, o que iria, aliás, no sentido das Recomendações do Conselho da Europa que, já em 2003, assegurava as vantagens de se estender, atentas as características da pessoa em causa, um regime próximo do previsto para os menores de idade, pelo menos até aos vinte e um anos, aceitando assim a possibilidade de se estar perante delinquentes que, muito embora maior, “are not as mature and responsible for their actions as full adults”²⁷⁷. Além disso, foi essa a idade a que, no ponto

²⁷⁶ Avançando já a importância deste “discernimento”, embora não esclarecendo em que medida poderia ele influenciar a definição da maioridade penal, *Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório Final*, cit., p. 30.

²⁷⁷ Recommendation Rec(2003)20 of the Committee of Ministers to member states concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice, ponto 11.

precedente, acabámos por chegar quando analisávamos a completude da formação das estruturas essenciais do cérebro.

Embora hoje se verifique já, em alguns domínios, uma ousadia maior e se pugne pelo alavancar desta idade até aos vinte e cinco anos²⁷⁸, somos da opinião que, nesse caso, por todas as razões já expostas, mas até por questões de harmonia com aquele que é o nosso sistema actual de promoção e protecção, a resposta deverá ser outra, nomeadamente recorrendo-se a uma mera atenuação da pena. E com isto, note-se, não bule que depois dos vinte e um anos se cumpra ainda uma medida de responsabilização educativa, conquanto seja praticado o facto e avaliada a necessidade de educação para o direito em momento anterior àquele em que o agente perfaz esta idade.

Urge assim, em face desta nova proposta, esclarecer que se pretende obviar à mobilização de um regime penal que, na sua essência, não se adequa ao menor *(in)imputável sob condição*. Contudo, com tal não aplicação não se visa a criação de um vazio legal ou de um regime de favor para os menores,²⁷⁹ mas tão somente a adequação da realização da justiça às qualidades próprias do “agente”²⁸⁰ do facto

²⁷⁸ Por todos, a referência de LARIZZA, Sílvia, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, cit., p. 513.

²⁷⁹ Tanto mais que é para nós muito clara, conforme afirma HASSEMER, Winfried, «Neurociencias y culpabilidad en derecho penal», *InDret - Revista para el análisis del derecho*, 2, 2011, p. 9, a possibilidade de o ser humano (e portanto, acrescentamos nós, também o delincente jovem) ser responsável e, por aí, responsabilizado.

²⁸⁰ No sentido, aliás, ainda, do que defendem Figueiredo Dias e Costa Andrade, no seu *Criminologia. O homem delincente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011 (3.^a reimpressão), p. 431, donde resulta,

qualificado pela lei como crime e que, como demonstrado, é, nestas situações, ainda um “agente” insusceptível de culpa e, por isso, de aplicação do direito penal.

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

Se olharmos para as noções de maioridade progressiva ou antecipada, verificamos que é hoje mais feliz a solução segundo a qual o direito acompanha, gradualmente, o desenvolvimento, o amadurecimento do sujeito, do que uma outra donde resulte uma protecção absoluta durante a menoridade e um alheamento protectivo daí em diante. Ao prevermos, em vez disso, uma moldura, uma idade mínima e uma idade máxima para lançar mão da ideia de inimputabilidade em razão da idade, estamos, pois, a acumular as vantagens da aceitação de uma maturação progressiva da pessoa²⁸¹,

expressamente, o repúdio da aplicação, na medida do justo possível, da reacção criminal ao delinquente juvenil.

²⁸¹ Desenvolvidamente sobre este aspecto, embora centrando a análise no pensamento civilista e, por isso, reportando-se sempre a um momento anterior ao da maioridade, o já citado contributo de MARTINS, Rosa, *Menoridade. (In)capacidade e Cuidado parental*, cit., pp. 117 e ss. e também QUEIRÓS, Raimundo, *A responsabilidade civil dos menores, dos pais e das escolas*, cit., pp. 21 e ss.

também (porque não?) para o crime, e ainda da protecção possível até uma fase mais tardia do desenvolvimento do delinquente.

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

b. CONCEITO DE *INTELLECTUS CRIMINALIS* – A PROPOSTA DE UM CRITÉRIO ALTERNATIVO

Embora seja impossível deixar de assumir que os estudos das neurociências têm direccionado a sua atenção mais para a questão da

inimputabilidade por anomalia psíquica²⁸², a verdade é que nos parece que não será despendendo o contributo desta ciência auxiliar no sentido da recompreensão do que é hoje a inimputabilidade. Por isso, como vimos, a proposta do nosso trabalho vai no sentido de se associar à verificação formalista do critério da idade, a necessidade de avaliar a capacidade do agente para, independentemente da sua “cronologia”, compreender, querer e conformar-se socialmente no cumprimento do dever-ser jurídico-penal.²⁸³ Ou seja, independentemente da idade, a imputabilidade não poderia estar desamparada na determinação do *intellectus criminalis*, composto por uma dimensão de conhecimento, outra de vontade e ainda uma de adequada modelação social do agente.²⁸⁴

²⁸² Sobre isso, muito detidamente, para aprofundamento de um tema que deliberadamente escolhemos não incluir no nosso estudo, URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, cit., pp. 193 e ss. e, ainda mais especificamente, IDEM, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Granada, Editorial Comares, 2009, pp. 113 e ss.

²⁸³ Embora, por outras palavras, e referindo-se ao direito penal de menores espanhol, “un Derecho... de menores abocado a la reeducación y la reinserción social sólo puede conformarse a través de la conjunción del critério biológico y del discernimiento...”. Cfr. PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico – penal de los menores infractores – LO 8/2006 (Aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, cit., p. 55.

²⁸⁴ Especificamente sobre este aspecto, da modelação social do agente, ligada muito embora à ideia de um respaldo ético da conduta punida, prévio à censura legal, NEVES, A. Castanheira, *O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, cit., pp. 73 e ss.

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

O direito tutelar visa fomentar o crescimento destes três elementos *supra* mencionados, ao passo que o direito penal visa circunscrever e redefinir os limites destes três elementos. Se, até aos dezoitos anos, o agente ainda está “em crescimento”, deve sim ter fomento nesse crescimento e não a tal circunscrição, sob pena de o crescimento do agente ser desorientado até ao limite do que o direito penal pretende impor. A delimitação de que aqui falamos é, no fundo, a recriação, no agente, dos limites confinantes da sua *actio*, ou seja, é a demarcação dos limites sociais para *tutela dos bens jurídico-penais* (de um modo mais amplo que aquele que resulta de uma finalidade de prevenção geral positiva²⁸⁵, antes reconduzido a uma ideia de

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

²⁸⁵ No entendimento de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., pp. 79 e ss.

construção do próprio direito penal). No caso do direito tutelar, a finalidade da intervenção não é já tanto voltada para aquela protecção, ou para a afirmação do valor da norma²⁸⁶, mas para o impulso do desenvolvimento do agente no sentido da formação dos elementos integradores do *intellectus criminalis* (educação para o direito). O direito penal visa moldar o *intellectus criminalis* já pleno, o direito tutelar fomenta a sua formação.

Mais, esta parece-nos a única solução compatível com o que verdadeiramente preside à previsão da inimputabilidade. Dizer que a inimputabilidade penal carece de ser repensada e reduzir a discussão à alteração da idade a partir da qual deixa de poder falar-se em inimputabilidade penal não honra a figura dogmática que está a repensar-se.

A inimputabilidade, enquanto figura do direito penal, não pode estar dependente de qualquer outro critério senão o da sua razão de se ser, de permanecer na construção de todo o facto punível, no caminho que se percorre até chegar ao crime. Por isso, não é nunca suficiente, em nosso entender, manter o critério estanque da idade, ainda que justificada a sua oscilação de acordo com o argumento da harmonia sistemática, donde, no caso português, ressalta a idade da maioridade civil e, no plano internacional, podem encontrar-se inúmeros contributos.²⁸⁷ O que importa deixar claro é que o problema não se

²⁸⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, *Sobre la teoría de la pena*, (trad. de Manuel Cancio Meliá), Cuadernos de Conferências y Artículos, N.º 16, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 15 e ss.

²⁸⁷ Desde as já referidas Regras de Beijing (Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores) (1985) e Convenção dos Direitos da Criança (1989), aos Princípios Orientadores de Riade (Princípios Orientadores

situa no plano dos nomes a dar às coisas. Parece-nos antes que nada obsta a que se fale até em direito penal de menores, desde que com regras distintas das do direito penal dos adultos. O que não pode é aceitar-se que, mercê da baliza estabelecida pela inimputabilidade definida no CP português, se viole um dos princípios fundantes do direito penal – é dizer, o princípio da culpa.

Independentemente da posição adoptada relativamente a este princípio e da definição de culpa que se acolha, parece unânime que não se aceita no direito penal actual a aplicação de uma pena sem que haja culpa²⁸⁸. Ora, a aferição da culpa não se dá por recurso a critérios formalistas, mas de acordo com aquele que é o modo de ser do delinquente para com o direito. E isto, independentemente de qualquer idade ou orientação legal. Ao falarmos na culpa como pressuposto da pena, deixamos de admitir que esta seja aplicada a quem não tem culpa²⁸⁹.

das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil) (1990) ou às Regras de Tóquio (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Protecção dos Menores Privados de Liberdade) (1990).

²⁸⁸ “Desde que a culpa mostra o facto penal como expressão de uma personalidade imputável constitui a base legítima da pena”, nas palavras de MEZGER, Edmund, «A culpa no moderno direito penal», Separata do *BFDUC*, Vol. XXXII, 1957, p. 23.

²⁸⁹ No mesmo sentido, STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Publicaciones del Instituto de Criminologia de la Universidad Complutense de Madrid, LXXX, Madrid, 1980, p. 124.

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

Destarte, vistas assim as coisas, parece claro o contributo inestimável que as neurociências poderão dar ao nosso trabalho. É, aliás, com base nos conhecimentos alcançados relativamente ao desenvolvimento do cérebro humano na fase da vida a que vimos associando a passagem da inimputabilidade para a imputabilidade penal que propomos este novo critério. Ele é, por sobre tudo, o que, no que à inimputabilidade em razão da idade diz respeito, permitirá alcançar o “más perfecto enjuiciamiento de la culpabilidad humana, así como (...) adaptar la respuesta del sistema (...) a la situación personal real del sujeto”.²⁹⁰

A noção de *intellectus criminalis* que trazemos a público é, como vimos, enformada por três dimensões: de conhecimento (1), de vontade (2) e de adequada modelação social (3). Poderíamos ter recuperado as ideias de inteligência e liberdade dos códigos anteriores, ou aceitado o contributo do direito italiano, na sua formulação de “capacità di intendere e di volere”, mas pareceu-nos que faltava aí o eco axiologicamente comprometido com o direito penal, que se espera do imputável. Na realidade, mais que uma incompletude dolosa para o crime, reconduzida aos elementos intelectual e volitivo do dolo²⁹¹, defendemos que falta ao delinquente reunir a necessária

²⁹⁰ URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, cit., pp. 398 e 399.

²⁹¹ Em RODRIGUES, Anabela Miranda, «Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?», cit., p. 373, a autora afirma claramente que “Tradicionalmente, a inimputabilidade toma em consideração só aspectos cognitivos e volitivos, fazendo-a consistir na capacidade do sujeito de conhecer a ilicitude da sua actuação e de se poder determinar de acordo com ela. Deixaram-se

capacidade, daí derivada, para a apreensão da sua relação com o direito. Do facto praticado não resulta ainda uma atitude interior de contrariedade ou indiferença para com o dever-ser jurídico-penal²⁹², na estrita medida em que não há ainda uma completa formação da compreensão e da vontade que poderiam ser substrato desta contrariedade.²⁹³ Por isso é que, mais que uma incapacidade para o dolo, o delinquente revela uma imaturidade precedente, pela formação ainda incompleta das suas competências cerebrais. A compreensão e a volição destes delinquentes não está ainda no patamar essencial de compreensão e volição jurídico-penalmente relevantes e que permitem desencadear o juízo de censura que vem a clarear-se pela culpa.²⁹⁴ Nas palavras de Marty Beyer, “responsabilizar os jovens por aqueles seus actos que prejudicaram outras pessoas deve ser abordado num contexto desenvolvimental, porque os jovens pensam

de lado os aspectos atinentes ao lado pessoal, extraordinariamente importantes no indivíduo adulto e no processo de desenvolvimento e maturação do menor...”.

²⁹² Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., p. 278.

²⁹³ No mesmo sentido, RODRIGUES, Anabela Miranda, «Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?», cit., p. 374.

²⁹⁴ Escusando-nos propositadamente à problematização do tema, refira-se apenas, em duas linhas, que a incompletude de *intellectus criminalis*, naturalmente, afastará também a possibilidade de invocar o direito penal segundo os pressupostos da negligência, na medida em que a própria violação do dever objectivo de cuidado e a atitude de leviandade exigem uma compreensão, volição e modelação sociais e do plano do dever ser que não se encontram ainda nestes delinquentes. Ou, de modo muito mais simples, a insusceptibilidade do juízo de culpa é global, referindo-se quer à culpa dolosa, quer à culpa negligente.

de um modo diferente dos adultos, são emocionalmente imaturos e não têm ainda valores morais completamente formados”.²⁹⁵

Cabem algumas outras palavras de justificação do conceito encontrado. Burilado ao longo dos últimos tempos, o conceito pretende também dizer mais do que aquilo que se retirava do “velho” discernimento nesta matéria. Não porque pretendamos sucumbir à crítica segundo a qual o verdadeiro sentido do discernimento era dificilmente explicável e, pior do que isso, comprovável. Na realidade, não ignoramos que ao direito possa parecer ainda mais difícil a comprovação de um critério novo, que se introduz sem rede. Nem, por outro lado, afastamos o conceito por considerarmos que não será de grande préstimo em matéria de direito de crianças e jovens. Independentemente de, no quadro de intervenção tutelar, o discernimento não nos parecer, de facto, tão relevante, a verdade é que o critério que avançamos não pretende também aplicar-se nesse domínio. É para a definição do patamar da imputabilidade que nos parece importante o recurso ao critério do *intellectus criminalis*, para a delimitação justa da intervenção do direito penal, em esforçada tentativa, como anunciámos desde cedo, de garantir que a pena é, efectivamente, aplicada apenas a quem é susceptível de um juízo de culpa.

Para Carrara, Rossi, Ortolan e Silvela²⁹⁶, o discernimento manifestava-se num plano eminentemente intelectual, donde resultava que o que importava averiguar era a capacidade do sujeito de distinguir o bem do mal e de agir de acordo com essa compreensão no

²⁹⁵ BEYER, Marty, «As melhores práticas na responsabilização dos jovens: perspectiva geral», *Infância e Juventude*, 05.1, 2005, p. 110.

²⁹⁶ Todos *apud* PÉREZ VITORIA, Octavio, *La minoría penal*, cit., p. 65.

momento da prática do facto. Acabou, apesar de tudo, por vir a somar-se-lhe uma ideia de vontade que perpassasse não só o facto em si, mas ainda o seu alcance, as suas consequências, o seu resultado.²⁹⁷ Se olharmos a norma do art. 38.º/3 do nosso CP, retiramos dela, efectivamente, também esta preocupação com a representação, na esfera da vontade do delinquente, das possíveis implicações da sua acção. Diz-nos o artigo, embora pensado para matéria distinta, que o discernimento se liga à compreensão do sentido e do alcance da declaração de vontade do sujeito.

O conceito passa depois por adaptações interpretativas²⁹⁸, mas a verdade é que, como vimos, o Código Penal italiano acaba por cristalizá-lo, ao defini-lo como pressuposto de imputabilidade e ao traduzi-lo numa “capacità di intendere e di volere”. Sucede que, no caso que nos ocupa, o dos delinquentes jovens, ainda que se diga que o olhar perante aqueles dois polos do discernimento deve ser filtrado pela avaliação de um amadurecimento intelectual, falta, em nosso entender, apurar, autonomamente, da conformação perante o dever-ser jurídico, da modelação da personalidade da pessoa aos valores eticamente relevantes na sociedade em que se integra. Essa, parece-nos, é a vantagem que deriva do nosso *intellectus criminalis*.

Saber como se chega à descoberta do *intellectus criminalis* não é tarefa matemática e de certezas absolutas. Só o precioso auxílio das ciências médicas e sociais pode fornecer ao jurista as pistas da existência ou inexistência de uma completude do amadurecimento que se espera das três vertentes do *intellectus criminalis*. Mas a dificuldade

²⁹⁷ *IDEM, ibidem.*

²⁹⁸ Sobre este processo, *IDEM, ibidem*, pp. 64 e ss.

que daí advenha não pode ser eco de qualquer juízo de inutilidade do critério. Tal como não o é a dificuldade de apuramento do discernimento do nosso art. 38.º do CP ou da “capacità di intendere e di volere” do CP italiano.

Os argumentos mobilizados são ainda preciosos, no nosso entendimento, para afastar qualquer confusão com a figura da imputabilidade diminuída. Na realidade, a incompletude de amadurecimento para o crime que dá lugar à impossibilidade de encontrar, em determinado agente, o *intellectus criminalis* que afasta a inimputabilidade em razão da idade está muito aquém do que subjaz à imputabilidade diminuída. Embora, em termos práticos, a nossa (in)imputabilidade sob condição pareça acatar uma lógica de “escolha-apuramento” que também reconhecemos na imputabilidade diminuída, sempre que falte o *intellectus criminalis* ao agente este será inimputável ainda por causa e em razão das especificidades decorrentes da sua idade e não por qualquer anomalia psíquica. No nosso caso, nunca a dúvida, olhando agora para a consequência jurídica, incidirá na pena ou na medida de segurança, mas na medida tutelar ou numa sanção do direito penal. Substrato da imputabilidade diminuída é a verificação já do *intellectus criminalis* (completo, amadurecido, formado) que pode, contudo, padecer de uma deformação que impeça (já não por incompletude, mas por completude “anómala”) a “compreensibilidade das conexões objectivas de sentido que ligam o facto à pessoa do agente” e, por isso, a aplicação de uma pena.²⁹⁹

²⁹⁹ Em geral, sobre a imputabilidade diminuída, vide DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., pp. 584 e ss.

**i. INIMPUTABILIDADE ABSOLUTA E INIMPUTABILIDADE
RELATIVA**

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

Artigo 19.º

Inimputabilidade em razão da idade

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

Neste seguimento, cabem ainda, todavia, algumas notas explicativas. A primeira, no sentido de esclarecer que os adjectivos “absoluta” e “relativa” não se destinam a graduar tipos diferentes de imputabilidade. O que está aqui em causa é, isso sim, a delimitação da idade abaixo da qual a verificação da inimputabilidade é indiscutível, funcionando aquela idade como critério imperativo abaixo do qual a pessoa é sempre inimputável. O que se distingue daí em diante, e que obriga a uma qualificação diversa, não é a inimputabilidade em si, pois, uma vez verificada a incompletude do *intellectus criminalis*, o delinquente é considerado inimputável nos exactos mesmos termos em que são considerados inimputáveis os menores de dezasseis (ou dezoito) anos. O que se altera é o *modus operandi* de apuramento da imputabilidade: liminarmente excluída nuns casos e apenas passível de exclusão nos outros.

Por outro lado, há que deixar ainda expressa nota de que, naturalmente, a alteração legislativa proposta haverá de convocar, por questões de coerência sistemática, alterações no plano do direito processual penal, nomeadamente no que tange à legitimidade para desencadear o procedimento de averiguação do *intellectus criminalis*, mas também no do direito tutelar educativo (ou, como preferimos, de responsabilização educativa), na medida em que o regime passa a poder ser aplicado a delinquentes cujos factos são praticados quando têm já mais de dezasseis anos. Embora hoje essa aplicação esteja prevista no art. 5.º do RPEJ, considera-se, aí, uma aplicação subsidiária, que em nada bule com a imputabilidade ou inimputabilidade do delinquente. No regime que, ora, propomos, distintamente, não apelamos a qualquer aplicação subsidiária da LTE a imputáveis, mas sim, sempre, ao tratamento igual das situações semelhantes e, por isso,

à resolução dos casos concretos de inimputáveis por meio de recurso a uma resposta responsabilizadora que se furte à intervenção do direito penal.

PARTE III

A REACÇÃO RESPONSABILIZADORA

7. JUSTIFICAÇÃO E FINALIDADES DA REACÇÃO

Em resposta antecipada a uma crítica que precipitadamente se poderá fazer à parte que deixamos para trás nesta dissertação, convém enfatizar que o problema da diferenciação em matéria de responsabilidade não pode cingir-se à questão da consequência jurídica pelo facto cometido. A reflexão que vimos fazendo tem como intuito basilar tornar claro que o que aqui está em causa não é uma gradação de sanções, mas um imperativo de diferenciação material destas. Só assim se poderá continuar a afirmar, por um lado, que se trata de modo diferente o que é diferente e, por outro, que entre nós vigora um princípio da culpa de inquestionável acerto dogmático e ao qual se reconduz a afirmação de que não haverá nunca, em Portugal, uma pena sem culpa.³⁰⁰

Ou seja, a diferenciação material da reacção ao facto clarifica o princípio da culpa e oferece ao direito penal a garantia de operar com um princípio depurado na sua essência.

Deste modo, as situações de inimputabilidade absoluta e de (in)imputabilidade *sob condição* em que não se pôde atestar que à idade da pessoa correspondia o competente desenvolvimento do *intellectus criminalis* não poderão nunca ser bem tratadas em sede de consequências jurídicas, porquanto exigem uma bifurcação de tratamento *ab initio*, nos seus pressupostos e fundamentos, no âmago daquilo que é a natureza da intervenção de *ultima ratio*.

³⁰⁰ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., p. 47.

Significamos com o que vimos de dizer que o que propomos agora não pode confundir-se com a solução encontrada em Portugal pelo RPEJ e noutros ordenamentos jurídicos por outros diplomas de diferenciação de imputáveis, no momento da consequência jurídica do crime, em razão da idade³⁰¹. Mais, um direito penal especial para jovens adultos não deixa de ser mobilizável a partir do momento em que se acolha a nossa tese, porquanto os pressupostos da sua aplicação são distintos daqueles em que pretendemos fazer valer um resposta não penal. No caso do RPEJ e instrumentos análogos, estamos sempre a falar de imputáveis. No caso da falta de *intellectus criminalis*, temos, inexoravelmente, de resolver o problema, na nossa opinião, em sede de inimputabilidade (em razão, por causa das circunstâncias atinentes à pouca idade e, por aí, à incompletude do amadurecimento do sujeito).

Não obstante, a responsabilização que continuamos a afirmar no caso destes inimputáveis (com menos de dezasseis anos ou com mais, mas sem a completude do *intellectus criminalis* imprescindível à pena) surge também com uma finalidade, um propósito, a que não podemos deixar de atender detidamente. Não deixam, pois, no momento do trabalho em que nos encontramos, de revelar-se cada vez mais pertinentes algumas palavras sobre as finalidades da pena e, mais importante, da medida tutelar ou, como doravante preferimos chamar-lhe, da medida de responsabilização educativa.³⁰²

³⁰¹ A propósito dessa solução, no ordenamento jurídico alemão, por exemplo, veja-se ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., pp. 847 e ss.

³⁰² Aderindo à sugestão da *Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório Final*, cit..

Para Faria Costa, só a neo-retribuição de fundamentação onto-antropológica honra o sentido da pena criminal. Para o Autor, é a relação de cuidado-de-perigo que fundamenta o direito penal. É da relação do “eu” para com o “eu” e do “eu” para com o “outro” que resulta o direito penal, pelo que o crime mais não traduz que a violação desta relação, o momento em que esta se rompe. De matriz marcadamente filosófica, a posição de Faria Costa afirma que é a pena, como um bem e não como um mal³⁰³, a única solução de conserto da relação de cuidado-de-perigo quebrada. E assim, afasta-se o Autor da doutrina maioritária em matéria de finalidades da pena, abstraindo a sua razão de ser de qualquer fim de prevenção.³⁰⁴

Faria Costa não está, porém, isolado nesta visão das coisas. Também Lourenço Martins, de forma muito clara, elucida sobre a sua

³⁰³ Assim também para Castanheira Neves, ao afirmar que «“Sanção” é o termo que utilizamos num sentido amplo e decerto o mais correcto – além de ser o etimologicamente mais pertinente: *sancio*, de *sanciere*, implica consagrar, tornar *sanctum*, confirmar algo no seu valor autêntico – para exprimir a confirmação prática (efectiva) de uma intenção jurídico-normativa ou a conversão desse normativo nos efeitos que o tornam praticamente efectivo», o que, acrescentamos nós, vem dar conta de que a sanção e, por isso, a pena não tem de ser (e não é) um castigo. Vide NEVES, A. Castanheira, *Lições de introdução ao estudo do direito*, Nova versão, Polic., Coimbra, [s.d.], p. 18. Em sentido divergente, CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, cit., p. 334.

³⁰⁴ Pormenorizadamente, sobre o sentido da pena para o autor, COSTA, José de Faria, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena», in *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, cit. Com opinião distinta, referindo-se expressamente à pena como instrumento de prevenção geral e especial, mas não de justiça retributiva, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., p. 275.

posição acerca dos fins das penas ao escrever que “na culpabilidade, por difícil que seja conhecê-la, reside o *fundamento* e o *limite* do direito de punir do Estado” e que “a ideia de retribuição (... ou de “pena merecida”)..., no sentido de censura, de reprovabilidade, tem cabimento porque o sujeito podia ter-se guiado pelo direito e podendo fazê-lo não o fez.”³⁰⁵

Sousa e Brito, por seu turno, vem esclarecer, neste mesmo sentido, que “todo o direito penal não é mais do que um elaborado sistema de escolher a culpa que se pune e de medir a pena pela culpa. Ora, medir a pena pela culpa e determinar a medida da retribuição da culpa pela pena são duas expressões equivalentes para designar a mesma actividade finalística.”³⁰⁶

Muito embora reconheçamos, no plano da fundamentação do direito penal, virtualidades às posições expendidas,³⁰⁷ inclusivamente quando do art. 40.º do nosso CP não retiram, nem necessária nem

³⁰⁵ MARTINS, A. Lourenço, *Medida da pena. Finalidades. Escolha. Abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 134 e 135.

³⁰⁶ BRITO, José de Sousa e, «Os fins das penas no Código Penal», in *Problemas fundamentais de Direito Penal. Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2002, p. 164.

³⁰⁷ Considerando, tal como Figueiredo Dias, a pena com finalidades preventivas, entre outros, ROXIN, Claus, «Acerca da problemática do Direito Penal da Culpa», *cit.*, pp. 1 a 29, CARVALHO, Américo Taipa de, «Prevenção, culpa e pena – uma concepção preventivo-ética do Direito Penal», in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes (Orgs.), Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 317 a 329. Para um estudo mais aprofundado da pena, GUILLARME, Bertrand, *Penser la peine*, Questions d'éthique, Presses Universitaires de France, 2003.

desejavelmente, uma qualquer exclusiva finalidade preventiva da pena³⁰⁸, consideramos que estas não resolvem o problema da justificação da reacção responsabilizadora no caso específico da medida de responsabilização educativa. Seja porque o ponto de onde se parte é a relação de cuidado-de-perigo, seja porque “a retribuição aparece ligada ao sentimento de culpabilidade, ao agir deliberado contra o direito”³⁰⁹, não nos parece este o alicerce adequado ao juízo sobre o facto do delinquente inimputável por incompletude de *intellectus criminalis*.

A relação de cuidado-de-perigo pressupõe um plano de relações (do “eu” para com o “eu” e do “eu” para com o “outro”) que o Ser em devir que é este inimputável não logrou alcançar ainda. E, por outro lado, não resulta da sua acção qualquer deliberada violação do direito, pois não lhe é ainda possível apreender esse mesmo direito de forma suficiente.

Quando, ao referirmo-nos à densificação do conceito de *intellectus criminalis*, deixámos nota expressa de uma tríplice vertente, a opção resultou de uma reflexão aturada sobre a imprescindibilidade de cada uma das faces expostas. A modelação social conforme ao

³⁰⁸ MARTINS, A. Lourenço, *Medida da pena. Finalidades. Escolha. Abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência*, cit., p. 149 e BRITO, José de Sousa e, «Os fins das penas no Código Penal», cit., pp. 163 e ss. e ainda, de certo modo, *IDEM*, «A medida da pena no novo código penal», cit., pp. 580 e ss. Embora, mais uma vez, em sentido radicalmente diverso do que resulta da leitura de DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., pp. 78 e ss. ou de ANTUNES, Maria João, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, cit., p. 185.

³⁰⁹ Para A. Lourenço Martins, no seu *Medida da pena. Finalidades. Escolha. Abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência*, cit., p. 140.

direito, que o conceito também encerra, é pedra de toque da relação de cuidado-de-perigo. Ou, adiantando o que nos parece ser de concluir, o inimputável por incompletude de *intellectus criminalis* não reúne ainda as características essenciais para se constituir em parte activa da relação de cuidado-de-perigo. Por isso, e porque é desta mesma que arranca afinal Faria Costa para a finalidade neo-retributiva da sanção penal, não pode ser a neo-retribuição a finalidade da medida de responsabilização educativa.

Aqui chegados, poderíamos, sem esforço, optar por manter uma visão tradicional da medida em causa e dizer que a sua finalidade se resume à necessária educação da criança ou jovem para o direito. Não nos parece, contudo, que possa ainda ser essa a nossa resposta.

Com efeito, à finalidade essencial de educação do delinquente para o direito, parece-nos, há que assumir que crescem, cada vez mais, finalidades de prevenção.³¹⁰ Muito embora divorciada da pena, a medida de responsabilização educativa apresenta, na nossa opinião, uma finalidade secundária de prevenção geral positiva.

Partindo-se do facto de hoje, procura-se, enfim, afastar o quadro de delinquência possível do futuro, parecendo acertado considerar que é pela educação para o direito que se assume o olhar voltado para o delinquente. Como se a atenção a conceder a quem comete o facto qualificado pela lei como crime seja derivação, mais do que uma resposta de prevenção especial, de responsabilização e educação. Ou, por outras palavras, mais fáceis, porventura, a educação para o direito toma, no caso do delinquente jovem, o lugar da prevenção especial

³¹⁰ SLOBOGIN, Christopher, FONDACARO, Mark R., «Juvenile justice: the fourth option», *Iowa Law Review*, Vol. 95, n.º 1, 2009, pp. 1 a 62.

positiva, na medida em que há ainda uma lógica funcional associada à medida de responsabilização, só que não de (re)socialização, mas antes de educação para a socialização jurídico-penalmente orientada.³¹¹

Ocorre, porém, que a medida de responsabilização educativa não se fina por aí nos seus propósitos. E há que associar-lhe, estamos certos, também uma finalidade de prevenção geral positiva. Não deixa de resultar clara da sua aplicação a recuperação da limpidez da norma que o delinquente pôs em crise. O direito, enquanto ciência espaciotemporalmente situada, alcança a sua mais derradeira legitimidade no reconhecimento do seu mérito por parte de todos aqueles a quem se dirige. Ainda que, por razões óbvias, soçobre a identificação geral com o facto do inimputável por incompletude do *intellectus criminalis*, não parece redutor o papel da reacção ao facto no proposto caminho da dignificação do dever-ser jurídico-penal.³¹² E isto, por sobre tudo, quando, superada a crise em torno da barreira das idades, se assuma que à maioridade não corresponderá sempre, nem necessariamente, a completa formação dos requisitos para que ao delinquente se dirija um verdadeiro júízo de culpa penal.

³¹¹ Com uma opinião não muito diferente, HERRERA PASTOR, David, «La función social del sistema de justicia juvenil», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 11, 2011, pp. 18 e ss.

³¹² Por todos, sobre as finalidades preventivas associadas à reacção ao facto praticado por inimputável em razão da idade, mas, ainda assim, responsável, veja-se CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, cit., pp. 142 e ss., para quem “admitir el fundamento preventivo-general del sistema penal juvenil no obloga a sumir los parámetros vigentes en el derecho penal de adultos para determinar la sanción a imponer” (a p. 142).

A diferenciação material das reacções, por que, desde o início, pugnamos, contende, na nossa opinião, com tudo o que sejam soluções diversas desta que, ora, expusemos. Mais, esta parece-nos, enfim, a única via possível de conciliação entre a protecção do bem jurídico e a da dignidade da pessoa que, pela sua conduta, o pôs em causa. Ou, em franca ousadia, ao direito de responsabilização educativa não deixará de interessar também a protecção daqueles que são os “interesse(s), da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou na integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante(s) e por isso juridicamente reconhecido(s) como valioso(s)”³¹³, porquanto está vedada ao Estado a intervenção junto do jovem enquanto da sua conduta não resulte “clara a ruptura com o núcleo de valores essenciais da comunidade representado pelas normas penais”³¹⁴.

Somos, por certo, sensíveis aos argumentos que, veiculados amiúde contra as teorias relativas, poderão identificar aqui uma qualquer instrumentalização do sujeito, mas essa, parece-nos, é crítica a que só cederá aquele que, ao reflectir sobre a prevenção geral positiva, não encontre afinal o âmago da finalidade em causa. Como nota Figueiredo Dias, “a questão da preservação da dignidade da pessoa é (...), em definitivo, estranha à questão das finalidades (...) e deve ser resolvida independentemente dela”.³¹⁵ É a própria dignidade da pessoa que reclama a constrição dos seus direitos, liberdades e

³¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., p. 114.

³¹⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 56.

³¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., p. 50.

garantias em casos contados. Desta decorre o espaço ideal de realização legítima daquela.

**8. INSTRUMENTOS LEGAIS DE REACÇÃO AO FACTO DO INIMPUTÁVEL
POR INCOMPLETUDE DO *INTELLECTUS CRIMINALIS***

1. A LEI TUTELAR EDUCATIVA³¹⁶

Com a LTE assumiu-se, em Portugal, um meio caminho entre o já ultrapassado modelo de protecção, onde, ao fim e ao cabo, se via o menor como um destinatário da arbitrariedade bem intencionada da protecção do Estado e não como um verdadeiro sujeito de direitos, e o modelo de justiça, em que é o facto o centro da intervenção e não se confunde a criança ou jovem em risco e o delinquente, oferecendo-se a este último um modelo assente em princípios processuais semelhantes aos que conhecemos do direito penal dos adultos, nomeadamente em termos de defesa.

Se, como *supra* adiantámos, ao modelo de protecção da OTM podiam ser dirigidas inúmeras críticas, um modelo de justiça não seria ainda, aos olhos do legislador de 1999, solução compatível com as

³¹⁶ Para a compreensão das especificidades de cada um dos artigos desta lei, por todos, RODRIGUES, Anabela Miranda, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, cit. Especificamente sobre os aspectos processuais, BOLIEIRO, Helena, GUERRA, Paulo, *A criança e a família- uma questão de direito(s). Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*, cit., pp. 110 e ss. e FERNANDO, Rui do Carmo, «Lei tutelar educativa – traços essenciais, na perspectiva da intervenção do Ministério Público», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 121 a 145 e , genericamente, quanto à sua razão de ser, na mesma colectânea, MOURA, José Adriano Souto de, «A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos» (pp. 91 a 119).

especificidades da pessoa a quem a nova LTE pretendia dirigir-se. Na medida em que se assumia com um carácter marcadamente dominado pela lógica interventiva do direito penal, dificilmente se poderia dissociar dele um “carácter marcadamente punitivo”³¹⁷ a que se procurava também obviar.

Recolhendo contributos de ambos os modelos, o legislador preferiu, deste modo, construir um diploma legal assumidamente voltado para uma função de educação para o direito donde resultasse a responsabilização da criança ou jovem que houvesse praticado um facto qualificado pela lei como crime, sem, porém, pretender com isso criar um modelo adaptado de direito penal. É, pois, neste enfiamento que surge a “Terceira via” ainda hoje válida em Portugal e que permite, aos olhos de Anabela Miranda Rodrigues, “harmoniza(r) em si a salvaguarda dos direitos dos menores... e a satisfação das expectativas comunitárias”³¹⁸, numa clara alusão à função essencial de educação para o direito e a uma outra, também já reconhecida por nós, de prevenção geral positiva. E é deste modo que da LTE emerge “uma intervenção “contida” do Estado, em contraposição à resposta “absoluta” imposta pela OTM.”³¹⁹

³¹⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda, «Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?», cit., p. 372.

³¹⁸ IDEM, *ibidem*, p. 373. Amplamente sobre este percurso, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes - A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*, cit., pp. 369 e ss.

³¹⁹ GERSÃO, Eliana, «Um século de justiça de menores em Portugal. No centenário da Lei de Protecção à Infância, de 27 de Maio de 2011», cit., p. 1380. Detidamente sobre o conteúdo dessa contenção da intervenção estadual, a pp. 1380 e ss.

A LTE não é, deixo-se desde já muito claro, uma adaptação do CP. O facto, desde logo, de a lei não ter a mesma estrutura do código, dividido em parte geral e parte especial, e de a cada facto qualificado pela lei como crime não corresponder, por imposição legal, esta ou aquela medida específica, ajuda-nos a distinguir também os propósitos dos dois diplomas. Se o direito penal é hoje manifestamente centrado no facto, o direito plasmado na LTE, longe de ser desligado daquilo que o delinquente fez, concentra-se também muito nas especificidades da pessoa a quem se dirige. Por isso, o que encontramos é uma lista de opções de medidas que só no caso concreto, mediado pelas idiossincrasias da criança ou jovem, serão alvo de uma escolha. Insistimos: sem que deixo de olhar-se, também, ao facto, como instrumento inexorável de avaliação também da necessidade de educação para o direito³²⁰ (um furto ocasional não será, em princípio, tratado da mesma forma que um homicídio ou que uma situação de “reincidência”³²¹ no cometimento de outros factos graves e qualificados pela lei como crime). Por isso mesmo se compreende que

³²⁰ Vejam-se, por exemplo, os pressupostos de aplicação da medida de internamento em regime fechado, previstos nos arts. 17.º/4 e 18.º/3 da LTE.

³²¹ Cfr. CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, «La circunstância agravante de reincidencia en el derecho penal juvenil», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 11, 2011 e *IDEM*, «Significado de la reincidencia en el derecho penal de menores: del pronóstico de peligrosidad a la culpabilidad», Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Julio de 2011 (art. gentilmente cedido pela autora), mas também, olhando a realidade espanhola, BRAVO, Amaia, JESÚS SIERRA, M.ª, F. DEL VALLE, Jorge, «Evaluación de resultados de la ley de responsabilidad penal de menores. Reincidencia y factores asociados», *Psicothema*, Vol. 21, n.º 4, 2009, pp. 615 a 621.

as medidas vão da admoestação ao internamento em regime fechado por três anos.³²²

³²² As medidas tutelares estão taxativamente previstas no art. 4.º da LTE e são a admoestação, a privação do direito de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir ciclomotores, a reparação ao ofendido, a realização de prestações económicas ou de tarefas a favor da comunidade, a imposição de regras de conduta, a imposição de obrigações, a frequência de programas formativos, o acompanhamento educativo e o internamento em centro educativo (a única medida institucional (aquela que será aplicada sempre como último recurso – art. 6.º da LTE) e que pode ser aplicada, quanto à sua execução, em regime aberto, semiaberto ou fechado).

Sobre estas medidas, todos *in Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, GUERRA, Paulo, «Medidas tutelares educativas institucionais e não institucionais – execução e acompanhamento» (pp. 183 a 193), mas também MARTINS, José Norberto, «Medidas tutelares educativas, sua execução e acompanhamento», (pp. 175 a 181) e FIGUEIREDO, João, «Execução de medidas tutelares educativas» (pp. 195 a 210). Especificamente sobre a imposição de regras de conduta, a imposição de obrigações e a frequência de programas formativos, GERSÃO, Eliana, «Regras de conduta, obrigações e programas formativos. Notas soltas à volta dos arts. 13.º a 15.º da LTE», *in Direito das crianças e jovens – Lisboa, 20 e 21 de Abril de 2007, Actas do Colóquio*, Instituto Superior de Psicologia Aplicada e Centro de Estudos Judiciários, 2008, pp. 419 a 431.

Sobre a necessidade de considerar a aplicação da privação de liberdade de modo contido, já desde 1990, DÜNKEL, Frieder, «A privação da liberdade em relação aos jovens delinquentes – tendências actuais no plano de uma comparação internacional», *Infância e Juventude*, 90.2, 1990, pp. 9 a 25, mas também, mais recentemente, AUSTIN, James, JOHNSON, Kelly Dedel e WEITZER, Ronald, «Alternativas à detenção e institucionalização de segurança para jovens delinquentes», *Infância e Juventude*, 06.2, 2006, pp. 135 a 184 e CARVALHO, Salo de, WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e, «As alternativas às penas e às medidas

Para que seja possível lançar mão de uma medida tutelar é necessário não só que a criança ou jovem tenha praticado um facto qualificado pela lei como crime, mas também que se verifique a sua necessidade de educação para o direito (quer no momento da prática do facto, quer no momento da decisão). E é esta necessidade de educação que acaba, pois, por estabelecer o limite da intervenção do Estado, na justa medida em que a responsabilização para lá dela violará o superior interesse da criança ou jovem que é o pano de fundo de toda a intervenção.³²³

Muito embora possamos reconhecer enormes virtualidades a uma análise exaustiva da LTE, na economia do nosso estudo parecem-nos, porém, mais vantajoso dirigir a nossa atenção para aquelas que são as questões onde deve ser suscitada alguma alteração ao aceitar-se a proposta que vimos de fazer, de incluir, na avaliação da imputabilidade penal, um elemento subjectivo a que demos o nome de *intellectus criminalis*.³²⁴

socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo», *Seqüência*, Vol. 33, n.º 64, 2012, pp. 227 e ss. Considerando, em sentido divergente, que esta devia, no seu regime semiaberto e até fechado, poder ser aplicada a alguns casos relativamente aos quais, neste momento, está afastada, CORREIA, Paulo Eduardo Cristão, «Lei tutelar educativa: avaliação sumária de dois anos de vigência», *Lex Familiae*, Ano 1, n.º 1, 2004, pp. 108 e 109.

³²³ Cfr., em sentido semelhante, embora considerando o limite da intervenção do Estado por referência directa ao interesse do menor, LÚCIO, Álvaro Laborinho, «O advogado e a Lei Tutelar Educativa», cit., pp. 71.

³²⁴ Muitas outras alterações poderiam ser suscitadas, mas não directamente relacionadas com o objecto do nosso estudo. Para aprofundamento de algumas delas, por todos, AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria de, «Intervenção tutelar educativa (antinomias do sistema e trilhos do futuro)», cit., pp. 51 a 65.

Por conseguinte, e indo ao encontro deste nosso objectivo, começemos por observar que com o sistema que apontamos alargamos a possibilidade de aplicação da LTE até mais tarde. Neste momento, a lei é convocada sempre que o facto seja praticado por jovem com mais de doze e menos de dezasseis, a decisão em primeira instância seja proferida antes dos dezoito, embora a execução possa prolongar-se até aos vinte e um.³²⁵ Basta, para que estes prazos se dilatam, que aquele a quem falta ainda o *intellectus criminalis* perfeito tenha praticado o facto, por exemplo, com vinte anos, pois, aí, a decisão será proferida depois dessa idade e a execução da medida poderá estender a visibilidade da LTE muito para lá dos vinte e um anos. Somos de opinião que, por isso, é importante encontrar o limite para esta execução. E os vinte e cinco anos parecem-nos, efectivamente, o limite adequado.³²⁶

³²⁵ Se olharmos para os dados da DGRSP, de Janeiro de 2014, relativos aos Centros Educativos, verificamos que a maior parte dos internados têm dezasseis anos ou mais. Dos 226 rapazes, 1 tem doze anos, 1 tem treze, 11 têm catorze, 25 têm quinze, 66 têm dezasseis, 64 têm dezassete, 42 têm dezoito, 14 têm dezanove e 2 têm vinte. Das 22 raparigas, 6 têm quinze, 3 têm dezasseis, 9 têm dezassete, 2 têm dezoito, 1 tem dezanove e 1 tem vinte. Ou seja, as percentagens mais elevadas de internamento situam-se nos dezasseis (28%), nos dezassete (30%) e nos dezoito (18%) anos. Cfr. a *Síntese de dados estatísticos relativos aos Centros Educativos*, Direcção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, Janeiro de 2014.

³²⁶ Este é, aliás, como vimos *supra*, o momento da vida da pessoa a partir do qual não se pondera hoje, nem nas visões mais ousadas, a aplicação de um regime de responsabilização do delinquentes jovem distinta da do adulto. Cfr. o já citado LARIZZA, Sílvia, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, cit., p. 513.

A falta de *intellectus criminalis* justifica, nestes casos, pela equiparação que proporciona entre menores de dezasseis anos e maiores de dezasseis anos, rigor a este alargamento do âmbito de aplicação da LTE. São ainda as considerações de necessidade de educação para o direito, aliadas a uma ideia de responsabilização do infractor que é reclamada pela sociedade, que presidem à solução quando, até apesar da sua maioridade civil, a LTE se oferece como resposta justa pela falta de *intellectus criminalis*.

A propósito ainda da LTE, e elegendo apenas uma das medidas tutelares, parece-nos importante recuperar, desde logo da sua Exposição de Motivos, que a medida tutelar de internamento³²⁷ deve ser executada em estabelecimentos diferentes consoante o regime estatuído.³²⁸ Neste particular, cabe desde logo uma reflexão

³²⁷ Para uma análise mais aprofundada desta medida, imprescindível o estudo de DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Internamento de Menores Delinquentes - A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição, cit.*, mas veja-se ainda, do mesmo Autor, «Privação de liberdade na justiça juvenil: contornos de problemas entre meios e fins», *Julgar*, n.º 22, Janeiro – Abril de 2014, pp. 75 a 95.

Sobre a duração máxima da medida, e apesar do artigo de ALMEIDA, Tânia, «O desconto do tempo de privação de liberdade a título de medida cautelar na medida tutelar de internamento (no âmbito do processo tutelar educativo)», *Lex Familiae*, Ano 3, n.º 6, 2006, pp. 149 a 156, defendendo o desconto, o STJ veio, a 8 de Outubro de 2008, uniformizar jurisprudência quanto a esta matéria, considerando que “Não há lugar, em processo tutelar educativo, ao desconto do tempo de permanência do menor em centro educativo, quando, sujeito a tal medida cautelar, vem, posteriormente, a ser -lhe aplicada a medida tutelar de internamento”.

³²⁸ “Cada centro educativo é classificado para funcionar segundo um destes regimes de internamento. Se a medida for objeto de revisão e o regime de execução alterado, nos termos previstos na lei, o menor deve ser transferido para centro

imprescindível quando, volvidos quinze anos desde a entrada em vigor da lei, ainda temos centros educativos com execução de mais do que um regime de internamento. A especialização a que a solução preconizada na lei conduziria vai assim perdendo terreno na prática, com equipas técnicas a precisarem de atender a distintas necessidades dentro do mesmo centro educativo. Ora, ao assumirmos que o âmbito de aplicação da lei se alarga e que podemos passar a ter, nesta medida que nos ocupa (o internamento), crianças de catorze anos e jovens de vinte e quatro com uma medida em execução, impõe-se que a dita especialização vá mais longe e se pugne pela existência de centros educativos não só adequados à medida aplicada, mas também à idade e sexo dos internados e ao tipo de infracção praticada. Por isso, nas esclarecedoras palavras de António Carlos Duarte-Fonseca, “a sua execução tem de ser concretizada com a colocação do adolescente ou jovem numa instituição adequada, dotada de recursos que permitam garantir a segurança que o regime determinado na decisão judicial impõe e garantir a aplicação de programas e métodos apropriados a satisfazer as necessidades de educação para os valores, tutelados pelas normas penais, que o adolescente evidenciava no momento da aplicação da medida”.³²⁹

educativo correspondente à alteração.” Também sobre esta questão, DUARTE-FONSECA, António Carlos, «Privação de liberdade na justiça juvenil: contornos de problemas entre meios e fins», cit., pp. 85 e ss.

³²⁹ *IDEM, ibidem*, p. 93. Mas, no mesmo sentido, *IDEM, Condutas desviantes de raparigas nos anos 90 chegadas ao conhecimento dos tribunais*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 63 (Uma obra que trata especificamente a questão do género na delinquência juvenil que,

Dificuldades de ordem prática que iniquem a nossa perspectiva mais optimista relativamente a este tipo de organização dos centros educativos não poderão ainda, bem é de ver, pôr em causa a solução legal que defendemos, porquanto não deve a lei condicionar-se por aquilo que é possível, mas estabelecer as metas do que é desejável.

2. O REGIME PENAL ESPECIAL PARA JOVENS

Com este diploma, o legislador português não deixou de se mostrar sensível à especial condição do jovem penalmente imputável e ao facto de o contacto com o processo penal e, em último recurso, com uma pena privativa de liberdade, terem efeitos francamente estigmatizantes para um projecto de vida ainda embrionário.³³⁰ E

propositadamente, deixamos de fora do nosso estudo) e as conclusões a que chega OLIVEIRA, Jorge, «Medidas tutelares educativas – uma visão institucional», in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós- Graduação “Protecção de Menores” – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 361 a 385.

³³⁰ Sobre as especificidades da prisão e os seus efeitos para o recluso, por todos, a incontornável obra de RODRIGUES, Anabela Miranda, *Novo olhar sobre a questão penitenciária. Estatuto jurídico do recluso e socialização. Jurisdicinalização. Consensualismo e prisão*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, mas veja-se também, a este propósito, BERNBURG, Jön Gunnar, KROHN, Marvin D., «Labeling, life changes, and adult crime: the direct and indirect effects of official intervention in adolescence on crime in early adulthood», *Criminology*, Vol. 41, n.º 4, 2003, pp. 1287 a 1318 e IZQUIERDO, Ciriaco, LOPEZ HIDALGO, Encarnacion M.ª, «Problemática psico-social de los delincuentes juvenes», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 74, 2001, pp. 371 a 389.

embora, na nossa opinião, este Regime não esteja a ser explorado convenientemente e em toda a sua amplitude, a verdade é que a jurisprudência se tem vindo a revelar atenta à pouca idade do condenado no momento em que decide da sanção, muito embora ao seu alcance não estejam também todas as oportunidades anunciadas pela própria lei.

Referimo-nos, com mais exactidão, ao facto de não existirem, entre nós, estabelecimentos de privação de liberdade especialmente vocacionados para os jovens adultos³³¹, o que acaba por redundar num cumprimento das penas, por estes, junto e nas mesmas circunstâncias de qualquer outra pessoa (um adulto). Esta, porém, é uma realidade profundamente criticável.

Num ordenamento jurídico em que a promoção e protecção dos direitos das crianças e jovens se prolonga pelo menos até aos dezoito anos (ou até aos vinte e um, a pedido do jovem), não é fácil aceitar que, precisamente nos estabelecimentos prisionais, jovens (menores de idade) se encontrem com adultos. A especificidade da população prisional deixa de poder ser atendida convenientemente até pelas equipas técnicas de apoio quando, no mesmo estabelecimento, se encontra tamanha heterogeneidade. A defesa de estabelecimentos prisionais especialmente concebidos para determinados tipos de população encerra em si a manifestação mais acabada de um propósito de preparação do preso para o regresso à sociedade. Por isso, para a sua ressocialização. É o próprio objectivo da ressocialização que fica, também, posto em causa com esta solução.

³³¹ DUARTE-FONSECA, António Carlos, «Menores, mas imputáveis: que protecção?», cit., pp. 388 e 389.

A criticável situação acabada de expor é acolhida expressamente pelo diploma aplicável nesta matéria: explicitamente para os jovens entre os dezasseis e os dezoito anos e na prática para aqueles que tenham entre dezoito e vinte e um anos.

Na realidade, embora o RPEJ (art. 5.º) preveja a possibilidade de aplicação subsidiária da LTE a jovens entre os dezasseis e os dezoito anos, não prevê qualquer alternativa para o cumprimento da pena de prisão quando não for possível ou desejável aquela aplicação subsidiária. Deste modo, é o próprio diploma legal a admitir, a lançar mão da pena de prisão para os jovens daquela faixa etária. E a isto não obsta, naturalmente, que, no plano das intenções, se pense na criação de estabelecimentos prisionais especiais para jovens, porquanto a realidade veio a mostrar que esses estabelecimentos não passaram, efectivamente, do plano das intenções.³³²

Por outro lado, no caso dos jovens entre os dezoito e os vinte e um anos, o RPEJ (art. 6.º) prevê o cumprimento de medidas de correcção, nomeadamente o internamento em centros de detenção, mas também estes centros de detenção acabaram por não passarem de mera intenção legislativa que não vingou.³³³ Além disso, não deixa de se questionar a natureza destas medidas de correcção, sugestivamente

³³² *IDEM, ibidem*, p. 391.

³³³ *IDEM, ibidem e IDEM*, «Interactividade entre penas e medidas tutelares – Contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos», *RPCC*, Ano 11, Fasc. 2, 2001, p. 285.

encaradas como verdadeiras penas de substituição e que podiam, isso sim, estar contempladas com esse regime.³³⁴

Feito assim o balanço deste Regime Penal Especial para Jovens, resta aceitar que a jurisprudência, apesar de tudo, pelo menos no plano da escolha e depois da medida da pena tenha tentado atender, sempre que possível, à realidade do agente jovem.

Tal como antecipámos, o nosso *intellectus criminalis* e o seu acolhimento no ordenamento jurídico português não põe, de todo, em causa o RPEJ, nem deixa cair as críticas que por ora lhe dirigimos. A partir do momento em que se verifique que aquele requisito subjectivo está verificado, a situação do jovem delinquente cai na teia deste diploma.

Apesar de tudo, no entanto, parece-nos que o sistema de aferição da imputabilidade penal que vimos de propor permite deixar de parte a aplicação subsidiária da LTE que o RPEJ prevê e que, salvo melhor opinião, é o que mais merece ser criticado.³³⁵

Os pressupostos e objectivos da LTE são, parece-nos, dependentes de uma verificação, *in casu*, da inimputabilidade da pessoa, na medida em que, ao defender-se a sua educação para o direito se está, ainda que enviesadamente, a aceitar que o dever-ser jurídico-penal não é ainda uma realidade totalmente apreensível e dominável pela pessoa. Não se trata, naturalmente, de abranger qualquer questão de inimputabilidade por outra razão que não aquela que decorra das características da pessoa ainda em desenvolvimento e

³³⁴ Cfr. SANTOS, Carolina Girão, «Da especificidade do direito penal dos jovens adultos na perspectiva das consequências jurídicas do crime», *Lex Familiae*, Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 85 a 104.

³³⁵ Assim também *IDEM, ibidem*.

formação do seu caminho para o direito, por isso, uma situação de facto de inimputabilidade por causa da idade, em razão dos factores emergentes de determinada faixa etária.

A aplicação subsidiária da LTE, nos termos do art. 5.º do RPEJ, cumpridos determinados requisitos orientados pela menor gravidade do facto, verificada pela moldura penal mais baixa (até dois anos), e, como não poderia deixar de ser, pela personalidade do delinquente, subverte, quanto a nós, a própria lógica da LTE.³³⁶ Esta aplicação subsidiária está prevista até aos dezoito anos, ou seja, durante a menoridade, mas o legislador não deixou de considerar a possibilidade de a medida tutelar se estender até aos vinte e um, numa clara manifestação de ser efectivamente esta a idade a partir da qual o legislador português se desonera da previsão de mecanismos especiais de tratamento da pessoa (delinquente ou carecida de protecção – cfr., nomeadamente, arts. 5.º LTE e 63.º/1, d) da LPCJP).

O legislador acaba, deste jeito, por assumir que determinados “imputáveis” não devem ainda ser sancionados segundo as regras do direito penal e por equipará-los aos inimputáveis.³³⁷ Não o faz, quanto a nós, e como amplamente se perceberá pelo que deixámos escrito, da

³³⁶ Daí que nos pareça mais prudente o acolhimento de um verdadeiramente novo critério de aferição da imputabilidade, mais do que o reconhecimento da possibilidade de, caso a caso, equiparar, para efeitos de consequência jurídica, sem respaldo efectivo na lei, jovens imputáveis a inimputáveis em razão da idade. Esta era, no entanto, uma linha de solução proposta por DUARTE-FONSECA, António Carlos, «Menores, mas imputáveis: que protecção?», cit., pp. 394 e 395.

³³⁷ *IDEM*, «Interactividade entre penas e medidas tutelares – Contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos», cit., p. 289.

forma adequada, pois permite que entre pela janela uma realidade à qual fechou expressamente a porta.

No fundo, o nosso *intellectus criminalis* mais não faz que dar a cada pessoa o tratamento juridicamente devido, que colocá-la perante o aparato legal mais adequado à sua condição, que deixar para o direito penal, só, o que é o do direito penal, que trazer para o topo das preocupações a realização acabada do princípio da igualdade.³³⁸

No seguimento do que acabámos de expor, naturalmente, defendemos que convivam LTE, RPEJ e CP harmoniosamente. Por isso, continua a fazer sentido que se criem estabelecimentos especialmente concebidos para os jovens imputáveis (com mais de dezasseis anos e completude do *intellectus criminalis*) distintos dos estabelecimentos para os demais adultos³³⁹, tal como parece fazer sentido a separação da população prisional masculina e feminina. Se bem percebemos, a razão que preside à criação do RPEJ mantém-se, independentemente da solução que em concreto o diploma preconize para os jovens infractores. Por isso é que, ainda que, por exemplo, se aceite que todas as medidas de correcção não passem, materialmente, de verdadeiras penas de substituição e que como tal devam ser tratadas, nos parece que tem sentido que, num diploma à parte do Código Penal, se estructurem as regras para a aplicação das penas (principais ou de

³³⁸ É, aliás, com este princípio por enquadramento que compreendemos também a possibilidade aberta pelo art. 4.º do RPEJ, de atenuação especial da pena. Mais uma vez, nesta norma percebe-se que o delincente aqui em causa não é exatamente igual aos demais delinquentes.

³³⁹ Levando a bom porto uma solução já apontada por SANTOS, Carolina Girão, «Da especificidade do direito penal dos jovens adultos na perspectiva das consequências jurídicas do crime», cit., pp. 85 a 104.

substituição) sempre que em causa esteja alguém com menos de vinte e um anos.³⁴⁰

3. A PROPOSTA DE DIRECTIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA A GARANTIAS PROCESSUAIS PARA OS MENORES SUSPEITOS OU ARGUIDOS EM PROCESSO PENAL

Embora, com uma dissertação de doutoramento, se ambicione tocar os núcleos dogmáticos das questões, independentemente dos devires legislativos, a verdade é que nos parece que, pelo momento em que apresentamos este estudo, se impõe uma breve reflexão a propósito do possível acolhimento desta Proposta de Directiva, de 27 de Novembro de 2013, e, conseqüentemente, da sua transposição para o ordenamento jurídico português.³⁴¹

A proposta de Directiva podia, em nosso entender, ter ido mais longe em matéria de uniformização da idade da responsabilidade penal, pondo, desse jeito, termo aos ritmos diferentes a que caminha esta matéria na Europa. Parece, porém, que a opção de não uniformização se deveu mais aos constrangimentos que essa

³⁴⁰ Aprofundadamente sobre a articulação entre penas e medidas tuteladas, tema a que não nos dedicamos neste estudo, veja-se DUARTE-FONSECA, António Carlos, «Interactividade entre penas e medidas tutelares – Contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos», cit., *passim*.

³⁴¹ Isto, embora, entre nós, o diploma, tal como foi apresentado, só possa aplicar-se às crianças entre os dezasseis e os dezoito anos.

acarretaria até ser feita em definitivo do que propriamente a uma certeza de que não seja uma boa solução. Em rigor, parece ter sido a verificação das “grandes alterações para os sistemas de justiça penal dos Estados-Membros”³⁴², inevitáveis e nem sempre fáceis de fazer acontecer, a levar o legislador europeu ao adiamento deste passo, na medida em que a própria proposta de Directiva assume, embora não retire daí, depois, todos os efeitos, que “o envolvimento num processo penal estigmatiza as pessoas envolvidas e pode ter, em especial para um menor, impactos negativos sobre as suas possibilidades de reinserção na sociedade e a sua futura vida profissional e social”³⁴³.

A verdade é, no entanto, que, elevando-se a idade mínima da responsabilidade penal em Portugal para os dezoito anos, a presente proposta de Directiva deixaria de ser aplicável entre nós. Todos os factos qualificados pela lei como crime mas praticados por menores de idade passariam a estar fora do âmbito do direito penal. Não tendo sido essa a opção, a proposta de Directiva terá, entre nós, um campo de aplicação em larga medida coincidente com aquele que está previsto no RPEJ, embora nem sempre essa coincidência pareça muito exacta.

A proposta de Directiva pretende aplicar-se àqueles que, no momento em que passam a ser suspeitos ou acusados de uma infracção penal, tenham menos de dezoito anos, sendo irrelevante o facto de o desfecho do processo se dar já durante a maioridade do agente. Ora, para se falar de facto punível pela lei penal, temos, entre nós, como já vimos, que ter um agente com mais de dezasseis anos no momento da prática do facto, independentemente do momento em que

³⁴² Cfr. p. 11 da Proposta.

³⁴³ Cfr. p. 9 e art. 14.º da Proposta.

se torna suspeito ou acusado da prática criminosa e independentemente do momento do desfecho do processo. E, até aqui, não parece haver dúvidas.

O âmbito de aplicação da proposta de Directiva deixa, contudo, de ser tão claro quando pensamos na hipótese de um agente que, com mais de dezasseis anos e menos de dezoito, comete o facto, mas se torna suspeito ou arguido apenas quando já é maior. Sobre esta hipótese, nada está expressamente previsto no texto. Mas, se o momento relevante é o momento em que o jovem passa a ser suspeito ou acusado de uma infracção penal, e não o momento da prática do facto, o momento em que o agente actuou ou deveria ter actuado, então, ao tornar-se suspeito ou arguido depois dos dezoito anos, a Proposta deixa de ser aplicável? Ou o momento da prática do facto releva para efeitos de alargamento da aplicação das garantias reforçadas do processo penal a que a Proposta sujeita o menor? Parece-nos que nada obsta a que assim seja. Embora o texto da lei propriamente dito não seja claro, o que resulta do ponto (10) da Exposição de Motivos da Proposta parece ir nesse sentido e essa seria, enfim, a solução que mais se adequaria ao nosso critério de momento relevante para o processo penal.³⁴⁴

Uma importante alteração decorrente da possível transposição da Directiva que venha a ser aprovada nos termos desta proposta é o comprometimento efectivo do titular das responsabilidades parentais no processo penal de que o menor é alvo. Longe de erigir qualquer

³⁴⁴ Para nós, o momento relevante, em matéria de aplicação da lei penal no tempo, é o momento em que o agente actuou ou, no caso de omissão, deveria ter actuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido – art. 3.º do CP.

tipo, ilegítimo neste âmbito (penal), de *culpa in vigilando*, a Proposta reconhece o titular das responsabilidades parentais como representante máximo do menor e retira daí a consequência de tratar-se de um precioso auxiliar na prossecução dos fins de educação e ressocialização que se pretendem imputar às penas nestas situações³⁴⁵
³⁴⁶.

A proposta de Directiva, se for transposta, introduzirá, porém, outras alterações relevantes. Um dos exemplos mais marcantes é a tendencialmente obrigatória avaliação individual do menor suspeito da prática de um crime (art. 7.º da Proposta), que procurará atender não apenas às suas necessidades de protecção, educação, formação e reintegração, mas também, inevitavelmente, às características intrínsecas do menor e à sua maturidade.³⁴⁷

³⁴⁵ Cfr. art. 5.º da Proposta e (15) da Exposição de Motivos da Proposta.

³⁴⁶ Também as pessoas de referência na vida do menor veem agora o seu papel reconhecido, sempre que, por exemplo, a comunicação do processo ao titular das responsabilidades parentais comprometa a investigação por, nomeadamente, um conflito de interesses que persista (“co-acção” entre menor e titular das ditas responsabilidades, por exemplo).

O acompanhamento persiste até à fase de julgamento propriamente dita, o que é muito importante, prevendo-se a presença do titular das responsabilidades parentais ou do adulto de referência para o menor em audiência (arts. 15.º e 16.º da proposta).

Uma das diligências a poder ser levada a cabo por este titular das responsabilidades parentais é a nomeação de mandatário ao menor, direito de que este beneficia e a que, quanto a nós acertadamente, não pode renunciar (art. 6.º da proposta).

³⁴⁷ Cfr. p. 6 da Proposta.

Atender às necessidades de protecção, educação, formação e reintegração do menor pode, em nosso entender, e independentemente do acolhimento do que deixámos escrito para trás e avançámos como proposta de direito a constituir, levar à aplicação subsidiária, entre nós, da LTE aos agentes entre os dezasseis e os dezoito anos.³⁴⁸ Para isso, basta que se dê relevo maior à deficiente educação para o direito e que se esteja perante um crime de menor gravidade. Este parece ser, ademais, o espírito que presidiu ao art. 5.º do RPEJ.

Por outro lado, somos favoráveis à ideia de se estudar a maturidade do agente no momento prévio à acusação e de se levar para o processo, desde logo, quando não uma verdadeira inimputabilidade em razão da idade³⁴⁹, ao menos as reservas suficientes para deixar ao direito penal um papel muito reduzido na intervenção a fazer junto de quem cometeu o facto.

Na sequência disto, cabe fazer uma reflexão a propósito da privação de liberdade de menores junto de maiores, seja para cumprimento de pena de prisão efectiva, seja enquanto dure a medida de coacção prisão preventiva. Este é um dos principais entorses no direito de crianças e jovens em Portugal, como vimos no ponto anterior. Por um lado, tem-se privilegiado a ideia de aumentar o campo de protecção especificamente direccionado para estes sujeitos, quer enquanto vítimas de crime (por exemplo, sexual), quer em sede de

³⁴⁸ Tendo em conta o âmbito de aplicação da Proposta de Directiva.

³⁴⁹ O que, em Portugal, nunca seria possível sem uma alteração da lei no sentido que defendemos nesta dissertação, pois a imputabilidade, como já vimos, ocorre pelo simples facto de se perfazerem os dezasseis anos, independentemente de qualquer avaliação da maturidade do menor.

LPCJP, cuja competência vai para lá da maioridade; por outro, contudo, assistimos à possibilidade de menores se encontrarem em cárcere junto com maiores. E por que razão isto é grave? Porque parece ignorar a possível (quando não provável) “imaturidade física e psicológica” e os riscos acrescidos de “maus tratos” de que estes menores podem ser alvo.³⁵⁰ Daí, insistimos mais uma vez, o acerto da solução que vimos preconizando.

A proposta de Directiva podia, quanto a nós acertadamente, ter pensado na possibilidade de obrigar à criação de estabelecimentos especialmente concebidos para menores condenados, ou seja, de menores de idade que sejam imputáveis (ou porque a lei penal não se altera ou porque, acolhendo-se a nossa proposta, se verifica a completude do *intellectus criminalis* destes delinquentes). Optou, porém, por não o fazer. Mas não deixou, ainda assim, de chamar à colação a importância de um exame médico que dará especial atenção àquela imaturidade que os torna especialmente vulneráveis a maus tratos por parte de outros reclusos.³⁵¹

No mesmo sentido das preocupações precedentes, vai a previsão de gravação por meios audiovisuais do interrogatório do menor. Entre nós, a discussão a propósito da forma como se ouvem os menores tem surgido sobretudo nos casos em que estes são vítimas. O Observatório Permanente da Adopção português (que decorreu no âmbito do CDF/FDUC/IJ/UC³⁵²), através de um projecto piloto de Protocolos de actuação (em fase de teste) tem, nesta matéria, dedicado

³⁵⁰ Cfr. pp. 6 e 7 da Proposta.

³⁵¹ Cfr. art. 8.º e (36) da Exposição de Motivos da Proposta, mas, sobretudo, a exposição relativamente à sua *ratio*, na p. 7 da Proposta.

³⁵² <http://www.centrodedireitodafamilia.org>

especial atenção aos menores vítimas de crime sexual, mas, em geral, o problema coloca-se de forma bastante mais ampla. Tem vindo a defender-se não só a criação de salas devidamente equipadas, mas ainda a presença, durante a audição da vítima, de um juiz e de um técnico de referência para a criança. O papel deste técnico seria mediar as questões a fazer, pela defesa ou pela acusação. A presença do juiz, por sua vez, garantiria que as declarações prestadas pelo menor valeriam em sede de julgamento, assim se obviando à sua repetida audição.

No caso dos menores agressores, e seguindo o que é a orientação da proposta de Directiva em análise, não se pretende ir tão longe, o que bem se entende, sobretudo se nos lembrarmos que deixa aqui de estar em causa a questão da vitimação secundária. O que a proposta de Directiva visa garantir, porém, não deixa também de ser muito importante: a gravação, como forma de controlo relativamente à efectivação das garantias de defesa do menor que é ouvido.³⁵³ Além disso, se, como facilmente se prevê pelo que deixámos escrito, nos parece insuficiente a verificação da imputabilidade pelo mero alcance da idade de dezasseis anos, desconsiderando-se em absoluto a incompletude do seu *intellectus criminalis*, este poderá ser, no caso de manutenção férrea da lei tal como está, o modo de acautelar a adaptação do interrogatório também à especial condição do delincente.³⁵⁴ E estes serão, efectivamente, avanços importantes caso passem a valer no ordenamento jurídico português.

³⁵³ Cfr. art. 9.º da Proposta.

³⁵⁴ Cfr. p. 7 da Proposta e (23) da Exposição de Motivos da Proposta.

Finalmente, as preocupações com a urgência do processo e a necessidade de proteger a privacidade do menor são também importantes tributos à ideia de que estes são suspeitos e/ou arguidos especiais e relativamente aos quais importa amenizar os piores efeitos do processo penal. Esta deve, parece-nos, ser a demanda última do legislador, nacional e europeu.

9. A NATUREZA JURÍDICA DA SANÇÃO

a. A MEDIDA DE RESPONSABILIZAÇÃO EDUCATIVA COMO PENA

A pena é uma sanção privativa do direito penal e que pressupõe a culpa. Assim sendo, ao falarmos de medida de responsabilização educativa enquanto medida aplicada ao inimputável que, pela incompleta formação do seu *intellectus criminalis*, não é passível de um juízo de culpa, ainda que tenha mais de dezasseis anos, não podemos falar em pena. Nem tampouco em pena atenuada ou sequer numa pena de espécie menos gravosa e tendencialmente não privativa da liberdade.³⁵⁵

A questão formal, do nome que se dá à sanção aplicada a este agente inimputável, não nos parece, de todo, a mais importante. Não contende com o que vimos de dizer chamar ao direito aplicável a estes delinquentes direito penal de menores, na medida em que, como já repetidamente deixámos claro, nem só de penas trata o direito penal e há vários ordenamentos jurídicos que falam em direito penal de menores. Alargar, por isso, o âmbito de aplicação do direito penal, em termos formais, a esta matéria, não parece, por essa via, portanto, o mais grave. Apesar disso, num tema tão sensível como este, as palavras ganham força redobrada e entendemos não dever deixar cair-se a

³⁵⁵ Diferentemente da proposta *de lege ferenda* apresentada por Eduardo Correia quando considera que a juventude destas pessoas, cuja imputabilidade não discute, justifica apenas a “aplicabilidade de sanções com maior plasticidade que (...) realizem fundamentalmente uma finalidade reeducativa e se aproximem, no seu tipo, das previstas (...) para menores de 16 anos”. Vide CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, cit., p. 334.

tradição de, em Portugal, não falar em direito penal de menores. E melhor seria, na nossa opinião, chamar-lhe, como veio também defender o Grupo de Trabalho para a Reforma da Lei Tutelar Educativa, Direito de Responsabilização Educativa³⁵⁶.

Ocorre, todavia, ser imprescindível esclarecer a diferença entre a pena, ainda que atenuada, e a medida de responsabilização educativa. Não curamos, neste estudo, dos pressupostos para aquela atenuação, porquanto consideramos que não é essa, nem pode ser, a resposta a dar aos casos agora trazidos à colação, de (in)imputáveis sob condição. Estamos aqui ainda no campo da definição estrita das fronteiras do direito penal. Verificando-se a inimputabilidade do agente, então aplique-se-lhe, reunidos os demais pressupostos, uma pena (seja ela atenuada, seja ela, reunindo-se as condições do RPEJ, uma das medidas de substituição ali impropriamente designadas medidas de correcção), mas, não estando o *intellectus criminalis* reunido na sua ampla completude, não será já a pena, qualquer que ela seja, a resposta que defendemos, mas sim, ainda, a medida de responsabilização educativa.

Pena e medida de responsabilização educativa são, pois, realidades diferentes e com pressupostos bastante distintos. Ainda que o delinquente sinta a reacção ao seu facto como uma pena, sobretudo quando privado de liberdade, cabe ao sistema garantir que materialmente a medida de responsabilização nunca se aproxime da sanção do direito penal, garantindo, também desse jeito, a pureza do princípio da culpa.

³⁵⁶ Embora por outras palavras, *Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório Final*, cit..

b. A MEDIDA DE RESPONSABILIZAÇÃO EDUCATIVA COMO MEDIDA DE SEGURANÇA

Ainda que, no âmbito da Lei de Responsabilização Educativa, haja que criar, como nos parece evidente, centros de internamento terapêutico³⁵⁷, estes mais não significam que a resposta que falta para as crianças e jovens com problemas no plano da saúde mental.³⁵⁸ Estamos ainda, naturalmente, e pelo âmbito de aplicação da lei, perante alguém de *intellectus criminalis* em formação, mas para o qual se percebe a urgência de uma intervenção terapêutica.

Este internamento terapêutico, apenas em último recurso em regime fechado, não se confunde, na nossa opinião, com a solução desencadeada nos termos do actual art. 49.º da LTE e que, substancialmente, se mantém no art. 77.º da Proposta do Grupo de Trabalho para Alteração da LTE.

Quando a lei prevê o arquivamento do processo por anomalia psíquica da criança ou jovem que o impede de compreender o sentido da intervenção (hoje tutelar, desejavelmente, de futuro, de responsabilização educativa), está a admitir que não estão reunidas as condições para a sua mobilização.³⁵⁹

³⁵⁷ *IDEM, ibidem*, pp. 65 e ss., de forma muito clara.

³⁵⁸ A única referência a este problema constava do art. 14.º/3, d) da LTE (Imposição de obrigações), eliminada no correspondente art. 41.º proposto. Bem andou o Grupo de Trabalho de Alteração da LTE ao autonomizar esta questão, dando-lhe tratamento diferenciado.

³⁵⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, cit., pp. 149 e 150.

Diferentemente, quando estejamos perante o internamento terapêutico de que se fala no proposto art. 45.º, estaremos ainda a falar de uma medida de responsabilização educativa, nova, a somar a todas aquelas já previstas.³⁶⁰ É uma medida orientada, mais uma vez, pela especificidade do delinquente a que se dirige e, por isso, uma medida importante. Esta não se desonera, naturalmente, da finalidade de educar o delinquente para o direito, tarefa a que, naturalmente, se reconhece viabilidade, mas, nestes casos, está-se perante alguém cujas características especiais fazem supor uma incapacidade duradoura (quando não permanente) para a completa formação do seu *intellectus criminalis* sem desvios. Por isso, as expectativas da sanção e a própria execução dessa sanção são diferentes. E nem haveria como ser de outra maneira.

Por conseguinte, sempre que se mobilize o internamento terapêutico porque a criança ou jovem padece de anomalia ou perturbação psíquica ou de uma alteração da percepção que determine uma alteração grave da consciência da realidade, está, forçosamente, afastada a hipótese de qualquer destas situações configurar um caso de incapacidade de compreensão do sentido da intervenção de responsabilização, porquanto, nesse caso, o processo sempre seria arquivado. A anomalia ou perturbação psíquica ou alteração de percepção pressupostas no internamento terapêutico não põem ainda em causa a reacção com uma medida de responsabilização.

O internamento terapêutico não se confunde também com a imposição de obrigação de o delinquente se submeter a programas de

³⁶⁰ Nesse sentido, a medida é, aliás, inserida no art. 34.º da proposta, ao lado das demais medidas de responsabilização.

tratamento médico, médico-psiquiátrico, psicológico ou equiparado junto de entidade ou de instituição oficial ou particular, em regime de internamento ou em regime de ambulatório (arts. 14.º/2, e) da LTE e 41.º/2, f) da proposta de alteração). Neste caso, não estamos ainda perante uma situação de dependência, mas de consumo habitual, ou seja, um estágio prévio, menos gravoso e que, por isso, permite a sujeição do delinquente a uma medida menos invasiva.³⁶¹

A medida de internamento em centro terapêutico não pode, ainda assim, confundir-se nunca com uma medida de segurança, porquanto mantemos intactos os pressupostos de aplicação desta última: a perigosidade do agente que não é inimputável em razão da idade e a anomalia psíquica de que padece, associados à prática de um tipo de ilícito.³⁶² Ou, dito de outra maneira, ainda que estejamos perante, num caso concreto, alguém que padece de uma anomalia psíquica, se o delinquente tiver menos de dezasseis anos ou, tendo mais, não for possível aferir a completude do seu *intellectus criminalis*, não há lugar à aplicação de qualquer medida de segurança.

A medida de segurança é, pois, a resposta dada pelo ordenamento jurídico aos inimputáveis por anomalia psíquica, enquanto este internamento terapêutico é ainda uma resposta proposta para inimputáveis em razão da sua idade.

³⁶¹ *Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório Final*, cit., p. 66.

³⁶² Amplamente sobre esta problemática, como já adiantámos, ANTUNES, Maria João, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, cit., *passim*, IDEM, «O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica», cit., pp. 347 e ss. e MONTEIRO, Cristina Líbano, *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*, cit., pp. 81 e ss..

A fronteira entre a anomalia psíquica, assim entendida de forma tão lata, esbatida na sua afirmação concreta, muito mais do que tratando-se de uma doença mental,³⁶³ e a incompletude da formação do *intellectus criminalis* pode, é certo, ser ténue para quem pretenda reduzir a solução destes casos a um quadro de soluções padrão.³⁶⁴ Esse, porém, é óbice que sem grande esforço se ultrapassa se pensarmos do seguinte modo: quem comete o facto numa situação de inimputabilidade por anomalia psíquica tem, necessariamente, o seu *intellectus criminalis* absolutamente formado. O que acontece é que esta formação se deu com desvios que relevam, posteriormente, na prática de um facto típico e ilícito. Do que se trata, nestes casos, não é de uma incompleta formação do *intellectus criminalis*, mas de um *intellectus criminalis* formado de maneira anómala.³⁶⁵ Não estamos, aí, no plano da maturação de uma capacidade de compreensão e manifestação de vontade do delinquente, associada a uma modelação social conforme ao direito, a alcançar passo a passo, na medida do decurso do tempo.

³⁶³ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., pp. 574 e ss.

³⁶⁴ Também procurando contornar esta crítica, pareceu-nos essencial acrescentar, nestes casos, à terminologia jurídico-penal, um conceito diferenciador – o *intellectus criminalis*. Não estamos, pois, no mesmo plano da incapacidade para a culpa que os inimputáveis por anomalia psíquica. Já MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 634 nos alertava para este fenómeno, justificando a opção do direito alemão pelo conceito de incapacidade de culpa em detrimento do de incapacidade de imputabilidade (com apelo à anomalia psíquica).

³⁶⁵ Veja-se o que já dissemos a propósito da formação das estruturas cerebrais.

c. A MEDIDA DE RESPONSABILIZAÇÃO EDUCATIVA COMO MEDIDA DE PROTECÇÃO

A medida de responsabilização educativa não tem, ainda, como confundir-se com uma medida de protecção. Ainda que se definam hoje objectivos de protecção que passam, nomeadamente, pela contenção da para-delinquência³⁶⁶, a *ratio* que preside a cada uma das “ofertas” sistemáticas é muito diferente. E ainda bem que assim é.

No caso da medida de protecção, estamos ainda no campo da vítima, cuja barreira transpomos quando, para a aplicação de uma medida de responsabilização educativa exigimos a prática de um facto típico e ilícito. À confusão reinante na OTM³⁶⁷ respondeu o legislador acertadamente com esta separação de respostas e é importante que se criem objecções sérias a qualquer retrocesso no sentido oposto. Além disso, somos favoráveis a que corram paralelamente processos de responsabilização educativa e promoção e protecção, na medida em

³⁶⁶ ALFAIATE, Ana Rita, RIBEIRO, Geraldo Rocha, «Acompanhamento do “Sistema de Protecção de Crianças e Jovens e Leis da Adopção”: Audições de Juízes e Magistrados do Ministério Público», *Lex Familiae*, Ano 8, n.º 15, Coimbra Editora, Janeiro – Junho de 2011, pp. 84 e ss. Não exactamente no mesmo sentido, mas apontando o dedo a esta falha do sistema, FERNANDO, Rui do Carmo, «Indisciplina e delitos em ambiente escolar – enquadramento jurídico e respostas judiciais», *Lex Familiae*, Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 43 a 50. A para-delinquência, porém, não deixaria, nem poderia, em nosso entender, deixar ainda de ser vista como uma situação arredada da Lei de Responsabilização Educativa. No mesmo sentido, aliás, encontramos já em RODRIGUES, Anabela Miranda, «Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?», cit., p. 385, “dever incluir-se no grupo dos menores em risco os menores que se encontram em estados de para-delinquência.”

³⁶⁷ A que amplamente nos referimos na parte anterior deste trabalho.

que, por essa via, podem, em nosso entender, perdurar os bons ofícios da educação para o direito, mesmo depois de cessada a medida de responsabilização educativa. Vale isto por dizer que, verificando-se alguma das situações previstas no art. 3.º da LPCJP (o que não nos parece difícil), devem correr termos, juntos, processo de promoção e protecção e de responsabilização educativa, não devendo nunca este fazer cessar automaticamente aquele.³⁶⁸

Depois de termos percebido a importância do meio na contenção da delinquência juvenil, não é, aliás, difícil perceber que se pugne por esta articulação. É a promoção e protecção que, em primeira linha, numa intervenção voltada para o interesse da criança ou jovem, recupera o meio em que ele se insere, mantendo-o nele, ou afastando-o, quando não houver condições securizantes que impeçam este afastamento.

Vale isto por dizer que não é pela LPCJP que se prossegue o objectivo de educação para o direito, nem preside à mobilização de qualquer medida de protecção uma lógica de responsabilização da pessoa, mas sim de promoção e protecção dos seus direitos.

Em suma, ainda que, relativamente à mesma criança ou jovem subsistam razões para a aplicação de uma medida de protecção, os objectivos de educação para o direito e responsabilização pela prática

³⁶⁸ Especificamente sobre esta articulação, VIDAL, Joana Marques, «Processos tutelares: que articulação?», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 159 a 173 e BOLIEIRO, Helena, GUERRA, Paulo, *A criança e a família- uma questão de direito(s). Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*, cit., pp. 153 e ss.

de um facto qualificado pela lei como crime não se alcançam por essa via, mas sim, exclusivamente, pela mobilização da LTE e, eventualmente, de uma medida tutelar (ou de responsabilização educativa, como preferimos), aplicada à luz dos pressupostos e fundamentos deste último diploma legal.

d. A MEDIDA DE RESPONSABILIZAÇÃO EDUCATIVA COMO MEDIDA DE EDUCAÇÃO

Na medida em que tudo o que deixamos para trás neste trabalho conduz inevitavelmente à conclusão de que é perante uma medida de educação que estamos quando mobilizamos a lei para responsabilizar uma criança ou um jovem que praticou um facto qualificado pela lei como crime, não há muito mais que possamos acrescentar neste momento, pelo que nos limitaremos a duas ou três ideias de síntese.

“Responsabilizar” um jovem delinquente no Sistema de Justiça Juvenil significa que uma vez que se determine que o jovem teve um comportamento em violação da lei, por admissão do próprio ou por decisão do tribunal, ele ou ela é responsabilizado pelo acto por meio de consequências ou sanções, impostas em conformidade com a lei e de modo proporcional ao acto”.³⁶⁹

Em Portugal, esta responsabilização de que fala a Autora é hoje alcançada por meio da LTE e, manifestando-se a necessidade de educação para o direito quer no momento da prática do facto, quer no

³⁶⁹ BEYER, Marty, «As melhores práticas na responsabilização dos jovens: perspectiva geral», cit., p. 109.

momento da decisão,³⁷⁰ pela mobilização de uma medida tutelar educativa.³⁷¹ Os objectivos da reacção ao facto praticado por este jovem são, efectivamente, objetivos de responsabilização, na medida em que, como já deixámos escrito, nos parece subsistir, na aplicação da medida tutelar, uma finalidade secundária, reflexa, de prevenção geral positiva.³⁷² No entanto, o principal objectivo, aquele que verdadeiramente enforma a diferenciação traduzida pela LTE, é um objectivo de educação.³⁷³ Daí a boa solução de, tornando os objectivos da lei mais claros, o Grupo de Trabalho para Alteração da LTE ter proposto que a LTE passasse a chamar-se Lei de Responsabilização Educativa.

A educação que é objectivo da lei é uma educação especificamente voltada para a formação da personalidade do delinquente para a compreensão e respeito pelo dever-ser jurídico-penal. Desta forma, faz, pois, sentido, que a medida seja aplicada a quem, independentemente da sua idade, tenha o *intellectus criminalis* incompleto. No fundo, à pessoa que, reunindo todas as possibilidades

³⁷⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, cit., pp. 57 e 58 e BOLIEIRO, Helena, GUERRA, Paulo, *A criança e a família- uma questão de direito(s). Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*, cit., p. 110.

³⁷¹ LÚCIO, Álvaro Laborinho, «O advogado e a Lei Tutelar Educativa», cit., p. 72.

³⁷² Sobre esta finalidade preventiva, veja-se CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, cit., pp. 142 e ss., mas também ainda LÚCIO, Álvaro Laborinho, «O advogado e a Lei Tutelar Educativa», cit., pp. 55 e 68.

³⁷³ RODRIGUES, Anabela Miranda, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, cit., pp. 61 e ss.

de ser educada para o direito, no momento em que delinuiu não tinha ainda alcançado o estadio de desenvolvimento suficiente para que se lhe pudesse dirigir um verdadeiro juízo de censura pela violação das regras jurídico-penalmente impostas.

10. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA MEDIDA DA SANÇÃO

a. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade pretende conferir concretude jurídica ao conceito de justa medida, enquanto “equilíbrio”, proibindo-se o excesso da intervenção. Nas palavras de Karl Larenz, este princípio “está indissociavelmente ligado à ideia de justiça”³⁷⁴. Ao funcionar como princípio transversal da ordem jurídica, apresenta-se de forma aberta, como credor de um juízo de valoração em função do caso concreto.³⁷⁵

Segundo Faria Costa, o princípio de proporcionalidade é o princípio mestre na questão da delimitação de direitos.³⁷⁶ Neste sentido, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como garantia do cidadão e directriz de actuação do Estado nas suas diferentes funções. Ao legislador cabe definir o quadro de actuação do Estado, cabendo ao aplicador a conformação do caso concreto ao juízo de proporcionalidade.

³⁷⁴ LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ª edição, Tradução de José Lamego (Fundação Calouste Gulbenkian), Berlin – Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, p. 684.

³⁷⁵ Numa nota histórica sobre o princípio da proporcionalidade Jorge Miranda refere que “desde o iluminismo essa ideia tem aparecido como conatural do próprio conceito de Direito”, afirmando-se como verdadeiro princípio axiológico fundamental. Cfr. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 3.ª edição revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 206 e 207.

³⁷⁶ COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, cit., p. 284.

O poder transferido ao aplicador do direito será variável consoante a técnica legislativa utilizada, na medida em que ou bem que se pré-determina o juízo de proporcionalidade na própria hipótese legal, ou, em alternativa, se confere abertura na interpretação e valoração da hipótese legal dando ao aplicador ampla discricionariedade na concretização da justa medida da consequência legal. No fundo, cabe determinar o *se* e *como* da aplicação do princípio da proporcionalidade.³⁷⁷ Neste sentido, a interconexão entre norma e decisão exige a intervenção do princípio da proporcionalidade em dois momentos distintos, ora validando o critério normativo legal, ora validando o critério judicativo decisório. Uma vez validada a opção legal, resta o controlo do critério judicativo decisório que terá que ser, independentemente da maior ou menor discricionariedade, precedido de uma fundamentação descritiva da situação de facto, de forma a afiançar a validade da sua decisão.

O processo de decisão assume-se como decisivo no controlo da proporcionalidade da decisão, mais do que a decisão em si. Somente através da vinculação do processo de decisão ao princípio da proporcionalidade é que é possível aferir e fundamentar a “relação adequada” entre o meio e o fim. Daí que, na órbita do juízo de imputabilidade do menor e da reacção da ordem jurídica ao facto tipificado como crime, a proporcionalidade se afira, não só na relevância e medida adequada de protecção aos bens jurídico-

³⁷⁷ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *A protecção do incapaz adulto no direito português*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 24, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 50.

penalmente protegidos, mas também na determinação da sanção e sua medida, atento o fim eleito pelo direito de responsabilização educativa.

Por conseguinte, a justa medida da sanção é feita não só por recurso a normas de protecção de bens jurídicos e respectiva moldura penal, como também, e de forma essencial, na consecução individual do fim das medidas de educação para o direito. Ora, a proporcionalidade surge, então, como medida e instrumento de validade axiológico-normativa da justa sanção, por ser através dela que é salvaguardado e reintegrado na ordem jurídica o valor do bem jurídico violado, assegurando-se, simultaneamente, ao delinquente meios para alcançar o seu pleno potencial e formação enquanto cidadão. É através do princípio da proporcionalidade que se defende o cidadão dando-lhe garantias oponíveis ao poder de punitivo do Estado, por um lado, e garantindo-lhe, por outro, um critério material de decisão e afirmação de direitos e protecção de bens jurídicos relevantes.

As exigências de validade e fundamentação de uma medida sancionatória implicam que o fim eleito como essencial pelo direito de responsabilização educativa, a saber, a educação para o direito, tenha que ter a concordância deste com a protecção dos bens jurídicos afectados pela conduta do delinquente. Neste âmbito, a ideia de uma sanção justa e útil à integração do delinquente não poderá deixar de ter como momento prévio a ponderação e concordância entre o fim educativo e a protecção dos interesses comunitários. Só depois desta ponderação é que poderemos avançar para a validação da norma e decisão à luz de três testes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Como nota Robert Alexy, estes três testes configuram-se como verdadeiras normas-regras pelas quais

a proporcionalidade em sentido estrito corresponde a uma determinação de optimização em relação às possibilidades jurídicas e a necessidade e adequação enquanto determinações de optimização em relação às possibilidades de facto.³⁷⁸ Daí se concluindo que, na justificação de uma sanção no âmbito do direito das medidas de segurança, o princípio da proporcionalidade proíbe uma medida que se “revele, na carga de negação ou restrição de direitos fundamentais do agente que representa, desajustada, desproporcionada, desmedida ou excessiva face à gravidade do facto ilícito-típico cometido e à perigosidade do agente”.³⁷⁹ No caso das crianças e jovens, por seu turno, o fim, por ser a educação para o direito, assenta na utilidade da medida face ao objectivo eleito e na restrição mínima dos direitos do delinquente uma vez salvaguardados os interesses comunitários.

No teste da adequação está em causa o fim eleito e a verificação de uma ligação de sucesso entre o meio escolhido e o fim. À luz deste critério, é necessário que se estabeleça umnexo de interdependência entre o meio e o fim. Por sua vez, o teste da necessidade tem como primordial função determinar os limites da medida. O seu critério pauta-se pelo mínimo de interferência nos direitos, interesses e bens

³⁷⁸ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, 2.^a ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 92 a 93. Na síntese de Jorge Miranda “a falta de necessidade ou de adequação traduz-se em arbítrio. A falta de racionalidade [proporcionalidade em sentido estrito] em excesso”. Assim em MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, cit., p. 207.

³⁷⁹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993, p. 449. Neste sentido, ver ainda, ANTUNES, Maria João, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, cit., p. 115.

jurídicos que se prevê virem a ser afectados com a medida. Este imperativo de escolha da medida menos restritiva possível, mas igualmente eficaz, é, pois, o que se adequa às exigências de respeito pelas posições jurídicas passíveis de serem afectadas mas que, simultaneamente, fazem resvalar as próprias limitações do critério da necessidade quando em causa estejam situações complexas.³⁸⁰ Por último, a proporcionalidade em sentido estrito prevê que a decisão só será proporcional se “dela decorrerem, de forma razoável ou adequada (ou, numa formulação negativa, não decorrerem de uma forma excessiva ou desrazoável) mais benefícios, tendo em vista a consecução do fim proposto, do que os prejuízos para os restantes direitos, interesses ou bens jurídicos em confronto”, conforme, de modo muito claro, nos diz Dulce Lopes.³⁸¹ Daí que, como referido *supra*, a proporcionalidade em sentido estrito seja um critério de optimização das situações jurídicas, relevando com particular acuidade no âmbito das medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias.³⁸² Surge, nesta medida, se quisermos, como o último crivo da justa medida da sanção a aplicar e, para o que aqui nos ocupa, para a medida de responsabilização educativa a aplicar.

³⁸⁰ Sobre este ponto, ver ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, p. 93.

³⁸¹ LOPES, Dulce, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário (Uma perspectiva de Controlo)*, Coimbra, Policopiado, 2003, p. 69.

³⁸² Sobre este princípio, ver, designadamente, o contributo de CANAS, Vitalino, «O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações», in *Perspectivas Constitucionais: Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, ed. Jorge Miranda (org.), Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

Chegados aqui, o fim que deve prosseguir o direito de responsabilização educativa assenta na impossibilidade de o sistema equiparar a criança ou jovem a um adulto plenamente imputável. Aliás, a justificação material da autonomização da posição daqueles delinquentes reside na necessidade de diferenciar a qualificação da conduta e a sua sanção, em função da incapacidade do delincente para respeitar e de se preordenar de acordo com o direito.

Traz-se, neste ensejo, à colação, a ideia de que o princípio da proporcionalidade pressupõe respeito pelo princípio da igualdade. A reacção da ordem jurídica não poderá, deste jeito, abstrair-se das particularidades e exigências do delincente que aqui está em causa, enquanto destinatário da medida, por causa de quem se elegeu o fim de educação para o direito como o propósito essencial da reacção. Nesta medida, a proporcionalidade apresenta-se como indissociável da igualdade, pois esta será sempre concretizada de forma relativa e por exercício de comparação.³⁸³ Segundo os ensinamentos de Gomes

³⁸³ Dulce Lopes conclui que apreensão prática e útil do princípio da igualdade só ocorre por intermédio do “reconhecimento do carácter relativo do conceito de igualdade, enquanto indissociavelmente ligado ao contexto de base em que desponta, e do seu carácter relacional, uma vez que se trata de um conceito essencialmente comparativo, que se inicia um processo dinâmico de reelaboração do princípio da igualdade, que culminará na sua recompreensão enquanto princípio axiologicamente imbuído, dotado de conteúdo material próprio”. Assim em LOPES, Dulce, «Princípio da Não Discriminação em Razão do Sexo na Ordem Jurídica Comunitária», *Temas da Integração*, n.º 8, 1999, p. 100. Veja-se ainda PINTO, Maria da Glória Ferreira, «Princípio da Igualdade - fórmula vazia ou fórmula “carregada” de sentido?», *BMJ*, n.º 358, 1986. Jurisprudencialmente, atente-se no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 231/94, segundo o qual “Enquanto conceito relacional, a medida do que é igual e deva ser tratado como igual depende da matéria a tratar e

Canotilho, “A igualdade designa uma relação entre diversas pessoas e coisas. Reconduz-se, assim, a uma igualdade relacional, pois ela pressupõe uma relação tripolar (Podlech): o indivíduo a é igual ao indivíduo b, tendo em conta determinadas características”³⁸⁴.

A respeito da proibição de discriminação feita pelo art. 13.º/2 da Constituição, constatamos que o elenco nele prescrito está longe de ser taxativo. Em particular, quando o art. 26.º/1 pressupõe como direito pessoal de cada um a “protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”, daí decorrendo a proibição das discriminações que se fundem em quaisquer outros motivos que atentem contra a dignidade humana, contra o Estado de Direito Democrático ou que sejam arbitrárias.³⁸⁵

do ponto de vista de quem estabelece a comparação, em termos de determinar quais são os elementos essenciais e os não essenciais num juízo acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade de soluções jurídicas dissemelhantes e eventualmente mesmo discriminatórias. (...) O que significa que a prevalência da igualdade como valor supremo do ordenamento tem que ser caso a caso compaginada com a liberdade que assiste ao legislador de ponderar os diversos interesses em jogo e diferenciar o seu tratamento no caso de entender que tal se justifica”.

³⁸⁴ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 427.

³⁸⁵ Neste sentido, Martim Albuquerque, ao afirmar que “são igualmente ilícitas as diferenciações de tratamento fundadas em outros motivos (ex. idade), sempre que eles se apresentem como contrários à dignidade humana, incompatíveis com o princípio do Estado de direito democrático ou simplesmente arbitrários ou impertinentes”, em PINTO, Eduardo Cruz, ALBUQUERQUE, Martim Eduardo Corte Real, *Da Igualdade - Introdução à Jurisprudência*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 340.

As situações que nos ocupam prendem-se, porém, não com diferenciações que expressamente sejam qualificadas como resultantes da mobilização de motivos discriminatórios ou suspeitos (veja-se o elenco não exaustivo previsto naquele n.º 2 do art. 13.º), mas com diferenciações estabelecidas para delinquentes incapazes de actuar com culpa por incompletude do seu *intellectus criminalis*. Ou seja, é este o critério que subjaz ao estabelecimento de disposições desigualitárias quanto à qualificação da conduta e reacção responsabilizadora. Todavia, as preocupações sociais e a protecção do delincente contra ele próprio não podem significar – por mais beneméritas que possam parecer – uma total e absoluta legitimação para um intervenção discriminatória, como, ainda que de modo imprudente, se poderia retirar de um modelo de protecção levado ao extremo.

Embora possa dizer-se que a aplicação da sanção implica a constituição de uma relação jurídica especial, o carácter especial desta relação não pode afastar as garantias constitucionais sobre a restrição dos direitos, liberdades e garantias. A criança ou jovem que pratica o facto não deixa, ainda que objecto de uma medida, de ser cidadão de pleno direito, conservando intactas a sua dignidade e os seus direitos fundamentais. A educação para o direito não confere ao Estado o poder absoluto e arbitrário de se socorrer de todos os meios para a assegurar.

Analisemos, pois, cada um destes testes, de forma mais desenvolvida, para nos apercebermos da sua relevância para o nosso estudo.

Falar em adequação é atender à idoneidade e utilidade do meio escolhido para o fim eleito. Ainda assim, a idoneidade do meio não

parte de uma absoluta correspondência entre aquele e o fim. Isto porque pode ser impossível encontrar um meio que alcance integralmente o fim eleito. A exigência de total adequação dependerá, pois, da importância dos bens jurídicos em confronto, mais do que da validação da decisão de acordo com o teste de adequação. O problema, nestes casos, centra-se, assim, na ponderação de bens jurídicos conflitantes.³⁸⁶ É neste ponto que o fim pode não ser totalmente prosseguido pela medida se o bem jurídico violado pelo delinquente tiver uma relevância fundamental para a comunidade, como será por exemplo o caso do bem jurídico vida. As exigências decorrentes de um efeito de prevenção geral inculcam obrigações que superam a mera educação do jovem para o direito, donde decorre, como também já referimos, uma finalidade secundária daquela e que se liga à tutela do bem jurídico posto em crise, recorrendo à aplicação de uma medida de responsabilização eventualmente mais grave. Significa isto que a idoneidade da medida a escolher se circunscreva à contribuição ou facilitação para obtenção do fim prosseguido, ou simplesmente que não dificulte tal objectivo, admitindo-se a adequação parcial, sendo impossível a total, das medidas face ao fim.³⁸⁷ A optimização que se pretende com o princípio da proporcionalidade, por definição, pressupõe que a medida a adoptar conduza ao resultado ou resultados mais satisfatórios de entre todas as alternativas possíveis (isto se as houver). Dentro desta bitola, caberá relativizar, a partir da natureza do

³⁸⁶LOPES, Dulce, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário (Uma perspectiva de Controlo)*, cit., pp. 63 e 64.

³⁸⁷ Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 168.

próprio fim, as soluções disponíveis dentro das limitações a que o julgador se encontra confrontado.

Neste sentido, a adequação da medida terá que ser útil ao fim de educação para o direito e reafirmação do bem jurídico posto em crise, ainda que possa não ser a ideal e/ou perfeita. Basta que se conclua, perante as opções disponíveis, que não seja inútil ou inoperante (sentido negativo) e que seja, na medida do possível, o meio mais eficaz ou concretizador do fim eleito (sentido positivo). A medida, para ser adequada, não pode, assim, ser inócua, devendo procurar, isso sim, aquela que seja apta à produção de efeitos conducentes ao fim eleito.³⁸⁸

Ainda que não seja, para a realização do teste de adequação, essencial considerar as circunstâncias e os factos emergentes da subjectividade de quem é objecto da medida, isso não deixa de ser relevante para o fim eleito.³⁸⁹ Como veremos, sobre este incidirá com maior intensidade o teste da necessidade, mas a inter-relação dos dois

³⁸⁸ Para o que deverá atender-se, nas impressivas palavras de VON HIRSCH, Andrew, «Sentencias proporcionales para menores. Qué diferencia con las de los adultos?», *Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil III*, 2012, pp. 61 a 85, a que a censura relativa ao facto da criança ou jovem é menor, a que a medida surtirá maior efeito que nos adultos e a que (por razões de humanidade) deve haver maior tolerância com estes delinquentes mais jovens.

³⁸⁹ RIBEIRO, Geraldo Rocha, *A protecção do incapaz adulto no direito português*, cit., p. 54. Como nota Jorge Reis Novais, apesar dos testes de adequação e necessidade serem tendencialmente objectivos, poderão exigir ou não dispensar procedimentos de valoração. Contrapondo-se à objectividade destes está o teste da proporcionalidade em sentido estrito, onde a avaliação da justa medida é essencialmente subjectiva. Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, cit., p. 166.

testes e as particularidades do caso não deixarão de moldar as opções e conformar o critério de escolha entre estas. O processo de formação intelectual a que se associa a justificação para a inexistência de *culpa* da criança ou jovem não poderá deixar de influenciar o juízo judicativo do julgador.

Destarte, a adesão do menor ao processo de educação será fulcral para afiançar a idoneidade da medida face ao fim proposto. E também a opção entre medidas privativas e não privativas da liberdade não deixará de ser influenciado pela vontade e autonomia que o delinquente demonstra no processo de educação para o direito. Jogando-se no espectro das alternativas de medidas cujo destinatário é o jovem, o sucesso daquela que venha a ser aplicada dependerá também da sua adesão, em função do juízo de prognose sobre a correspondência eficaz e eficiente entre o meio e o fim. Daí impor-se um poder de revisão e monitorização da medida com vista a assegurar a contemporânea adequação da mesma em relação ao fim, em particular quando existem variáveis que podem, durante a execução da medida, demonstrar a falha no juízo de prognose ou mesmo alterações supervenientes da situação do delinquente. O que vem a significar a adequação de um modelo em que, revelando-se a medida “desnecessária devido aos progressos educativos alcançados”³⁹⁰ pelo delinquente, no sentido da completude, sem desvios, do seu *intellectus criminalis*, essa mesma medida possa, em sede de revisão, ser substituída por outra, menos onerosa ou até, eventualmente, cessar antes de decorrido o prazo inicialmente estipulado para a sua duração. Não nos parece que esta deva, contudo, ser uma situação que venha a

³⁹⁰ Cfr. art. 136.º/1, d da LTE.

ocorrer amiúde. A ela, na nossa opinião, obviará a devida ponderação das específicas necessidades de educação no caso concreto, avaliadas no momento de aplicação da medida e definição da sua duração e forma de execução. O plano de educação para o direito estará, regra geral, estipulado de modo a que, ao seu fim e ao seu cabo, não venha a decisão judicial a revelar-se nem aquém, nem além do que o delinquente demandava do sistema de justiça. Podem, não obstante, surgir casos excepcionais em que o problema se coloque.

Hipótese diferente, mas a que não deixamos de querer dedicar algum cuidado é a da medida de internamento em centro terapêutico, a que alude o projecto de Lei de Responsabilização Educativa e que aplaudimos sem reservas. Nesse caso, e atentos os fins eminentemente terapêuticos da reacção, parece-nos que nada obsta a que, nos casos mais graves, se encontre uma solução com algumas semelhanças à que, em sede de medidas de segurança, está plasmada no art. 91.º/2 do CP. Não se trataria, ainda assim, de uma transposição de uma norma referente à inimputabilidade por anomalia psíquica para a inimputabilidade por incompletude de *intellectus criminalis* associada a um prognóstico de dificuldade da sua completa maturação sem desvios. Na realidade, em termos práticos, o que estamos aqui a dizer pode fazer algum apelo àquela norma do CP, no sentido em que se definiria que, em caso de internamento terapêutico desencadeado pela prática de um facto qualificado pela lei como crime muito grave (o critério da gravidade podia, com adaptações, ser decalcado), a medida teria sempre uma duração mínima, ainda que viessem a comprovar-se manifestas evoluções em termos de maturidade do *intellectus criminalis* e educação para o direito. Quer no caso da medida de segurança, quer no deste internamento terapêutico, a *ratio* da solução

prende-se com uma finalidade emergente de prevenção geral, para cuja orientação se encaminharia um investimento num cuidado médico-psicológico em princípio dependente da execução, sem sobressaltos, de um plano definido no momento da decisão e aplicação da medida.³⁹¹

Noutra vertente das coisas, o princípio da proporcionalidade, em particular no que à necessidade diz respeito, quando reportado ao fundamento e medida da reacção, assume particular acuidade pois o poder sancionatório do Estado pressupõe a restrição dos direitos do delinquente. Não é indiferente a pré-compreensão do fim de educação para o direito eleito. A concepção a favor da autonomização ou do paternalismo irão determinar quais os limites do poder sancionatório

³⁹¹ Referindo-se à importância deste internamento e, detidamente, aos casos em que seria aplicável, *Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório Final*, cit., pp. 65 e ss. Embora a solução esteja marcadamente voltada para as especificidades do delinquente e desvinculada do facto, parece-nos, porém, como deixámos escrito, que uma norma na Lei de Responsabilização Educativa mais próxima da que encontramos no art. 91.º/2 do CP não deixaria, também, de fazer sentido. E nem esta nossa visão das coisas cede perante uma preocupação em não cair no fosso acrítico de um ultrapassado modelo de protecção, porquanto, em boa verdade, nunca se disse, nem pode dizer, que aquele esteja totalmente errado. O que se busca, estamos certos, é um equilíbrio entre as virtualidades desse modelo de protecção e aquelas que possa advir de um modelo de justiça. Por outro lado, não parece também argumento de valia suficiente para nos fazer recuar no propósito de defender a solução *supra* o facto de, em regra, cessada a causa que deu origem ao internamento, este dever cessar, desde logo quando não há adesão à terapêutica, como no caso do internamento compulsivo previsto na Lei de Saúde Mental, pois aí estamos num plano totalmente diferente da intervenção, em que, desde logo, não houve a prática do facto qualificado pela lei como crime.

do Estado e é no âmbito do estabelecimento destes limites que assume especial protagonismo o princípio da necessidade.³⁹²

Ao exigir-se o mínimo de interferência e restrição aos direitos fundamentais de quem se responsabiliza, está a procurar-se que a restrição corresponda a uma optimização entre as exigências de educação para o direito e o mínimo de dano possível a causar na esfera jurídica de quem se julga. Desde logo, no que toca à legitimidade que o Estado tem de restringir a liberdade da pessoa, independentemente da sua idade, ou exigir-lhe determinados comportamentos. O próprio fim não pode ser pré-compreendido como um *standard* objectivo e absoluto, tanto mais porque previamente ao teste de proporcionalidade em sentido amplo há que ponderar os interesses e bens jurídicos da comunidade e do próprio delincente.

Num primeiro momento, a necessidade serve para balizar o âmbito de actuação do julgador perante o fim eleito. Uma medida só poderá ser validada quando seja *estritamente* necessária. Por isso afirma Dulce Lopes que se pretende com o princípio da necessidade optar “pela medida que provoque um mínimo de interferência nos

³⁹²A respeito da necessidade como limite veja-se a posição de Anabela Rodrigues no que toca à medida da pena e à eleição da prevenção geral como fim: “é neste sentido, enquanto limite, que a referência ao bem jurídico conforma uma exigência de proporcionalidade entre a gravidade da pena e a gravidade do facto praticado”. Cfr. RODRIGUES, Anabela, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 369. O limite da sanção, no caso do delincente jovem, resulta, porém, do máximo de restrição possível dos seus direitos na medida em que aquele actua sem culpa. Daí que o fim essencial não seja, como já vimos, a prevenção geral e os seus efeitos, mas antes a justificação proporcional da medida que, face ao juízo prévio de ponderação dos bens jurídicos, não viole os seus direitos fundamentais.

direitos, interesses e bens jurídicos que se prevê poderem ser lesados (ou que já o tenham sido, se nos encontrarmos num momento posterior ao da adopção da medida e da produção dos seus efeitos)”³⁹³.

A validação da escolha da medida pelo crivo da necessidade passa por minimizar os efeitos restritivos aos bens jurídicos em confronto.³⁹⁴ Há, por isso, um patamar de sindicância da medida considerada como adequada no que aos seus efeitos diz respeito. Já não se trata do nexo funcional entre meio e fim, mas dos efeitos que decorrem deste juízo para os afectados pela medida.

Existindo medidas que produzam efeitos restritivos ou benéficos, terá metodologicamente que aferir-se, em primeiro lugar, os efeitos restritivos enquanto critério de orientação de decisão, por se tratar dos limites intransponíveis impostos ao decisor, e, só depois, dos efeitos positivos, a relevar quando existam alternativas que produzam o mínimo de desvantagem possível na consecução de determinado fim.³⁹⁵ A dimensão positiva do teste de necessidade acaba, assim, por intervir como critério de correcção ao promover a tomada de decisão sobre medidas que tendem a favorecer e reforçar os interesses e direitos do jovem.

³⁹³ LOPES, Dulce, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário (Uma perspectiva de Controlo)*, cit., p. 66.

³⁹⁴ Assim para Jorge Reis Novais que, ao citar Fleiner, que diz “não se deve utilizar um canhão para atirar a pardais”, conclui que o princípio da necessidade chama à colação a “ideia de evitar danos desnecessários, não exigíveis pela realização do fim”. Cfr. NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, cit., p. 171.

³⁹⁵ A este respeito, Canotilho fala do “direito à menor desvantagem possível”. Assim em CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 270.

No entanto, como já foi mencionado *supra*, nem sempre é possível encontrar um meio absolutamente idóneo à consecução do fim, tal como também podem não existir alternativas disponíveis. O quadro de decisão pode estar *ab initio* limitado quanto ao tipo de medidas disponíveis a utilizar pelo julgador. No âmbito da reacção penal, por exemplo, tal pode resultar da ausência de medidas alternativas ou sucedâneas por ausência de respostas institucionais e deliberada opção de política criminal (veja-se, no caso das medidas de segurança, o já referido art. 91.º/2 do CP). Além disso, também a inexistência de equipamentos, vagas ou recursos condicionam as opções disponíveis e *perfeitas*, pelo que invariavelmente a questão vem a colocar-se não na necessidade da medida, mas sim no juízo de adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Como nota Alexy, o princípio de necessidade acaba, nas situações mais complexas ou na ausência de opções, por fixar os limites da validade da medida, mais do que servir de critério para a determinação da medida em si.³⁹⁶

Decorre do que expusemos que só possam ser assacados efeitos positivos quando o julgador tenha ao seu dispor alternativas de idoneidade equivalente. Nestas situações, a decisão passa pela comparação entre meios e efeitos mais ou menos restritivos que provocam. Contudo, mesmo aqui o teste da necessidade encontra-se limitado ao juízo de ponderação jurídica resultante da proporcionalidade em sentido estrito. A proibição de determinada medida adequada resulta não do funcionamento da necessidade —

³⁹⁶ Segundo Alexy, “que el subprincipio de necesidad presente ciertas dificultades en constelaciones más complejas no dice nada acerca de su deducibilidad del carácter de principio; *tan sólo pone de manifiesto sus límites*” [itálico nosso]. Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 93.

desde que, claro está, enquadrado nos limites negativos desta — mas do teste da proporcionalidade em sentido estrito que conclui pela de desrazoabilidade do meio disponível ou simplesmente pela proibição do aplicador do direito intervir no caso concreto.

Daí que a fixação de um prazo de duração das medidas não só pode levar à frustração do juízo de prognose que perpassou a decisão, concluindo-se pela sua inadequação, como pode a medida ela mesma ultrapassar o limite da restrição de direitos juridicamente admissível durante a execução. A validade da medida, atento o fim prosseguido, terá que estar sujeita a um escrutínio não apenas no contexto histórico da decisão mas extensível à eficácia *contemporânea* da mesma. O princípio da necessidade interfere na concretização da medida de cuidado da pessoa não só quanto ao *se*, mas também ao *como* e ao *quando*.³⁹⁷

Entre a necessidade e a adequação existe um forçoso nexos funcional: a necessidade impõe, após uma avaliação de todos os meios igualmente apropriados, a descoberta do meio menos restritivo. No acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2001 é afirmado que a realização do teste de necessidade permite resolver a questão da adequação, mas não o inverso. Significa que a relação entre o princípio da necessidade e o princípio da adequação serve para eliminar as opções alternativas existentes na medida em que, apesar de idóneas, se revelem excessivamente onerosas para os titulares dos direitos fundamentais. Acabam, no fundo, por tornar-se, apesar de inicialmente

³⁹⁷ Referindo-se aos critérios de operacionalidade prática do princípio da necessidade, Canotilho distingue entre exigibilidade material, exigibilidade espacial, exigibilidade pessoal e exigibilidade temporal. Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 270.

idóneas, lesivas ou restritivas aos bens jurídicos e interesses, tornando-se por isso não-adequadas ao fim.

A necessidade releva como instrumento de optimização a partir do caso concreto mas sem deixar de ter como referência um quadro objectivo de normalidade. O carácter restritivo resultante da aplicação da medida será determinado, não exclusivamente a partir da pessoa do jovem, antes tomando “em conta a repercussão previsível ou efectiva no círculo de destinatários da medida”.³⁹⁸ Para tal, é necessário criar patamares de intervenção — existindo alternativas —, tornando-se apenas admissível aplicar uma medida de carácter mais restritivo se o fim não for susceptível de ser alcançado pela medida prevista no nível prévio.

Continuando na senda dos ensinamentos de Alexy, é através do sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito que se procede ao derradeiro teste de optimização da medida com o fim ao proceder-se a uma estrita ponderação jurídica final. Através da proporcionalidade será aferida a gravidade e intensidade da intervenção, bem como a urgência e exigibilidade desta perante o fim fixado.

Trata-se aqui da realização do último teste com vista a apurar o real impacto da medida tendo em conta o nível e extensão da restrição aos direitos da pessoa. Perpassa um objectivo de certificar que a medida se encontra dentro dos limites do tolerável, por ser aquela, de entre as opções disponíveis, que menos onera. Para ser proporcionalmente justa não pode ser “insuportavelmente onerosa

³⁹⁸ LOPES, Dulce, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário (Uma perspectiva de Controlo)*, cit., p. 68.

para um ou vários bens jurídicos ‘constitucionalmente protegidos’³⁹⁹. De certa forma, cabe à proporcionalidade verificar “se a protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se os bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados”⁴⁰⁰. Torna-se por isso fundamental determinar previamente o fim pretendido da medida e que tipo de educação para o direito se quer promover. No final, se a ideia é de que o menor se integre como pleno cidadão capaz de se vincular às regras jurídicas, abstendo-se de violar bens jurídicos, o processo para alcançar tal desiderato irá depender da salvaguarda de um efeito de prevenção geral concomitantemente com o respeito pela autonomia e livre desenvolvimento da sua personalidade. Será dentro deste quadro prévio de valores que o derradeiro teste de proporcionalidade deverá funcionar e assegurar que a medida é tolerável atenta a sua adequada e necessária execução.

Como último teste, a proporcionalidade em sentido estrito permite corrigir a relação meio-fim, obtendo-se desse modo uma “equilibrada consideração dos termos em que a situação concreta se apresenta”⁴⁰¹. Segundo Castanheira Neves, “os fins não santificam os meios, mas ainda porque o fim-efeito conveniente haverá sempre de responder à pergunta sobre a sua validade fundamentante, no próprio cumprimento dele”⁴⁰². A proporcionalidade em sentido estrito supera

³⁹⁹ *IDEM, ibidem*, p. 69.

⁴⁰⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trads. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2006, p. 123.

⁴⁰¹ LOPES, Dulce, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário (Uma perspectiva de Controlo)*, cit., p. 70.

⁴⁰² Cfr. NEVES, A. Castanheira, «A unidade do sistema jurídico: O seu problema e o seu sentido», *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento*

as limitações do teste da necessidade, na medida em que não se circunscreve ao esquema meio-fim, permitindo a própria correcção do fim e não apenas o meio. Ou seja, o último teste poderá levar a uma reponderação dos interesses e redeterminação do fim eleito, servindo como último controlo da justa medida da sanção. Por isso o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o último crivo pelo qual se aprecia “o *desvalor* do sacrifício imposto à liberdade quando comparado com o *valor* do bem que se pretende atingir”⁴⁰³.

b. O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Encontramo-nos ainda, em sede de responsabilização educativa, a atentar no facto praticado pelo delinquente, razão pela qual não subscrevemos de forma linear a formulação de Anabela Rodrigues, quando considera que “a responsabilidade de que aqui se trata não é uma responsabilidade pelo facto (típica do direito penal), mas uma responsabilidade por aquilo que o menor é”⁴⁰⁴. Se é certo que a lógica da intervenção educativa se aparta substancialmente daquela que entrevemos intervir no âmbito do direito penal, não deixa de ser evidente que o facto do agente não é um mero acessório da decisão sobre o momento e o conteúdo da intervenção estatal. E isto, na

Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 140.

⁴⁰³ NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, cit., p. 181.

⁴⁰⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, «Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?», cit., p. 375.

verdade, por duas ordens de razões: por uma banda, porque, como já antes procurámos defender de uma maneira mais detida, não lhe deixamos de reconhecer uma finalidade de prevenção geral positiva; por outra, uma vez que, no contexto de uma condicionalidade complexa, o facto constitui igualmente um ponto ancilar ou, de outra maneira, um *quid* operativo, da intervenção.

Como acreditamos ter já antes deixado igualmente claro, as características do delinquente, isoladamente consideradas, não são ainda credoras de qualquer intervenção tutelar. Efectivamente, quando muito, aquelas poderão reclamar uma consonante intervenção no âmbito da LPCJP. Todavia, sem a prática do facto, tendo em vista apenas o que o jovem é, e considerando desde logo, e apenas, as suas marcas de personalidade, permanece proscria ao Estado a possibilidade de pretender constranger coactivamente os direitos constitucionalmente protegidos do delinquente, nomeadamente a sua liberdade. Com efeito, a dignidade da pessoa humana, ao postular o reconhecimento de uma incondicional esfera de autonomia individual e de responsabilidade, afigura-se-nos mesmo inconciliável com uma desajustada pulsão tutelar, e mesmo correctiva, do Estado que, pensamos, de outro modo, viria à epifania.

Na realidade, ao considerarmos a prática de um facto qualificado legalmente como crime como primeiro pressuposto de intervenção da LTE, estamos a assentir que o funcionamento do referido dispositivo jurídico só poderá fundamentadamente ter lugar caso tenha havido verdadeiramente uma ofensa a um bem jurídico-penalmente relevante.

Assim, ao perspectivarmos a LTE e este seu pressuposto de actuação, compreendemos que há um espaço de coincidência applicativa entre ela e o direito penal, na medida em que só quando o

direito penal se ergue como meio de protecção de um determinado bem jurídico é que a violação deste por um inimputável em razão das características inerentes à sua idade poderá desencadear, e em conformidade, a mobilização de uma medida tutelar.

Tentando ser mais claros nos nossos propósitos, e tomando de empréstimo as palavras a José de Faria Costa, “um bem é ofendido sempre que a sua jurídico-normativa intencionalidade se não cumpre por mor de uma acção humana responsável”⁴⁰⁵. Ora, a partir do momento em que aceitamos que o inimputável em razão da idade, não sendo imputável, não deixa, no entanto, de ser responsável, parece que podemos lançar mão desta noção de ofensividade⁴⁰⁶ para que nos remete o mencionado Autor. Verdadeiramente, assim deverá acontecer quando uma certa criança ou jovem responsável viola a jurídico-normativa intencionalidade de determinado bem jurídico-penal.

Por conseguinte, em suma, apenas a responsabilidade do delinquente concomitantemente com a ofensa do bem jurídico sancionado pelo direito penal, a que se junta, além destes, a necessidade de educação para o direito, podem justificadamente legitimar que se lance mão da LTE.

Ora, sendo assim, a ofensa ao bem jurídico é pressuposta na intervenção do direito penal, conquanto, na verdade, não deixe ainda

⁴⁰⁵ COSTA, José de Faria, *O perigo em direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 629.

⁴⁰⁶ Para mais desenvolvimentos, *IDEM, ibidem*, pp. 620 e ss., *IDEM, Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, cit., pp. 161 e ss. e D'ÁVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade e crimes omissivos impróprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, *Studia Iuridica*, 85, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 63 e ss.

de sê-lo na intervenção tutelar educativa (ou de responsabilização educativa). Por isso é que, quanto a nós, e como também já antes verificámos, a solução preconizada pelo legislador ao deixar na disponibilidade do ofendido, em determinadas situações, a prossecução do processo tutelar é prenhe de sentido. Achamo-nos, nesses casos, na presença de uma ofensividade concretizada expressamente na esfera jurídica de uma pessoa e cuja pretensão em ver o “agressor” responsabilizado deverá ser efectivamente questionada.⁴⁰⁷

Por outro lado, não se fazendo depender a responsabilização, como também não nos parece adequado, da absoluta adesão do delincente à resposta encontrada e à medida aplicada, há ainda, como vimos, que reconhecer-lhe o direito “de se opor à imputação do facto, à decisão sobre a sua necessidade de ser educado para o direito, à imposição da necessidade da medida educativa e ao tipo de medida a aplicar”⁴⁰⁸. Na verdade, nem isto nos deverá causar qualquer espanto,

⁴⁰⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, cit., p. 183.

⁴⁰⁸ *IDEM, ibidem*, p. 71. No mesmo sentido, NEVES, Alfredo, «A intervenção do advogado no âmbito do direito dos menores», in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós- Graduação “Protecção de Menores” – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 334 e ss. Especificamente acerca de algumas fragilidades da criança ou jovem perante o sistema que o “acusa”, veja-se REDLICH, Allison D., «La susceptibilidad de los menores a hacer falsas declaraciones de culpabilidad», *Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil III*, 2012, pp. 87 a 107. No entanto, e apontando o dedo aos efeitos do recurso, AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria de, «Intervenção tutelar educativa (antinomias do sistema e trilhos do futuro)», cit., pp. 56 e 57.

ainda que inicial, uma vez que se impõe reconhecer-lhe os direitos e garantias que enformam a sua qualidade de sujeito do processo e não mero objecto da política criminal do Estado.

Nessa medida, conhecer a ofensividade da sua conduta e referi-la, concretamente, a um lastro de exigências valorativas comunitárias de índole essencial constitui ainda uma forma de asseverar ao delinquente a presença de um substrato justo na intervenção estatal. Embora a tomada em consideração das suas características pessoais seja incontornável, e até seja por causa destas que o direito penal se acha arredado de intervir, o delinquente sabe que está vedada ao Estado a limitação dos seus direitos, liberdades e garantias, nomeadamente a sua liberdade individual, enquanto da sua conduta não resultar manifesto prejuízo para a vida em sociedade, de um modo de tal maneira fracturante que seja legítima aquela imposição estadual.

c. A DIGNIDADE PENAL DO BEM JURÍDICO TUTELADO

No seguimento do princípio que acabámos de tentar explicitar naquilo que entendemos como fundamental, urge agora formular algumas notas sobre a dignidade penal do bem jurídico atingido pelo facto do inimputável em razão da sua idade⁴⁰⁹.

A tutela subsidiária de bens jurídicos constitui, como é sabido, função primacial do direito penal. Ora, na verdade, o direito tutelar (ou de responsabilização educativa) não é, entre nós, direito penal, razão

⁴⁰⁹ Sobre o bem jurídico, por todos, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, cit., pp. 41 e ss.

pela qual, perante um facto praticado por um delinquente inimputável em razão da sua idade, poderia julgar-se afastada a necessidade de ponderar aquela tutela de bens jurídicos.

Sucedo, no entanto, que é também desta noção de bem jurídico e da necessidade da sua protecção que emerge a necessidade de responsabilizar o delinquente que, sendo inimputável, ainda assim, é capaz de “responder” pelas suas acções.

Se a infracção do inimputável não se consubstanciar na estrita ofensa de um bem jurídico-penal, não haverá lugar, parece evidente, à mobilização da sua responsabilização. Ainda que esse inimputável revele uma personalidade precisada de educação para o direito, essa carência, por si, não relevará enquanto não se traduzir na prática de um facto qualificado pela lei como crime.

O bem jurídico-penal, enquanto “manifestação de um interesse ou valor pessoal ou comunitário ou ainda como interesse ou valor cristalizado na manutenção de uma realidade comunitariamente relevante”⁴¹⁰, ou, por outras palavras, enquanto “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁴¹¹, apresenta-se, destarte, como alvo, também ele, da protecção da LTE (ou de responsabilização educativa). Partindo desse objectivo, chega-se, afinal, a uma outra finalidade da lei, a prevenção geral positiva, na medida em que, ao actuar quando existe a violação daquele bem

⁴¹⁰ COSTA, José de Faria, *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, cit., p. 169.

⁴¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, cit., p. 114.

jurídico, o Estado responde às “expectativas comunitárias relativas à sua defesa e à garantia de segurança e de paz social”.⁴¹²

Acrescente-se, ainda, que as expectativas comunitárias se concretizam, no âmbito da delinquência juvenil, por duas formas. Com efeito, não só conduz a tal desiderato a garantia de satisfação do superior interesse da criança ou jovem – que pode também justificar, embora também lhe sirva de limite, a aplicação de uma medida tutelar –, como igualmente concorre na prossecução desse objectivo a tutela *subsidiária* de bens jurídicos. E dizemos subsidiária na medida em que, sendo possível agir, junto do delinquente, por meio, por exemplo, de medidas de protecção, não se recorre ao “seu” direito de *ultima ratio*, direito que lhe é próprio e que é, no final das contas, o direito tutelar.

⁴¹² LÚCIO, Álvaro Laborinho, «O advogado e a Lei Tutelar Educativa», cit., p. 55 e 61.

CONCLUSÃO

Ao cabo do estudo que empreendemos, parece-nos que é chegado o momento de sistematizar as nossas conclusões, muito embora em cada um dos momentos do trabalho tenhamos feito um esforço por deixar de imediato claro o nosso pensamento. Há, porém, uma pergunta à qual não demos ainda resposta e que tem a ver com a pertinência do título da tese. Na realidade, à primeira vista este título poderá parecer contraditório ou até errado. Acusar-se-á até, desse modo, o carácter equívoco de tal opção, se pensarmos que não existe qualquer problema de responsabilidade penal dos inimputáveis por menoridade, desde logo, porque, sendo inimputáveis por menoridade, não são responsáveis penalmente. Tudo junto pode, efectivamente, gerar alguma perplexidade. E é por isso que, de forma muito clara, e independentemente das posições que fomos assumindo e que justificarão a escolha deste título, lhe dedicamos agora algumas palavras.

A dissertação que apresentamos parte da consideração do que é a inimputabilidade em razão da idade, do seu fundamento e da sua razão de ser, para chegar depois ao momento em que encontra justificação para que esse estado de inimputabilidade tenha de subtrair o delinquente da intervenção penal. Ao longo da investigação, nesse sentido, concluímos que o que justifica essa excepção à responsabilização penal não pode estar dependente do conceito jurídico de menoridade, mas do momento do desenvolvimento físico, mental e psicológico de alguém que é ainda uma criança ou jovem. E, por isso, assumimos muito claramente que nem só os legalmente considerados hoje inimputáveis deveriam ser considerados em condições de não lhe ver dirigido o juízo de censura próprio do direito de *ultima ratio*. Vale isto por dizer que uma das nossas primeiras e

principais conclusões é a de que existem inimputáveis em razão da sua idade que estão a ser responsabilizados penalmente e a cumprir penas. E vistas assim as coisas, parece-nos, o título da dissertação só poderia ser mais claro se tratasse “O problema da responsabilidade penal dos inimputáveis em razão da idade”.

Se os *(in)imputáveis sob condição* vêm a revelar-se numa situação de incompletude do seu *intellectus criminalis*, então, de maneira injusta, estamos perante delinquentes inimputáveis em razão da idade, mas com responsabilidade penal. E este, não restam dúvidas, é um problema a que urge dar resposta. Vai, aliás, nesse sentido, tudo o que deixamos nas páginas deste trabalho.

1. Delimitámos, desde cedo, o objecto que pretendíamos abordar, não só pelo título da dissertação, mas pela sua primeira parte, onde acabámos por concluir que o inimputável será aquele cujas especificidades, do ponto de vista da sua realidade (neuro)biológica, intelectual, ética e social, impedem a compreensão dos seus próprios factos como factos de uma pessoa e jurídico-penalmente aptos a ser reveladores de uma culpa.
2. Concebendo deste modo o Ser inimputável e aceitando, como viemos a fazer depois, que a imputabilidade é pressuposto da culpa, afastámos a possibilidade de dirigir a esta pessoa, desde logo, uma das sanções privativas do direito penal, a saber, a pena.

3. Não obstante, não deixámos nunca de delimitar a culpa relativamente à responsabilidade, enquanto capacidade de responder pela infracção praticada, ou, nas palavras de Eliana Gersão a que oportunamente nos dirigimos, de “prestar contas”. Por isso, ao afastarmos, pela inimputabilidade que vínhamos de descrever, a culpa e a pena, não estava ainda afastado o direito penal.

4. Embora não tenhamos, deliberadamente, aprofundado o problema da inimputabilidade por anomalia psíquica, importava perceber o que distinguia os “nossos” inimputáveis e os inimputáveis por anomalia psíquica. Precioso auxiliar nesse empreendimento foi, sem dúvida, o conceito que acabámos por anunciar e cuja aceitação no ordenamento jurídico português promovemos ao lançar mão de uma alternativa de redacção para o actual artigo 19.º do Código Penal – o *intellectus criminalis*.

5. Foi a partir deste conceito que pudémos lançar mão da ideia de complete *versus* formação anómala da susceptibilidade de ser imputável e, por aí, capaz de culpa no sentido da possibilidade da apreensão desta a partir do facto praticado.

6. Estando, como vimos, o cortex pré-frontal em desenvolvimento até aos vinte e um anos, não podemos, então, falar em anomalia psíquica. E isto assim o é, porquanto o processo de desenvolvimento e formação completa desta e das demais estruturas é, *per natura*, diluído no tempo. Ou seja, não

estamos perante uma errada formação já concluída (ou uma lesão dessa estrutura) que importa uma anomalia psíquica, mas um *iter* incompleto, com estágios e etapas sucessivas para a sua plena formação. No caso de uma anomalia psíquica, a lesão da estrutura cerebral assenta já no pressuposto do *terminus* da sua formação, embora imperfeito porque afectado por uma lesão.

7. Foi o *intellectus criminalis* que nos permitiu, bem vistas as coisas, afastar o espectro da menoridade quando se fala em inimputabilidade em razão da idade, ultrapassando, dessa forma, a discussão sobre o aumento da idade da imputabilidade penal tendo em vista a sua equiparação à idade da imputabilidade civil.

8. Do *intellectus criminalis*, enquanto ideia de capacidade de compreensão e manifestação de vontade do delinquent, não dissociadas de uma modelação social conforme ao direito, assim como do contributo das neurociências, servimo-nos para perceber o que está verdadeiramente em causa quando falamos em inimputáveis em razão da idade e em que medida é defensável hoje em dia alargar as margens desta inimputabilidade para lá da ficção juridicamente recorrente nesta matéria e que é a menoridade.

9. Segundo a nossa proposta, o sistema jurídico português deveria passar a reconhecer dois tipos de inimputabilidade em razão da idade: uma inimputabilidade absoluta que atingiria todos os menores de dezasseis anos, e uma outra, a

(in)imputabilidade sob condição, para todos aqueles que tivessem idade superior a dezasseis anos.

10. Dentro desta última, distinguiríamos ainda as situações em que a avaliação do requisito subjectivo seria obrigatória (entre os dezasseis e os dezoito anos) daquela em que essa avaliação só ocorreria a requerimento do MP, do próprio jovem e oficiosamente pelo juiz.

11. Desta forma, o artigo 19.º do nosso Código Penal deveria, quanto a nós, passar a ter a seguinte redacção:

Artigo 19.º

Inimputabilidade em razão da idade

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

12. O objectivo primacial do nosso esforço foi, contudo, e convém mais uma vez deixá-lo expresso, depurar o princípio da culpa enquanto princípio de denegação da intervenção do direito de *ultima ratio* sempre que não possa dizer-se que existe culpa. Não há crime, nem pena, sem culpa.

13. Plúrimos factores, desde o meio, à afectividade paterno-filial e ao desenvolvimento das componentes cerebrais da pessoa, conduzem-nos por um caminho de insusceptibilidade da verificação da culpa, em alguns casos, muito para lá dos dezasseis e até dos dezoito anos. Por isso, pareceu-nos importante trazer ao debate o novo conceito de *intellectus criminalis*, construído fundamentalmente para ser apreciado nos casos em que o facto qualificado pela lei como crime seja praticado por quem tenha mais de dezasseis anos, mas se aproxime ainda, naquele que é o juízo do perito dos peritos, o juiz, dos inimputáveis em razão da idade que conhecemos hoje em dia.

14. Associar-se-ia assim, com inegáveis vantagens para a justiça do caso concreto, ao critério objectivo da idade, a necessidade de verificação de um outro, material, subjectivo, aquele que verdadeiramente atenderia às especificidades do delinquente a quem o Estado pretende dirigir-se, garantindo que, em cumprimento do princípio da igualdade, adaptaria a solução às verdadeiras condições do seu receptor.

15. A esse propósito, e porque preferimos a solução acabada de expor à subida automática da idade da imputabilidade penal (quanto a nós menos justificada), propusemos a concepção de um sistema dual de imputabilidade em razão da idade: a inimputabilidade absoluta, até aos dezasseis anos, tal como previsto hoje em dia, e a (in)imputabilidade sob condição, cuja

concretização como imputabilidade ou inimputabilidade estaria dependente da verificação do critério adicional proposto.

16. Antecipando a crítica de existirem já, noutras sedes, até jurídico-penais (como o consentimento), expressões orientadas para a apreciação das especificidades do delinquente e, por isso, ser supérflua a proposta empreendida, viemos dizer ainda que nos parecia faltar, quer ao discernimento, quer à capacidade de entender e querer (do direito italiano), o eco axiologicamente comprometido que buscámos pela dimensão de adequada modelação social do nosso *intellectus criminalis*.

17. Muito longe de qualquer tentativa de estudo de direito comparado, fazia sentido, na nossa opinião, uma reflexão brevíssima sobre as soluções que alguns ordenamentos jurídicos encontraram para o problema da delinquência juvenil. Ainda que tenhamos advertido desde logo para a dificuldade imensa de comparações nesta matéria, desde logo, pela diferente nomenclatura utilizada, não foi difícil perceber que, quer no plano europeu, querem ordenamentos jurídicos mais longínquos, assenta hoje em amplo consenso a necessidade de buscar alternativas ao direito penal dos adultos quando se procura responsabilizar crianças e jovens infractores.

18. Enformado por características eminentemente educativas, o nosso sistema actual, plasmado na LTE, não está ainda assim isento de críticas e, por isso, como pano de fundo de muitas das nossas reflexões, esteve o estudo do Grupo de Trabalho para a

Alteração da Lei Tutelar Educativa, superiormente coordenado por Leonor Furtado. Foi, aliás, nesse estudo que encontramos a designação que também nós defendemos, de futuro, dever caber àquela lei, a saber: Lei de Responsabilização Educativa.

19. Finalmente, e como não poderia deixar de ser, havia que delimitar o espaço da nossa dissertação, separando as águas em que navegámos daquelas em que se move o direito penal ou o direito de promoção e protecção, bem assim como, assente na complexidade da tarefa de responsabilização de um inimputável, *maxime* pela privação da sua liberdade, definir alguns princípios essenciais na concepção da reacção. Foi, nesse momento da nossa reflexão, que muito claramente aceitámos a importância do facto para a responsabilização do infractor jovem.

20. A infracção por este cometida desencadeia a intervenção em que nos detemos conquanto apenas quando ocorra a ofensa a um bem jurídico com dignidade penal. Por isso é que, aliada à sua necessidade de educação para o direito (que acaba por ser manifestação do seu superior interesse), a intervenção junto da criança ou jovem tem ainda um objectivo de prevenção geral positiva e que se traduz na necessidade de apaziguamento das expectativas comunitárias, legitimamente goradas quando há facto.

21. A intervenção estadual não se faz, porém, de forma cega, e é-lhe dirigido um férreo limite desencadeado pelo próprio interesse da criança ou jovem. Embora o facto praticado por este

não seja mero acessório da intervenção, não pode ele, só por si, desencadeá-la, na medida em que não se pode falar aqui em qualquer imperativo reactivo à infracção do delinquente. Para que exista e subsista reacção tem de existir, de facto, infracção, mas esta tem de traduzir a necessidade de educação para o direito que a intervenção visa colmatar e essa dita necessidade tem, forçosamente, que subsistir no momento da decisão judicial.

22. O facto não nos parece, desde modo, nem mais nem menos importante, enquanto pressuposto, que a necessidade de educação para o direito. Responsabilização (pelo facto) e educação não subsistem uma sem a outra na nobre tarefa de dar substrato à intervenção em sede de Lei Tutelar Educativa (ou de Lei de Responsabilização Educativa).

BIBLIOGRAFIA

A

ABEL SOUTO, Miguel, «Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su reglamento de 30 de julio de 2004», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LVII, Fasc. 1, 2004, pp. 77 a 106.

Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, Volume I e II, A. A. F. D. L..

«Adolescent development of the neural circuitry for thinking about intentions», BLAKEMORE, Sarah-Jayne, OUDEN, Hanneke den, CHOUDHURY, Suparna, FRITH, Chris, *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, 2 (2), 2007, pp. 130 a 139, disponível em <http://www.researchgate.net>

A introdução da mediação vítima – agressor no ordenamento jurídico português, Colóquio 29 de Junho de 2004, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, Almedina, 2005.

ALARCÃO, Rui de, *Direito das obrigações*, (Texto elaborado pelos Drs. J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J. C. Proença, com base nas Lições do Prof. Dr. Rui de Alarcão ao 3.º ano jurídico), Coimbra, 1983 (policopiado).

ALBERGARIA, Pedro Soares de, «Aspectos judiciais da problemática da inimputabilidade», *RPCC*, Ano 14, n.º 3, 2004, pp. 381 a 396.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, 2.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

ALFAIATE, Ana Rita, RIBEIRO, Geraldo Rocha, «Sistema de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens. Debate com as Comissões: Relatório (2008 e 2009)», *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 13, Coimbra Editora, Janeiro – Junho de 2010, pp. 121 a 157;

_____, «Acompanhamento do “Sistema de Protecção de Crianças e Jovens e Leis da Adopção”: Audições de Juizes e Magistrados do Ministério Público», *Lex Familiae*, Ano 8, n.º 15, Coimbra Editora, Janeiro – Junho de 2011, pp. 79 a 112.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de, *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*, Coimbra, Almedina, 2000.

ALMEIDA, Tânia, «O desconto do tempo de privação de liberdade a título de medida cautelar na medida tutelar de internamento (no âmbito do processo tutelar educativo)», *Lex Familiae*, Ano 3, n.º 6, 2006, pp. 149 a 156.

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, «La minoría de edad penal», *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, Año II, n.º 18, 2005, pp. 5 a 10.

Alteração da Lei Tutelar Educativa – Relatório Final, (Leonor Furtado - Presidente do grupo de trabalho de alteração à Lei Tutelar Educativa), Bubok, Março de 2013.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, «Política criminal de menores», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 88, 2006, pp. 23 a 51.

AMBOS, Kai, «A liberdade do Ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal – Sobre a doutrina da culpa de Jorge de Figueiredo Dias», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa (Orgs.), Volume I, *Studia Iuridica* 99, *Ad Honorem* 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 53 a 88.

AMORIM, Rui Jorge Guedes Faria de, «Intervenção tutelar educativa (antinomias do sistema e trilhos do futuro)», *Lex Familiae*, Ano 10, n.º 19, 2013, pp. 51 a 65.

ANARTE BORRALHO, Enrique (Director), *Tendencias de la justicia penal de menores (Una perspectiva comparada)*, Madrid, Iustel, 2010.

ANDERSEN, Susan L., PINE, Daniel S., *The Neurobiology of Childhood*, Berlin – Heidelberg, Springer Verlag, 2014.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004 (reimpressão).

ANTUNES, Maria João, *O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis: os arts. 103.º, 104.º e 105.º do código penal de 1982*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993;

_____, «Alterações ao sistema sancionatório: as medidas de segurança», *RPCC*, Ano 8, 1998, pp. 51 a 65;

_____, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002;

_____, «O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica», *RPCC*, Ano 13, n.º 3, 2003, pp. 347 a 363.

«Are adolescents less mature than adults?: Minors' access to abortion, the juvenile death penalty, and the alleged APA "flip-flop"», STEINBERG, Laurence, CAUFFAMN, Elizabeth, WOOLARD, Jennifer, GRAHAM, Sandra, BANICH, Marie, *American Psychologist*, Vol. 64 (7), Oct 2009, pp. 583 a 594.

AROEIRA, Rita Isabel Pedro, *Caracterização espaço-temporal do receptor da glicina no hipocampo de rato*, Dissertação de Mestrado, Universidade de Lisboa, Faculdade de Ciências - Departamento de Química e Bioquímica, 2009, disponível em <http://repositorio.ul.pt>

ARTHUR, Raymond, «Rethinking the criminal responsibility of young people in England and Wales», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 20, Issue 1, 2012, pp. 13 a 29, disponível em <http://booksandjournals.brillonline.com/content/15718174/20/1>

AUSTIN, James, JOHNSON, Kelly Dedel e WEITZER, Ronald, «Alternativas à detenção e institucionalização de segurança para jovens delinquentes», *Infância e Juventude*, 06.2, 2006, pp. 135 a 184.

B

BARBOSA, Mafalda Miranda, «Reflexões em torno da responsabilidade civil. Teleologia e teleonomologia em debate», *BFDUC*, Vol. LXXXI, 2005, pp. 511 a 600;

_____, «O papel da imputabilidade no quadro da responsabilidade delitual», *BFDUC*, Vol. LXXXII, 2006, pp. 485 a 534.

BARQUÍN SANZ, Jesús, CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «Justicia penal juvenil en España: una legislación a la altura de los tiempos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 18, 2006, pp. 37 a 95.

BARTOLI, Roberto, «La justicia penal juvenil en Italia», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 12, 2012, disponível em <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/issue/archive>

BARTOLLAS, Clemens, MILLER, Stuart J., *Juvenile Justice in America*, Sixth Edition, Prentice Hall, 2011.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2.º vol., AAFDL, 1983;

_____, *Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra*, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990;

_____, «Legítima defesa e género feminino», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 31, 1991, pp. 143 a 159;

_____, «Género e Direito: Da igualdade ao «Direito das Mulheres»», *Themis*, Ano I, n.º 2, 2000, pp. 35 a 66;

_____, «Anjos e monstros – A construção das relações de género no Direito Penal», *ex aequo (Revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres)*, n.º 10, 2004, pp. 29 a 40;

_____, «Constituição e androginia: *Matrix Reloaded?*», *Themis*, Número Especial, 2006, pp. 195 a 200;

_____, «Violência doméstica», *Revista do CEJ*, n.º 8 – Especial, 2008, pp. 281 a 291;

_____, «A morte e a donzela», in *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida (coord.), Coimbra, Almedina, 2008, pp. 675 a 711.

BELEZA, Teresa Pizarro, MELO, Helena Pereira de, «Discriminação e contra-discriminação em razão da orientação sexual no direito português», *RMP*, n.º 123, Ano 31, 2010, pp. 5 a 57.

BENILLOUCHE, Mikaël, «Les sources internationales de la justice pénale des mineurs», *Revue Pénitentiaire et de droit pénal*, n.º 3, juillet/septembre 2013, pp. 535 a 545.

BERISTAIN, Antonio, «Aproximacion jurídica, criminológica, victimologica y teológica a los jovenes infractores (El derecho penal frente a la delincuencia juvenil)» (texto gentilmente cedido pelo Exmo. Senhor Professor Arroyo Zapatero).

BERNBURG, Jön Gunnar, KROHN, Marvin D., «Labeling, life changes, and adult crime: the direct and indirect effects of official intervention in adolescence on crime in early adulthood», *Criminology*, Vol. 41, n.º 4, 2003, pp. 1287 a 1318.

BERNUZ BENEITEZ, María José, «Justicia de menores española y nuevas tendencias penales. La regulación del núcleo duro de la delincuencia juvenil», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 2005, disponível em <http://criminnet.ugr.es/recpc/>

BERNUZ BENEITEZ, María José, FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo. Indicadores de un nuevo modelo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10, 2008, disponível em <http://criminnet.ugr.es/recpc/>

BERNUZ BENEITEZ, María José, FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima, «La libertad vigilada como medida individualizadora en la justicia de menores», *Revista Española de*

Investigación Criminológica, 7, 2009, disponível em www.criminología.net

BERTOLINO, Marta, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1990;

_____, «Profili vecchi e nuovi dell'imputabilità penale e della sua crisi», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fasc. 1, 1998, pp. 202 a 275.

BEYER, Marty, «As melhores práticas na responsabilização dos jovens: perspectiva geral», *Infância e Juventude*, 05.1, 2005, pp. 109 a 136.

BLAKEMORE, Sarah-Jayne, CHOUDHURY, Suparna, «Brain development during puberty: state of the science», *Developmental Science*, 9 (1), 2006, disponível em <http://www.researchgate.net>

_____, «Development of the adolescent brain: implications for executive function and social cognition», *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 47 (3), 2006, disponível em <http://www.researchgate.net>

BLANCO BAREA, José Ángel, «Responsabilidad penal del menor: principios y medidas judiciales aplicables en el derecho penal español», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 8, 2008, disponível em <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/issue/archive>

BOLIEIRO, Helena, GUERRA, Paulo, *A criança e a família- uma questão de direito(s). Visão prática dos principais institutos do direito da família*

e das crianças e jovens, 2.^a ed. (actualizada), Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

BRAVO, Amaia, JESÚS SIERRA, M.^a, F. DEL VALLE, Jorge, «Evaluación de resultados de la ley de responsabilidad penal de menores. Reincidencia y factores asociados», *Psicothema*, Vol. 21, n.º 4, 2009, pp. 615 a 621.

BRITO, José de Sousa e, «A medida da pena no novo código penal», *Número especial do BFDUC – “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia” – Vol. III, 1984*, Coimbra, 1984, pp. 555 e 587;

_____, «Os fins das penas no Código Penal», in *Problemas fundamentais de Direito Penal. Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2002, pp. 157 a 175.

BRONZE, Fernando José Pinto, «Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica», *BFDUC*, Vol. LXIX, 1993, pp. 177 a 199;

_____, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994;

_____, *Lições de introdução ao direito*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpressão);

_____, «A analogia como *link noético* e *by-pass* noemático entre a igualdade e a metodonomologia», *RLJ*, Ano 142.^o, 2012-2013, pp. 226 a 238.

BUGALHO, Paulo, CORREA, Bernardo, VIANA-BAPTISTA, Miguel, «Papel do cerebelo nas funções cognitivas e comportamentais - bases científicas e modelos de estudo», *Acta Med Port*, 19, 2006, pp. 257 a 268, disponível em www.researchgate.net

C

CÁMARA ARROYO, Sergio, *Derecho penal de menores y centros de internamiento. Una perspectiva penitenciaria*, Alcalá de Henares, Departamento de Fundamentos del Derecho y Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, 2011, disponível em <http://dspace.uah.es/dspace/>

_____, «Justicia juvenil restaurativa», *La Ley Penal*, n.º 85, 2011, disponível em www.laleydigital.es

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trads. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Almedina, 2006.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel, «Es conveniente un endurecimiento del Derecho Penal juvenil?: una toma de posición crítica», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LV, Fasc. 1, 2002, pp. 285 a 317;

_____, «Supresión, mantenimiento o reformiulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil? Reflexiones tras diez años de aplicación de la ley penal del menor», *Revista Electrónica de Ciencia*

Penal y Criminología, 13, 2011, disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/>

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.^a edição revista, Vol. I (artigos 1.^o a 107.^o), Coimbra: Coimbra Editora, 2014 (reimpressão).

CARVALHO, Américo Taipa de, «Condicionalidade sócio-cultural do direito penal», *BFDUC*, Vol. LVII, tomo II, 1982, pp. 1039 a 1145;

_____, «Prevenção, culpa e pena - uma concepção preventivo-ética do Direito Penal», in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes (Orgs.), Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 317 a 329;

_____, *Direito Penal, Parte Geral*, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Maria João Leote de, «Entre as malhas do desvio: jovens, espaços, trajetórias e delinquências», 2003 (art. gentilmente cedido pela autora).;

_____, «Jovens, espaços, trajetórias e delinquências», *Sociologia, Problemas e Práticas*, n.^o 49, 2005, pp. 71 a 93;

_____, «Juventude e risco social: uma questão de olhar(es)?», 2008 (art. gentilmente cedido pela autora);

- ____, «Lei tutelar educativa – desafios e constrangimentos: contextos, protagonistas e administração da justiça», 2009 (art. gentilmente cedido pela autora);
- ____, *Do outro lado da cidade. Crianças, socialização e delinquência em bairros de realojamento*, Lisboa, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 2010, disponível em <http://run.unl.pt/handle/10362/6132>
- ____, «A delinquência juvenil portuguesa em perspectiva», 2010 (art. gentilmente cedido pela autora);
- ____, «Childhood, urban violence and territory: children’s perceptions of place and violence in public housing neighborhoods in Portugal», *Children, Youth and Environments*, 23 (1), 2013 (art. gentilmente cedido pela autora);
- ____, «Delinquência infantil e juvenil e justiça em Portugal: uma questão de olhar(es)?», 2013 (art. gentilmente cedido pela autora, disponível em <http://www.opj.ics.ul.pt/index.php/marco-2013>).
- CARVALHO, Salo de, WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e, «As alternativas às penas e às medidas socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo», *Seqüência*, Vol. 33, n.º 64, 2012, disponível em <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p227/0>
- CASANUEVA SANZ, Itzár, «Una revisión del concepto de imputabilidad desde las ciencias de la salud. Su compatibilidade con la regulación

penal vigente», Estudios de Deusto, Vol. 62/1, Bilbao, Enero – Junio 2014, pp. 15 a 46.

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

CEREZO MIR, José, «Aspectos problemáticos de la eximente de anomalia o alteración psíquica», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 1, 2000, pp. 261 a 274.

CHAN MORA, Gustavo, «Fundamentos psicológico-evolutivos y neurocientíficos para el tratamiento diferenciado de la responsabilidad (y de la culpabilidad) penal de los jóvenes», *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 3, 2011, pp. 351 a 391, disponível em <http://www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr/>

CIANNAVEI, Andrea, *L'imputabilità del minore*, UNI Service, 2009.

CLEMENTE, Rosa, *Inovação e modernidade no direito de menores. A perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 16, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

- CORDEIRO, António Menezes, *Direito das obrigações*, Vol. II, Lisboa, AAFDUL, 1986 (reimpressão de edição de 1980);
- _____, *Tratado de direito civil português*, Vol. 2, Tomo 3 (Direito das obrigações: Gestão de negócios; Enriquecimento sem causa; Responsabilidade civil), Coimbra, Almedina, 2010.
- CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2008 (reimpressão).
- CORREIA, Paulo Eduardo Cristão, «Lei tutelar educativa: avaliação sumária de dois anos de vigência», *Lex Familiae*, Ano 1, n.º 1, 2004, pp. 107 a 110.
- COSTA, José de Faria, «Relações entre a *Parte Geral* e a *Parte Especial* do Código Penal», *BFDUC*, Vol. LXXI, 1995, pp. 117 a 144;
- _____, *O perigo em direito penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000;
- _____, «Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: duas questões ou um só problema?», *RLJ*, Ano 134.º, n.º 3933, Abril de 2002, pp. 354 a 366;
- _____, «Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena», in *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 205 a 235;
- _____, «A criminalidade em um mundo globalizado: ou *plaidoyer* por um direito penal não-securitário», *RLJ*, Ano 135.º, n.º 3934, Setembro – Outubro de 2005, pp. 26 a 33;

- ____, «Poder e Direito Penal (Atribuições em torno da liberdade e da segurança)», *RLJ*, Ano 136.º, n.º 3942, Janeiro – Fevereiro de 2007, pp. 151 a 158;
- ____, «Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje», *RLJ*, Ano 139.º, n.º 3958, Setembro – Outubro de 2009, pp. 48 a 55;
- ____, «O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição», *RLJ*, Ano 141.º, n.º 3974, Maio – Junho de 2012, pp. 282 a 296;
- ____, *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, 3.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012;
- ____, «Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal», *RLJ*, Ano 142.º, n.º 3978, Janeiro – Fevereiro de 2013, pp. 158 a 173.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011 (reimpressão).
- CRISTOFARO, Marcello de, BELVEREDE, Andrea, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Diritto e problemi contemporanei, 4, Milano, Giuffrè Editore, 1980.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, «La mediación en la Ley orgánica 5/2000, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 2005, disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/>

- ____, *Educación y prevención general en el derecho penal de menores*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2006;
- ____, *La medida de internamento y sus alternativas en el derecho penal juvenil*, Dykinson, 2007;
- ____, «El régimen penal del adulto-mayor de dieciocho y menor de veintiuno», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 96, 2008, pp. 5 a 43;
- ____, «La circunstância agravante de reincidencia en el derecho penal juvenil», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 11, 2011, disponível em <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/issue/archive>
- ____, «Presupuestos de la responsabilidade penal del menor: una necessária revisión desde la perspectiva adolescente», *AFDUAM*, 15, 2011, pp. 241 a 269, disponível em <http://www.uam.es/otros/afduam/sumario-15.html>
- ____, «Significado de la reincidencia en el derecho penal de menores: del pronóstico de peligrosidad a la culpabilidad», Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Julio de 2011 (art. gentilmente cedido pela autora);
- ____, «El derecho penal juvenil en España: especificidad, fines y evolución», (art. gentilmente cedido pela autora);
- ____, «La culpabilidad por el hecho del adolescente: Referencias y diferencias respecto del derecho penal de adultos», *Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil III*, 2012, pp. 9 a 32.
- CRUZ Y CRUZ, Elba, «La edad penal», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 77, 2002, pp. 457 a 474;

____, *Los menores de edad infractores de la ley penal*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Derecho Comparado, Madrid, 2010.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «Reflexiones sobre la capacidade de culpabilidade del menor y su tratamiento educativo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12, 2010, disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/>

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

D

DAMÁSIO, António R., *O Erro de Descartes: Emoção, razão e Cérebro Humano*, Temas e Debates, Círculo de Leitores, 2011.

D' ÁVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade e crimes omissivos impróprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, *Studia Iuridica*, 85, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

DELGADO EGIDO, Begoña, CONTRERAS FELIPE, Antonio, *Desarrollo social y emocional, La segunda infância: desde los seis a los doce años*, 12, disponível em http://eoepsabi.educa.aragon.es/descargas/H_Recursos/h_1_Psicol

[Educacion/h_1.2.Aspectos_sociales/02.Desarrollo_social_emocional.pdf](#)

DELUCA, Jenn, «Kohlberg's theory of moral development: theory synthesis», Bridgewater State University, disponível http://www.jenndeluca.com/wp-content/uploads/2011/02/CNSA-Theory_Moral-Development.pdf

DIAS, Jorge de Figueiredo, «Le modèle compréhensif de la doctrine du manque d'imputabilité en raison d'anomalie psychique», *in Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Vol. I, Milano, Giuffrè Editore, 1991, pp. 197 a 217;

_____, *Direito Penal Português. As consequências jurídicas do crime*, Lisboa, Aequitas/Editorial Notícias, 1993;

_____, *Liberdade. Culpa. Direito Penal*, 3.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;

_____, «O papel do direito penal na protecção das gerações futuras», *BFDUC, Volume Comemorativo do 75.º Tomo do Boletim da Faculdade de Direito*, 2003, pp. 1123 a 1138;

_____, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

_____, «Oração de Sapiência» *in Orações de Sapiência da Faculdade de Direito 1856 - 2005*, Coimbra, Imprensa da universidade de Coimbra, 2007, pp. 361 a 376;

_____, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, 6.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011 (3.^a reimpressão).

DÍAZ – MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Dir.), *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Civitas, 2008.

«Distinct Hippocampal and Basal Ganglia Contributions to Probabilistic Learning and Reversal», SHOHAMY, Daphna, MYERS, Catherine E. , HOPKINS, Ramona O., SAGE, Jake , GLUCK, Mark A., *Journal of Cognitive Neuroscience*, 21:9, Massachusetts Institute of Technology, 2008, pp. 1821 a 1833, disponível em http://www.gluck.edu/pdf/shohamy_jocn_2009.pdf

DOLZ LAGO, Manuel-Jesús, «Endurecimiento simbólico de la ley penal del menor?», *Anuario de Justicia de Menores*, n.º VI, 2006, pp. 11 a 56; _____, «La ley penal del menor española: una década después (2001 – 2011)», *Anuario de Justicia de Menores*, n.º XI, 2011, pp. 11 a 98.

DORNELES, Caroline Lacerda, CARDOSO, Aliana Anghinoni, CARVALHO, Fernanda Antoniolo Hammes de, «A educação de jovens e adultos na perspectiva das neurociências», *Revista de Psicopedagogia*, Vol. 29, n.º. 89, 2012, disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/>

DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Condutas desviantes de raparigas nos anos 90 chegadas ao conhecimento dos tribunais*, Série Monográfica

- do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2000;
- _____, «Interactividade entre penas e medidas tutelares – Contributo para a (re)definição da política criminal relativamente a jovens adultos», *RPCC*, Ano 11, Fasc. 2, 2001, pp. 251 a 301;
- _____, *Internamento de Menores Delinquentes - A Lei Portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005;
- _____, «Menores, mas imputáveis: que protecção?», in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós- Graduação "Protecção de Menores" – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 387 a 395;
- _____, «Privação de liberdade na justiça juvenil: contornos de problemas entre meios e fins», *Julgar*, n.º 22, Janeiro – Abril de 2014, pp. 75 a 95.
- DÜNKEL, Frieder, «A privação da liberdade em relação aos jovens delinquentes – tendências actuais no plano de uma comparação internacional», *Infância e Juventude*, 90.2, 1990, pp. 9 a 25.

E

ESCOBAR VÉLEZ, Susana, «El derecho penal de menores en el contexto de la Unión Europea», *Libertas – Revista de la Fundación Internacional de ciências Penales*, n.º 1, 2013.

F

FALCÓN CARO, María del Castillo, «Intervención penal y menor de edad», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 96, 2008, pp. 45 a 72.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de, *A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Porto, Publicações da Universidade Católica, 2005.

FARINHA, António, «A mediação no processo tutelar educativo», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 147 a 157.

FAVIER, Yann, FERRAND, Frédérique (eds.), *La justice des mineurs en europe. Une question de spécialité?*, Stämpfli Editions SA Berne, 2011.

FERNANDES, Plácido Conde, «Violência doméstica: Novo quadro penal e processual penal», *Revista do CEJ*, n.º 8 – Especial, 2008, pp. 293 a 340.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, «El internamento de menores. Una mirada hacia la realidade de su aplicación en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14, 2012, disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/>

_____, «Datos oficiales de la delincuencia juvenil: valorando el resultado del processo de producción de datos de la Fiscalía de menores», *InDret - Revista para el análisis del derecho*, 2, 2013, disponível em www.indret.com

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, TARANCÓN GÓMEZ, Pilar, «Populismo punitivo y delincuencia juvenil: mito o realidade», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12, 2010, disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/>

FERNANDO, Rui do Carmo, «Lei tutelar educativa – traços essenciais, na perspectiva da intervenção do Ministério Público», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 121 a 145;

_____, «Indisciplina e delitos em ambiente escolar – enquadramento jurídico e respostas judiciárias», *Lex Familiae*, Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 43 a 50.

FIALHO, António José, «Da abordagem jurídica da mediação à expectativa», *Lex Familiae*, Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 51 a 63.

FIGUEIREDO, João, «Execução de medidas tutelares educativas», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 195 a 210.

G

GAMEIRO, Aires, CORREIA, Eduardo, «Culpa», *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. 1, Verbo, 1983, pp. 1430 a 1439.

GARCÍA ESPAÑA, Elisa, «Menores de edad y registros policiales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8, 2001, pp. 295 a 307.

GARCÍA - PÉREZ, Octavio, «La reforma de 2006 del sistema español de justicia de menores», *Política Criminal*, n.º 5, 2008, pp. 1 a 31, disponível em http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_1_5.pdf

_____, «La práctica de los juzgados de menores en la aplicación de las sanciones, su evolución y eficacia», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12, 2010, disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/>

_____, «La ejecución de las medidas no privativas de libertad», *AFDUAM*,

15, 2011, pp. 271 a 291, disponível em <http://www.uam.es/otros/afduam/sumario-15.html>

GERSÃO, Eliana, «A reforma da Organização Tutelar de Menores e a Convenção sobre os Direitos da Criança», *RPCC*, Ano 7, Fasc. 4, 1997, pp. 577 a 620;

_____, «Ainda a revisão da Organização Tutelar de Menores. Memória de um processo de reforma», in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Jorge de Figueiredo Dias, Ireneu Cabral Barreto, Teresa Pizarro Beleza e Eduardo Paz Ferreira (Orgs.), Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 447 a 476;

_____, «Regras de conduta, obrigações e programas formativos. Notas soltas à volta dos arts. 13.º a 15.º da LTE», in *Direito das crianças e jovens – Lisboa, 20 e 21 de Abril de 2007, Actas do Colóquio*, Instituto Superior de Psicologia Aplicada e Centro de Estudos Judiciários, 2008, pp. 419 a 431;

_____, «Um século de justiça de menores em Portugal. No centenário da Lei de Protecção à Infância, de 27 de Maio de 2011», in *Direito Penal. Fundamentos dogmáticos e político-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sónia Fidalgo (Orgs.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1365 e ss;

_____, *A criança, a família e o direito. De onde viemos. Onde estamos. Para onde vamos?*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.

GERSÃO, Eliana, CAMPOS, Maria Cecília Monteiro de, «A justiça reparadora e a lei tutelar educativa – princípios e práticas», in

Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós- Graduação “Protecção de Menores” – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 237 a 281.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y processal de la nueva regulación)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

GUERRA, Paulo, «Medidas tutelares educativas institucionais e não institucionais – execução e acompanhamento», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 183 a 193;

_____, «Crónica dos bravos infantes – reflexão sobre a infância disfuncional», in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós- Graduação “Protecção de Menores” – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*”, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 337 a 359.

GRIGORENKO, Elena L., «The “Why(s)” of criminal behavior in juveniles: the long and the short of it», in *Handbook of juvenile forensic psychology and psychiatry*, Springer, 2012, pp. 35 a 51.

GUILLARME, Bertrand, *Penser la peine*, Questions d'éthique, Presses Universitaires de France, 2003.

H

HAINES, Kevin, CASE, Stephen, «Retórica y realidad del enfoque “Paradigma de prevención de factores de riesgo” para prevenir y reducir la delincuencia juvenil », *Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil III*, 2012, pp. 109 a 131.

Handbook on restorative justice programmes, Criminal justice handbook séries, United Nations Office on Drugs and Crime, 2006.

HARRIS, Sam, *Free Will*, New York, Free Press, 2012.

HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999;

_____, «Neurociencias y culpabilidad en derecho penal», *InDret - Revista para el análisis del derecho*, 2, 2011, disponível em www.indret.com

HENRIQUES, Pedro Correia, «O papel da desculpabilidade no sistema de responsabilidade civil», *O Direito*, Ano 141.º, 2009, pp. 429 a 457.

HERRERA PASTOR, David, «La función social del sistema de justicia juvenil», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 11, 2011, disponível em <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/issue/archive>

HERRERO HERRERO, César, *Delincuencia de menores. Tratamiento criminológico y jurídico*, 2.ª Ed., Dykinson, 2008.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe, «La transformación de la originaria Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores y sus consecuencias jurídicas», *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, Año II, n.º 18, 2005, pp. 11 a 28;

_____, «Las repetidas reformas parciales de la Ley Penal del Menor», *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario*, Año III, n.º 27, 2006, pp. 64 a 90.

«Hippocampal atrophy in recurrent major depression», SHELINE, Y. I., WANG, P. W., GADO, M. H., CSERNANSKY, J. G., VANNIER, M. W., *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 93(9), 1996, pp. 3908 a 3913, disponível em <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/8632988>

I

«Improved memory functioning and frontal lobe maturation between childhood and adolescence: a structural MRI Study», SOWELL, Elisabeth R., DELIS, Dean, STILES, Joan, JERNIGAN, Terry L., *Journal*

of the International Neuropsychological Society, 7, 2001, pp. 312 a 322, disponível em [http://legacy.oise.utoronto.ca/research/brainwaves/phpwebsite/files/uplink/Sowell_et_al_\(2001\).pdf](http://legacy.oise.utoronto.ca/research/brainwaves/phpwebsite/files/uplink/Sowell_et_al_(2001).pdf)

«Increased Amygdala: Hippocampal Volume Ratios Associated with Severity of Anxiety in Pediatric Major Depression», MACMILLAN, Shauna, SZESZKO, Philip R., MOORE, Gregory J., MADDEN, Rachel, LORCH, Elisa, IVEY Jennifer, BANERJEE, S. Preeya, ROSENBERG, David R., *Journal of Child and Adolescent Psychopharmacology*, Vol. 13, n.º 1, Março de 2003, pp. 65 a 73.

IZQUIERDO, Ciriaco, LOPEZ HIDALGO, Encarnacion M.ª, «Problemática psico-social de los delincuentes jóvenes», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 74, 2001, pp. 371 a 389.

I

JAKOBS, Michael, *Sobre la teoría de la pena*, (trad. de Manuel Cancio Meliá), Cuadernos de Conferências y Artículos, N.º 16, Universidad Externado de Colombia, 1998.

JERICÓ OJER, Leticia, «La relevância práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): aplicación obligatoria de las medidas de internamento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no

prevê pena privativa de libertad para el adulto?», *Revista Penal*, n.º 31, Enero 2013, pp. 140 a 160.

JESCHECK, Hans-Heinrich, «Evolución del concepto jurídico penal de la culpabilidad en Alemania y Austria», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 5, 2003, disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/>

JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.ª Edición corregida y ampliada, Granada, Comares Editorial, Diciembre 2002.

JIMÉNEZ FRANCO, Daniel, *La proyección de la lógica del enemigo en la responsabilidad penal del menor*, Programa de doctorado en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, Universidad de Zaragoza, Agosto de 2006 (texto gentilmente cedido pelo Exmo. Senhor Professor Arroyo Zapatero).

JORGE, Fernando Pessoa, «Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil», *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 120, 1968, pp. 104 a 160; n.º 121, 1969, pp. 79 a 158; n.º 122, 1969, pp. 113 a 271; n.º 123.º, 1969, pp. 93 a 195.

Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments, DÜNKEL, Frieder, GRZYWA, Joanna, HORSFIELD, Philip, PRUIN, Ineke (eds.), Vol. 1, 2, 3, 4, 2nd revised edition, Forum Verlag Godesberg, 2011.

K

KINDHÄUSER, Urs, «Acerca del concepto de la culpabilidad jurídico-penal», Texto da conferência proferida no âmbito do Encontro Neurociências e Direito Penal, em Coimbra, a 2 de Novembro de 2013.

KOHLBERG, Lawrence, *Moral stages and moralization: the cognitive-developmental approach*, New York, T. Lickona, 1976.

L

LAGANÉS GOMÉZ, Santiago, «Jóvenes en prisión», *La Ley Penal*, n.º 85, 2011, disponível em www.laleydigital.es

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Derecho penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

LANZA, Enrico, «L'imputabilità del minorenni: la difficoltà di interpretare la nozione di maturità e i possibili sviluppi in materia di responsabilità penale», *L'Indice Penale*, Anno XVI, n.º 2, Luglio - Dicembre 2013, pp. 349 a 393.

LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.^a ed., Tradução de José Lamego (Fundação Calouste Gulbenkian), Berlin - Heidelberg, Springer-Verlag, 1991.

LARIZZA, Sílvia, «El menor autor de delito: aspectos fundamentales de la disciplina italiana», *Anuario de Justicia de Menores*, n.º IV, 2004, pp. 57 a 76;

_____, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Pubblicazioni della Università di Pavia, Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali, Nuova série, Vol. 114, Cedam, 2005.

«La valoración social de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores», GARCÍA, M.^a Dolores, MARTÍN, Eduardo, TORBAY, Ángela, RODRÍGUEZ, Carmen, *Psicothema*, Vol. 22, n.º 4, 2010, pp. 865 a 871.

LEANDRO, Armando Gomes, «Direito e direito dos menores. Síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal», *Infância e Juventude*, 90.1, 1990, pp. 9 a 34.

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

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, 11.^a ed., Vol. I, Coimbra, Almedina, 2014.

LIMA, Pires, VARELA, Antunes, *Código Civil anotado*, com a colaboração de Henrique Mesquita, Vol. I, 4.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpressão).

LOPES, Dulce, «Princípio da Não Discriminação em Razão do Sexo na Ordem Jurídica Comunitária», *Temas da Integração*, n.º 8, 1999;
_____, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário (Uma perspectiva de Controlo)*, Coimbra, Policopiado, 2003.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Imputabilidad y culpabilidad*, México, Editorial Porrúa, 1993.

LÚCIO, Álvaro Laborinho, «O advogado e a Lei Tutelar Educativa», *RMP*, Ano 26, n.º 104, Out. – Dez. de 2005, pp. 45 a 77.

LUZÓN PENA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Editorial Universitas, S. A., 1996.

LYOTARD, Jean-François, *Le différend*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1979;
_____, *La condition postmoderne*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1994.

M

MACKAY, R. D., *Mental condition defences in the criminal law*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

- MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Segunda edição, Giuffrè Editore, 2006.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía, *La imputabilidad penal. Concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- MARTINS, A. Lourenço, *Medida da pena. Finalidades. Escolha. Abordagem crítica de doutrina e de jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- MARTINS, Cláudia, «A evolução do sistema legal de protecção das crianças e jovens em perigo em Portugal: das Ordenações Afonsinas ao século XVIII», *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 14, 2010, pp. 51 a 72.
- MARTINS, José Norberto, «Medidas tutelares educativas, sua execução e acompanhamento», *in Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 175 a 181.
- MARTINS, Rosa Cândido, «Poder paternal vs autonomia da criança e do adolescente?», *Lex Familiae*, Ano 1, n.º 1, 2004, pp. 65 a 74;
- _____, «A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento», *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da revisão de 1977*, Coimbra Editora, 2004;

_____, *Menoridade. (In)capacidade e Cuidado parental*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

«Maternal support in early childhood predicts larger hippocampal volumes at school», LUBY, Joan L., BARCH, Deanna M., BELDEN, Andy, GAFFREY, Michael S., TILLMAN, Rebecca, BABB, Casey, NISHINO, Tomoyuki, SUZUKI, Hideo, BOTTERON, Kelly N., *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, Vol. 109, n.º 8., 2012, pp. 2854 a 2859, disponível em <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3286943/>

MATTA, Caeiro da, *Direito Criminal Português*, Volume I, Coimbra, F. França Amador, Editor, 1911.

MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, 1, Buenos Aires, Astrea, 1994.

MEZGER, Edmund, «A culpa no moderno direito penal», Separata do *BFDUC*, Vol. XXXII, 1957.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 3.ª edição revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª Edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2008.

- MOLINA FERNANDÉZ, Fernando, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIII, Fasc. 1, 2000, pp. 169 a 284.
- MONTEIRO, Cristina Líbano, *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- MONTEIRO, Jorge F. Sinde, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983.
- MONTERO HERNANZ, Tomás, «La justicia juvenil en España en datos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8, 2012, pp. 537 a 558.
- MORA SÁNCHEZ, Ana María, *La medida de internamento en régimen cerrado: concepto, naturaleza y régimen de ejecución. Alternativas*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2012.
- MOREIRA, Sónia, «A autonomia do menor no exercício dos seus direitos», *Scientia Iuridica*, Tomo L, n.º 291, 2001, pp. 159 a 194.
- MOURA, José Adriano Souto de, «A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 91 a 119.

N

NEVES, Alfredo, «A intervenção do advogado no âmbito do direito dos menores», in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação "Protecção de Menores" – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 327 a 336.

NEVES, A. Castanheira, *Lições de introdução ao estudo do direito*, Nova versão, Polic., Coimbra, [s.d.];

_____, *O pensamento moderno-iluminista como factor determinante do positivismo jurídico (A origem moderno-iluminista do legalismo)*, Coimbra, [s.d.] (policopiado);

_____, *Questão-de-facto – Questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma resposta crítica)*, Vol. I (A crise), Coimbra, Almedina, 1967;

_____, *Curso de introdução ao estudo do direito*, Coimbra, 1971-1972;

_____, *O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático, Separata do número especial do BFDUC – "Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia" – Vol. I, 1984*, Coimbra, 1988;

_____, *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993;

_____, «O papel do jurista no nosso tempo», *Digesta (Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros)*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 9 a 50;

- ____, «O problema da discricionariedade», *Digesta (Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros)*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 531 a 596;
- ____, «A redução política do pensamento metodológico-jurídico», *Digesta (Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros)*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 379 a 421;
- ____, «A unidade do sistema jurídico: O seu problema e o seu sentido», *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;
- ____, «Interpretação jurídica», *Digesta (Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros)*, Vol. II, Coimbra, Coimbra, 1995, pp. 337 a 377;
- ____, «Método Jurídico», *Digesta (Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros)*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 283 a 336;
- ____, «O direito como alternativa humana. Nota de reflexão sobre o problema actual do direito», *Digesta (Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros)*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 287 a 310;
- ____, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica - I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpressão);
- ____, «O direito como validade», *RLJ*, Ano 143.º, 2013-2014, pp. 154 a 175;
- ____, *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014 (reimpressão).

NEVES, João Curado, *A problemática da culpa nos crimes passionais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

NOYA FERREIRO, M.^a Lourdes, «Las medidas cautelares en el proceso penal del menor», *Estudios penales y criminológicos*, nº. 26, 2006, pp. 165 a 214.

O

OCÁRIZ PASSEVANT, Estefanía, «Evaluación de la mediación penal en justicia juvenil e impacto en la reincidencia», *International E-Journal of Criminal Sciences*, 7, 2013, disponível em <http://www.ehu.es/inecs>

OFSTEDAL, Mary Beth, FISHER, Gwenith G., HERZOG, A. Regula, «Documentation of Cognitive Functioning Measures in the Health and Retirement Study», Survey Research Center University of Michigan, Ann Arbor, MI, HRS Documentation Report DR-006, March, 2005, disponível em <http://hrsonline.isr.umich.edu/sitedocs/userg/dr-006.pdf>

OLAIZOLA NOGALES, Inés, «La medida de internamento en régimen cerrado en la LORPM. Estamos ante un derecho penal de la seguridad?», *Revista Penal*, n.º 31, Enero 2013, pp. 190 a 220.

OLIVEIRA, Guilherme de, «O acesso dos menores aos cuidados de saúde», *in* *Temas de Direito da Medicina*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

OLIVEIRA, Jorge, «Medidas tutelares educativas – uma visão institucional», *in* *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação “Protecção de Menores” – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 361 a 385.

OSTENDORF, Heribert, «Contra a abolição do direito penal juvenil ou das suas características essenciais», *Infância e Juventude*, 06.4, 2006, pp. 69 a 91.

OTTENHOF, Reynald, «Sobre a menoridade penal: o exemplo da França», *in* *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa (Orgs.), Volume II, *Studia Iuridica* 99, *Ad Honorem* 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 783 a 792.

P

PALMA, Maria Fernanda, «Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no código Penal Português», *Sub Judice*, 11, Janeiro/Junho 1996, pp. 61 a 64;

_____, *O princípio da desculpa em direito penal*, Coimbra, Almedina, 2005.

PALMERI, Giuseppa, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, Jovene Editore, 1994.

PANTOJA GARCÍA, Félix, «Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la ley de responsabilidad penal de los menores», *AFDUAM*, 15, 2011, pp. 307 a 314, disponível em <http://www.uam.es/otros/afduam/sumario-15.html>

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «Derecho penal de menores como derecho penal?», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 98, 2009, pp. 101 a 121.

PÉREZ JIMÉNEZ, Fátima, *Menores infractores: estudio empírico de la respuesta penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel, *El tratamiento jurídico – penal de los menores infractores – LO 8/2006 (Aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

PÉREZ VITORIA, Octavio, *La minoría penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1940.

Perspectivas Constitucionais: Nos 20 Anos da Constituição de 1976, ed. Jorge Miranda (org.), Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

PIAGET, Jean, *Seis Estudos de Psicologia*, 24.^a edição, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1999.

PINTO, Eduardo Cruz, ALBUQUERQUE, Martim Eduardo Corte Real, *Da Igualdade - Introdução à Jurisprudência*, Coimbra, Almedina, 1993.

PINTO, Maria da Glória Ferreira, «Princípio da Igualdade - fórmula vazia ou fórmula “carregada” de sentido? », *BMJ*, n.º 358, 1986.

POLAINO – ORTS, Miguel, «La irrupción del derecho penal del enemigo en la legislación penal de menores», *Crónica Jurídica Hispalense / Derecho penal*, n.º 5, 2007, pp. 319 a 378.

Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Verbo, 1983.

PORTAL MANRUBIA, José, «Aspectos materiales y procesales de la mediación en la jurisdicción de menores», *Anuario de Justicia de Menores*, n.º X, 2010, pp. 181 a 236.

«Puberty-related influences on brain development», GIEDD, Jay N., CLASEN, Liv S., LENROOT, Rhoshel, GREENSTEIN, Dede, WALLACE,

Gregory L., ORDAZ, Sarah, MOLLOY, Elisabeth A., BLUMENTHAL, Jonathan D., TOSSELL, Julia W., STAYER, Catherine, SAMANGO-SPROUSE, Carole A., SHEN, Dinggang, DAVATZIKOS, Christos, MERKE, Deborah, CHROUSOS, George P., *Molecular and Cellular Endocrinology*, 254-255, 2006, pp. 154 a 162, disponível em <http://www.researchgate.net>

Q

QUEIRÓS, Raimundo, *A responsabilidade civil dos menores, dos pais e das escolas*, Lisboa, Quid Iuris, 2012.

QUINTANILHA, Anabela, «Um olhar sobre a mediação com menores na lei tutelar educativa», in *Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós- Graduação “Protecção de Menores” – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 165 a 183.

R

RAMIDOFF, Mário Luiz, *Lições de direito da criança e do adolescente - ato infracional e medidas socioeducativas*, 3.^a edição revista e actualizada, Curitiba, Juruá Editora, 2011.

RECHEA ALBEROLA, Cristina, FERNANDEZ MOLINA, Esther, «La nueva justicia de menores: la delincuencia juvenil en el siglo XXI», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 74, 2001, pp. 325 a 351.

Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade, Boaventura de Sousa Santos (org.), Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

REDLICH, Allison D., «La susceptibilidad de los menores a hacer falsas declaraciones de culpabilidad», *Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil III*, 2012, pp. 87 a 107.

RIBEIRO, Geraldo Rocha, *A protecção do incapaz adulto no direito português*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 24, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

RODRIGUES, Anabela Miranda, «Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade?», *RPCC*, Ano 7, Fasc. 3, 1997, pp. 355 a 386;

_____, «Le droit des mineurs ao Portugal. Une réforme urgente», *Criminologie*, Vol. 32, n.º 2, 1999, pp. 101 a 116;

_____, «Política criminal e política de menoridade», *Psicologia: teoria, investigação e prática*, 2, 1999, pp. 283 a 292;

____, *Novo olhar sobre a questão penitenciária. Estatuto jurídico do recluso e socialização. Jurisdicionalização. Consensualismo e prisão.*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000;

____, *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUES, Anabela Miranda, DUARTE-FONSECA, António Carlos, *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da, LOPES, Ana Christina Brito, *Introdução crítica ao ato infracional. Princípios e garantias constitucionais*, 2.^a Edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2011.

ROXIN, Claus, «Acerca da problemática do Direito Penal da Culpa», *BFDUC*, Vol. LIX, 1983, pp. 1 a 29;

____, «Culpa e responsabilidade. Questões fundamentais da teoria da responsabilidade», *RPCC*, Ano 1, Fasc. 4, 1991, pp. 503 a 541;

____, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, Navarra, Civitas, 2006.

S

SAKAI, Marcia Hiromi, FILHO, Olavo Franco Ferreira, MATSUO, Tiemi, «Avaliação do crescimento cognitivo do Estudante de Medicina:

aplicação do teste de equalização no Teste de Progresso», *Revista Brasileira de Educação Médica*, Vol. 35, n.º 4, 2011, pp. 493 a 501.

SALA DONADO, Cristina, *Proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal*, Tesis doctoral, Universitat Girona, Departament de Dret Públic, Octubre de 2002.

SALZMAN, C. Daniel, FUSI, Stefano, «Emotion, Cognition, and Mental State Representation in Amygdala and Prefrontal Cortex», *Annual Review of Neuroscience*, 33, 2010, pp. 173 a 202, disponível em <http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.neuro.051508.135256>

SANTOS, Carolina Girão, «Da especificidade do direito penal dos jovens adultos na perspectiva das consequências jurídicas do crime», *Lex Familiae*, Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 85 a 104.

SANTOS, Cláudia Cruz, *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da justiça pena. Porquê, para quê e como?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

SARAIVA, João Batista Costa, *Compêndio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e ato infracional*, 4.ª Ed., Revista e Actualizada, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010;

_____, *Adolescente em conflito com a lei da indiferença à protecção integral - uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*, 4.ª edição

revista e actualizada, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

SCHOPP, Robert F., *Automatism, insanity and the psychology of criminal responsibility. A philosophical inquiry*, Cambridge studies in Philosophy and law, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

SCOTT, Charles L., SOULIER, Matthew, «Juveniles and criminal responsibility evaluations», in *Handbook of juvenile forensic psychology and psychiatry*, Springer, 2012, pp. 83 a 92.

SERRA, Adriano Vaz, «Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual», *BMJ*, 85, 1959, pp. 115 a 241;

_____, «Fundamento da responsabilidade civil (em especial, responsabilidade por acidente de viação terrestre e por intervenções lícitas)», *BMJ*, 90, 1959, pp. 5 a 322.

SHEN, A., ANTONOPOULOS, G. A., «Restorative justice or what?: Restorative Justice in the Chinese Youth Justice System», *European Journal of Crime, criminal Law and Criminal Justice*, 21, 2013, pp. 291 a 315.

Síntese de dados estatísticos relativos aos Centros Educativos, Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, Janeiro de 2014.

SLOBOGIN, Christopher, FONDACARO, Mark R., «Juvenile justice: the fourth option», *Iowa Law Review*, Vol. 95, n.º 1, 2009, pp. 1 a 62.

STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, LXXX, Madrid, 1980;
_____, *Derecho penal. Parte general, I*, El hecho punible, Navarra, Thomson Civitas, 2005.

T

TEFFER, Kate, SEMENDEFERI Katerina, «Human prefrontal cortex: Evolution, development, and pathology», in *Progress in Brain Research*, (capítulo 9), Vol. 195, 2009, disponível em http://anthropology.ucsd.edu/faculty-staff/profiles/documents/TefferSemendeferi2012_000.pdf

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das obrigações*, 7.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

«The competence-related abilities of adolescent defendants in criminal court», POYTHRESS, Norman, LEXCEN, Frances J., GRISSO, Thomas, STEINBERG, Laurence, *Law and Human Behavior*, Vol. 30, n.º 1, February 2006.

«The history of juvenile justice», in *Dialogue on Youth and Justice*, American Bar Association, Division for Public Education, pp. 4 e ss., disponível em

<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/publications/features/DYJfull.authcheckdam.pdf>

«The impact of juveniles 'ages and levels of psychosocial maturity on judges' opinion about adjudicative competence», COX, Jennifer Mayer, GOLDSTEIN, Naomi E. S., DOLORES, John, ZELECHOSKI, Amanda D., MESSENHEIMER, Sharon, *Law and Human Behavior*, December 2010, pp. 1 a 9, disponível em <http://www.authormapper.com>

TRAJTENBERG, Nicolás, «Algunas razones por las cuales disminuir la edad de responsabilidad penal adulta en Uruguay no parece la mejor solución», *Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil III*, 2012, pp. 163 a 188.

U

URRUELA MORA, Asier, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Bilbao - Granada, Comares, 2004;

_____, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Granada, Editorial Comares, 2009.

V

VAELLO ESQUERDO, Esperanza, «La responsabilidad penal de los menores en Italia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 18, 2006, pp. 319 a 359.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011 (8.^a reimp. da 10.^a ed. de 2000).

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Derecho penal juvenil europeo*, Madrid, Dykinson, 2005.

VENTAS SASTRE, Rosa, *La minoría de edad penal*, Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2002, disponível em <http://eprints.ucm.es/4599/>

VIDAL HERRERO – VIOR, María Sonsoles, «Carácter público del derecho penal versus gestión privada de los centros de reforma de menores», *Foro, Nueva época*, n.º 11-12, 2010, pp. 231 a 289.

VIDAL, Joana Marques, «Processos tutelares: que articulação?», in *Direito Tutelar de Menores, O sistema em mudança*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 5, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 159 a 173.

VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth, «La política de defensa social y su repercusión con los niños y adolescentes», *Cahiers de Défense Sociale*, 2003, pp. 328 a 334.

VON HIRSCH, Andrew, «Sentencias proporcionales para menores. Qué diferencia con las de los adultos?», *Informes en Derecho, Estudios de Derecho Penal Juvenil III*, 2012, pp. 61 a 85.

W

WIKSTRÖM, Per-Olof H., SVENSSON, Robert, «When does self-control matter? The interaction between morality and self-control in crime causation», *European Journal of Criminology*, 7 (5), 2010, pp. 395 a 410, disponível em <http://euc.sagepub.com/>

LEGISLAÇÃO MAIS IMPORTANTE

- Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade
- Código Penal de 1852
- Código Penal
- Constituição da República Portuguesa
- Convenção dos Direitos da Criança
- Decreto de 16 de Setembro de 1886 (Código Penal de 1886)
- Decreto de 27 de Maio de 1911 (Lei de Protecção à Infância)
- Directrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a justiça adaptada às crianças, de 17 de Novembro de 2010
- Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo
- Lei Tutelar Educativa
- Organização Tutelar de Menores
- Princípios Orientadores de Riade (Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil)
- Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a garantias processuais para os menores suspeitos ou arguidos em processo penal, de 27 de Novembro de 2013

- Recommendation Rec(2003)20 of the Committee of Ministers to member states concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice
- Regime Penal Especial para Jovens
- Regras de Beijing (Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores)
- Regras de Tóquio (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Protecção dos Menores Privados de Liberdade)

