



RAFAEL DA SILVA GLATZL

INFLUÊNCIAS RECENTES DA
NEUROCIÊNCIA NOS PLANOS POLÍTICO,
NORMATIVO E PRÁTICO DO DIREITO
PENAL

Dissertação em Ciências Jurídico-Criminais

2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

RAFAEL DA SILVA GLATZL

INFLUÊNCIAS RECENTES DA NEUROCIÊNCIA NOS PLANOS POLÍTICO,
NORMATIVO E PRÁTICO DO DIREITO PENAL
*RECENT INFLUENCES OF NEUROSCIENCE ON THE POLITICAL, NORMATIVE AND
PRACTICAL PLANS OF CRIMINAL LAW*

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

Orientadora: Professora Doutora Susana Maria Aires
de Sousa

COIMBRA

2017

Dedico este trabalho aos meus pais, Carlos e Fátima, meus alicerces, sempre presentes em todos os momentos para dividir as atribuições e angústias desta hercúlea jornada, e à Keylla, meu grande amor, minha eterna companheira de sonhos e caminhadas com quem, venturosamente, peregrino de mãos dadas.

RESUMO

O advento de complexas e inovadoras tecnologias biomédicas tem levado a uma crescente utilização das evidências neurocientíficas na solução dos novos desafios enfrentados pelo Direito. Dentre os ramos jurídicos mais influenciados pelas ciências naturais destaca-se o Direito Penal, que tem se utilizado cada vez mais destes conhecimentos na busca pela consecução ótima dos seus fins sociais. Tais substratos têm auxiliado a resolução de diversas questões complexas que se apresentam ao penalista. Destacam-se, dentre outras, as discussões sobre os limites etários da maioridade penal, a permissão da interrupção terapêutica de gestações de fetos acometidos por malformações congênitas letais, como a anencefalia, e as tormentosas questões que circundam o reconhecimento ou não da inimputabilidade penal de ofensores acometidos por efeitos de anomalias psíquicas. Tais dilemas têm levado legisladores, juízes e os demais operadores do Direito Penal a buscar socorro junto ao saber de especialistas de outras disciplinas, como a Biologia, a Medicina e a Psicologia, enquanto partes da Neurociência, de forma a melhor compreender o funcionamento do cérebro e suas relações com a vida e o modo de ser do homem. A presente dissertação tratará da relação entre o Direito Penal moderno e o saber neurocientífico, de forma a promover reflexões sobre a importância da abertura do sistema jurídico contemporâneo à valoração dos elementos extrajurídicos para realização da mais lúdima justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Neurociência; Maioridade Penal; Anencefalia; Anomalia Psíquica.

ABSTRACT

The emergence of complex and innovative biomedical technologies has led to a growing use of neuroscientific evidence in solving the new challenges faced by Law. Among the fields of Law that are more influenced by the natural sciences, the criminal Law has stood out as the preferential user of these findings to reach the optimal achievement of its social purposes. These insights have helped to solve complex issues that are presented to the criminalists. Of note are the discussions on the age limits of criminal responsibility, the allowance of therapeutic interruption of pregnancies which fetuses are affected by lethal congenital malformations, such as anencephaly, and the tormenting questions that concern the (non-) recognition of criminal responsibility of offenders whose unlawful acts are committed under influence of the effects of a mental disorder. Such dilemmas have led lawmakers, judges and other operators of criminal law to seek help from the expertise of other disciplines, such as biology, medicine and psychology, as parts of neuroscience, to better understand the functioning of the brain and its relations with man's life and way of being. This thesis will address the relationship between modern criminal law and the neuroscientific knowledge, aiming to promote meditations on the importance of opening the contemporary legal system to the valuation of nonlegal elements for the accomplishment of legitimate justice.

KEY-WORDS: Criminal Law; Neuroscience; Age Limits of Criminal Responsibility; Anencephaly; Mental Disorder.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	5
PARTE I – CONTEXTUALIZAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E AS CIÊNCIAS NATURAIS.....	7
1. FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS DA EVOLUÇÃO DA DINÂMICA INTERRELACIONAL ENTRE O DIREITO E AS CIÊNCIAS NATURAIS	8
1.1. O Positivismo Jurídico Legalista no Contexto do Estado Liberal de Direito.....	8
1.2. O Normativismo no Contexto do Estado Social.....	12
1.3. A Crise do Positivismo e a Ascensão do Pós-Positivismo.....	13
PARTE II – NEUROCIÊNCIA E DIREITO PENAL: ANÁLISE DAS RECENTES INFLUÊNCIAS NOS PLANOS POLÍTICO, NORMATIVO E PRÁTICO.....	18
1. NEUROCIÊNCIA E POLÍTICA CRIMINAL: OS LIMITES ETÁRIOS DE RESPONSABILIDADE PENAL.....	20
1.1. Direito Penal e Política Criminal	25
1.2. Evolução Legislativa da Responsabilização Penal do Menor.....	26
1.3. As Influências da Neurociência em Política Criminal: Maturidade Psíquica e Maioridade Penal.....	33
2. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO NEUROCIENTISTA COMO <i>AMICUS CURIAE</i>.....	36
2.1. Hermenêutica Constitucional e o Direito Penal.....	39
2.2. Controle De Constitucionalidade e a Correção Substancial do Direito.....	42
2.3. A Figura do <i>Amicus Curiae</i> na Jurisdição Constitucional.....	46
2.4. Os Contributos da Neurociência para a Discussão sobre o Aborto nos Casos de Anencefalia: Análise do Julgamento da ADPF N° 54.....	52
2.5. A Solução Portuguesa para a Questão do Aborto de Fetos Patológicos.....	61
3. A NEUROCIÊNCIA COGNITIVA E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO DA CULPABILIDADE PENAL – A QUESTÃO DA INIMPUTABILIDADE POR PERTURBAÇÃO MENTAL.....	65
3.1. Evolução Dogmática da Culpabilidade em Direito Penal.....	73
3.1.1. A Questão da (In)existência do Livre-Arbitrio em Direito Penal.....	74
3.1.2. A Culpabilidade como Categoria Autônoma do Direito Penal e seu Desenvolvimento – da Teoria Psicológica à Normativa.....	82
3.1.3. A Neurociência Cognitiva e seus Influxos à Análise da Culpabilidade.....	88
3.1.4. Os Auxílios da Neurociência à Aferição da Imputabilidade Penal.....	92
CONCLUSÃO.....	101

INTRODUÇÃO

O ser humano é uma espécie essencialmente social, assumindo incontestavelmente um caráter de unicidade perante os outros animais em razão de seus processos complexos de cognição. Por conseguinte, as razões, emoções e ações de um homem têm o condão de repercutir, não apenas na esfera do sujeito individualmente considerado, mas também na de terceiros com os quais aquele se relacione. Quaisquer tentativas de identificar as razões subjacentes ao ser e ao agir humanos, seja este “normal” ou “anormal”, jamais poderão deixar de considerar as estruturas internas da *ratio* humana.

Os recentes avanços na compreensão do sistema nervoso central e do cérebro humano, sobretudo na chamada “década do cérebro”, são, em muito, decorrentes de pesquisas empreendidas sobre o funcionamento dos processos cerebrais no âmbito das neurociências. Essas pesquisas têm trazido à comunidade jurídica novas evidências científicas a servir de substratos teóricos para a compreensão de complexas questões com que a *práxis* jurídica se depara.

O jurista moderno não pode negligenciar os avanços tecnológicos dos últimos tempos e negar a importância do cérebro para a saúde física, mental e emocional do homem, assim como para suas dinâmicas cognitivas e comportamentais.

E, no Direito, a maior demanda por essas evidências apresenta-se nos sistemas de justiça criminal, justamente por envolverem questões jurídicas que lidam com a liberdade humana, bem tão caro e fundamental à vivência em sociedade. Nesse sentido, as questões suscitadas a partir da relação entre a Neurociência e o Direito têm refletido no emprego dos métodos e dados científicos em diversos âmbitos da concreção jurídica. Tem havido, por parte dos operadores do Direito criminal, um crescente recurso e uma maior frequência de aceitação e aplicação de tais conhecimentos nos casos concretos, seja para exculpar, tratar adequadamente ou simplesmente entender o problema com que estão lidando, embora muitas vezes de forma casual, *ad hoc* e mal concebida, o que exige reflexões sobre regras e parâmetros aceitáveis para regular essa intromissão externa na justiça penal.

Considerando essa nova realidade de crescente interpenetração entre o Direito e as Ciências Naturais, este trabalho tem por finalidade traçar um panorama geral sobre as implicações e possíveis soluções para as questões suscitadas a partir desse fenômeno.

Para tal propósito, o presente escrito será dividido em três partes. A primeira tem por objetivo delinear os fundamentos filosóficos da discussão sobre a perene relação de diálogo entre o Direito e as Ciências Naturais, de que as Neurociências são o mais novo e inovador ramo a se destacar, e de como essa interação contínua influencia na construção e aplicação do Direito positivado, sobretudo no âmbito atual de pós-positivismo. A segunda será destinada à análise dessa confluência das evidências neurocientíficas no âmbito do Direito Penal, isto é, serão abordados apontamentos sobre a manifestação dos saberes das Neurociências nos planos político, como substratos informativos à fase de positivação do Direito Penal; normativo, enquanto fundamentos extrajurídicos de interpretação das normas positivadas e atualização do pensamento jurídico em conformidade aos ideais sociais de justiça; e prático, através do estudo das influências da neurociência cognitiva na efetivação das regras jurídicas genéricas e abstratas à concretude dos fatos. Por fim, concentrar-se-á nos contornos da aptidão desse fenômeno no mundo jurídico e os necessários limites para sua legitimidade e correção.

Dessa forma, pretende-se demonstrar que o tratamento da relação entre as Neurociências e o Direito requer uma visão multidimensional, que permita amoldar à realidade jurídico-penal uma operacionalização efetiva dos conceitos e conhecimentos produzidos pelos estudos das ciências comportamentais, sem deixar de lado o caráter valorativo próprio ao Direito.

Em outras palavras, o presente trabalho desenvolve-se a partir da assunção de que o Direito Penal, como ramo jurídico que se reveste, predominantemente, de um caráter de controle social e de garantia de direitos fundamentais, não pode deixar de ponderar, quando de sua positivação, interpretação e aplicação, os saberes de outros campos de investigação, de forma a que os processos dialéticos contribuam, ainda que de forma não determinante e dentro de certos limites, para que a tomada de decisões jurídico-penais seja a mais justa e eficaz possível dentro de um dado contexto social.

PARTE I – CONTEXTUALIZAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E AS CIÊNCIAS NATURAIS

A relação de proximidade e diálogo entre o Direito e as Ciências Naturais, entre *nomos* e *physis*, não é nenhuma novidade, embora essa dialética tenha se intensificado substancialmente entre as décadas finais do século XX e o início do novo milênio, tanto por conta do aprimoramento nas compreensões acerca do Direito em geral, quanto em razão de novos desenvolvimentos na área das ciências biomédicas, em especial no âmbito das neurociências¹.

É importante notar que, conquanto se configurem em universos distintos e autônomos, o pensamento científico e o pensamento jurídico têm dialogado mais ou menos intensamente desde o limiar do século XIX, sendo evidente a notável influência que as ciências *duras* historicamente exerceram não somente sobre o Direito, como nos demais ramos do universo do Saber².

Conforme Walter Jaeschke, o estágio de pensamento e compreensão cultural do século XVIII não fazia a distinção da dualidade entre as chamadas *Naturwissenschaften* (Ciências Naturais) e as *Geistwissenschaften* (Ciências do Espírito ou Humanas), considerando as últimas não como ciências em si, mas como *techné*, pois que seu objeto de estudo se encontrava alijado da verificação através das regras rigorosas de demonstração racional³, o que impossibilitaria sua representação em “sistemas”⁴.

Com a ascensão no século XIX das ideias da filosofia clássica alemã e a consequente atribuição do *status* científico às “ciências do homem”, inicia-se a primeira fase de relevância para o estudo histórico acerca dos contributos das ciências naturais à elaboração e aplicação do Direito⁵. Vigorava, à época, o paradigma historiográfico do

¹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 128 e s.

²FARIA COSTA, José de. O Direito Penal e a Ciência: as metáforas possíveis no seio de relações "perigosas". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Número Extraordinario, organizado por Agustín Jorge Barreiro e dedicado ao tema «Derecho y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI», Madrid, BOE, 2006, p. 107 e s., p. 107-108.

³JAESCHKE, Walter. As ciências naturais e as ciências do espírito na era da globalização. *Veritas*, v. 51, n. 1, p. 121-132, mar. 2006, p. 122-123.

⁴CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 14 e s.

⁵JAESCHKE, Walter. As ciências naturais e as ciências do espírito na era da globalização. *Veritas*, v. 51, n. 1, p. 121-132, mar. 2006, p. 123.

Positivismo Científico, cujo modelo de racionalidade era dotado de aspectos centrais⁶ essencialmente herdados do paradigma físico-matemático surgido no século XVIII, fundado nas ideias dos grandes expoentes deste chamado “Século das Luzes”, como Voltaire, Rousseau, Montesquieu, Hume e Holbach⁷.

Essa herança centrava-se numa superação do Estado Absolutista e no estabelecimento de bases para a construção do Estado Moderno, com a alteração na relação entre Estado e indivíduos, de tal forma que o prisma prioritário de organização político-social deixa de ser angulado em torno do soberano e de uma concepção organicista do Estado, em prol de uma estrutura enfocada na figura do sujeito de direitos e numa concepção de Estado marcadamente individualista. Surgia o Estado Legislativo ou Liberal de Direito, ambiente propício para o desenvolvimento da ideologia positivista e, mais especificamente, do positivismo jurídico⁸.

1. FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS DA EVOLUÇÃO DA DINÂMICA INTERRELACIONAL ENTRE O DIREITO E AS CIÊNCIAS NATURAIS

1.1. O Positivismo Jurídico Legalista no Contexto do Estado Liberal de Direito

O paradigma inicial de conformação do Estado Moderno - ou Estado Liberal de Direito - foi criado em oposição ao chamado Estado Pré-Moderno - ou Absolutista -, que era a forma racional de organização política da sociedade feudal da Idade Média. Na era medieval, o exercício do poder potestativo de reis ou senhores feudais originava as normas jurídicas, confundindo-se o conteúdo destas com as vontades subjetivas ilimitadas daqueles que detinham o poder de fato e/ou a legitimação divina⁹, conforme os critérios da pré-modernidade e com claros objetivos de manutenção do *status quo*¹⁰.

⁶SOUSA, Susana Maria Aires de. *Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal* – Contributo para uma Proteção Penal dos Interesses do Consumidor. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 293-298.

⁷CASTANHEIRA NEVES, António. O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, v. 139, nº 3961, mar-abr. 2010, p. 202-221, p. 206-211.

⁸BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 3-10.

⁹WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 12 e s.

¹⁰MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998, p. 9-21.

Com as profundas transformações sociais ocorridas do final da Idade Média, como o desenvolvimento urbano e o crescimento das relações comerciais, retira-se o papel de submissão do indivíduo aos interesses da comunidade, e passa-se a tê-lo em sua importância *per se*, como sujeito de direitos. A sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias dos soberanos, passa a reclamar a imposição de balizas às suas arbitrariedades. A lei é, então, conclamada a garantir a tal indivíduo as liberdades de fazer suas próprias escolhas e a não ingerência de outros sujeitos, em especial o Estado, em suas esferas de interesses privados. Rompe-se com a legitimidade transcendental da monarquia e surgem as liberdades negativas, de modo que as regras passam a se preocupar com a regulamentação de situações futuras e a delimitar em linhas claras e pré-determinadas os limites das interferências no agir individual¹¹.

Dessa forma, o Estado Moderno, que surgiu da necessidade de pôr fim aos desmandos e abusos perpetrados pelos soberanos, promove a superação das tradições do *ancien régime* e do poder ilimitado e concentrado nas mãos de um só, e estabelece um novo modelo de organização estatal, cujo alicerce era a lei, enquanto comando estratificado, abstrato e coercitivo que se situava como regra-matriz da regulamentação do poder e imposição de regras jurídicas a todos os cidadãos¹².

Em síntese, a sistemática vigente à época do chamado “Governo das Leis” era caracterizada pela ausência de um poder arbitrário, a igualdade formal perante a lei e a ideia de que os princípios constitucionais eram resultado das normas de direito comum, revelados pelos tribunais quando da análise concreta e reconhecimento judicial de direitos individuais¹³.

O poder arbitrário e as ordenações do rei foram substituídos pela cooperação da representação popular, e a limitação das liberdades individuais tornou-se possível apenas por meio de Lei, considerada expressão máxima da soberania popular. Ou seja, as regras deixam de ser expressão da vontade de um ou poucos sujeitos em cujas figuras se concentravam todos os poderes de mando e passam a se constituir na forma de normas

¹¹BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone Editora, 1999, p. 12-28.

¹²DICEY, Albert V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: Macmillan and Co. Ltd., 2005, p. 3-36.

¹³*Ibidem*, p. 107-123.

jurídicas, que eram resultado geral e abstrato da vontade dos cidadãos como externada através de seus representantes parlamentares¹⁴.

Nesse contexto de busca por segurança jurídica e objetividade do sistema, consoante às concepções da teoria positivista de Auguste Comte, a qual pugnava como modelo de racionalidade a reger as “ciências do homem” o racionalismo naturalista, pautado pela fé no progresso ilimitado da ciência, pela negação da metafísica, a preferência pelas ciências experimentais, a confiança exclusiva no conhecimento dos fatos, pela crença panglossiana na *benignidade intrínseca do saber científico*¹⁵, surge a escola do Positivismo jurídico que, em linhas gerais, configurou-se como uma tentativa de adaptar o positivismo filosófico aos domínios da lei¹⁶.

O Positivismo Jurídico ou Juspositivismo, em seu primeiro grande momento de evolução, parte da premissa de que o direito se equipara à lei e, sendo esta produto exclusivo da vontade dos parlamentos, limita-se a atividade do jurista a descrevê-la e buscar compreender a vontade do legislador nela contida, confundindo-se texto e norma, lei e direito¹⁷.

A análise da validade das normas jurídicas era baseada em critérios puramente formais, como a competência da autoridade e a estrita obediência aos mandamentos do procedimento legislativo regularmente instituído, independendo de qualquer correspondência de seu conteúdo a ideais de justiça ou outros valores morais relevantes. Tais eram as premissas básicas do chamado Positivismo exegetico, Exegetismo ou Legalismo¹⁸.

Entendiam os seus defensores, em clara expressão daquele momento histórico em que tudo se buscava explicar em bases de cientificidade objetiva, que seria possível a criação de uma ciência jurídica a partir dos mesmos métodos tradicionalmente utilizados pelas ciências naturais, como a observação e a experimentação, e que os critérios de objetividade e falseabilidade subjacentes aos procedimentos lógicos das ciências naturais

¹⁴SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Primera edición em “Alianza Universidad Textos” 1982. Cuarta reimpresión em “Alianza Universidad Textos”. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 150-160.

¹⁵CRUZ COSTA, João. *Contribuição à história das ideias no Brasil*. 2ª Ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1967, pp. 98 e s.

¹⁶BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone Editora, 1999, p. 15-42.

¹⁷Idem, p. 20-38.

¹⁸STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 81-82.

permitiriam aos juristas chegar a resultados de verdadeiro ou falso, inclusive quando da descrição e cognoscibilidade do direito posto¹⁹. As ideias de sistema e pensamento sistemático passaram a ser aplicadas, de forma semelhante às demais ciências, ao Direito:

O «sistema» significa aqui, portanto, muito mais do que mera clareza e facilidade de domínio de uma certa matéria; significa a única maneira possível por que o espírito cognoscente consegue assegurar-se da verdade: o critério da «racionalidade» intrínseca, como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade. Por isso é que SAVIGNY (que nesta medida não foi insensível à filosofia da sua época) acentuou desde o começo, ao lado do carácter «histórico» e com idêntica importância, o carácter «filosófico» ou sistemático da ciência do Direito - vindo a segui-lo, de resto, nesta elevada valoração do sistema científico, quase todos os juristas representativos da Alemanha do século XIX²⁰.

Por óbvio, a adoção desse ideário legalista ensejou uma verdadeira hegemonia do Poder Legislativo perante os poderes Executivo e Judiciário, cujas posições, à época, assumiram um carácter de clara subordinação ao Parlamento, que detinha como tarefa exclusivamente sua a criação do Direito. Ao Executivo restava o poder de atuar nos exatos limites autorizados pela Lei, sem qualquer espaço para a discricionariedade. Ao Judiciário nada cabia além de aplicar a lei mecanicamente, de forma meramente logicista e cognitiva, uma vez excluída sua competência de interpretá-la para além de seus ditos sentidos exegéticos ou gramaticais. Tais considerações permitem qualificar o magistrado daqueles tempos como mero *bouche de la loi*²¹.

Ao jurista caberia uma atividade de simples conhecimento e descrição da norma positivada, marcadamente autônoma e alheia à função criadora do Poder Legislativo²². E nada além, pois não havia espaço para raciocínio jurídico que não fosse pautado em uma aplicação silogística do direito, com sua concreção de forma neutra, objetiva, lógica e imparcial. Estava o juiz inescapavelmente sujeito às amarras da lei²³.

O Positivismo exegético, fundado no formalismo jurídico e nos ideais de supremacia e exclusividade do Poder Legislativo no processo de criação jurídica, acabou por entrar em crise. A dimensão concreta da vivência social mostrava claramente

¹⁹CICCO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 183-186.

²⁰LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 21-22.

²¹MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 91-92.

²²FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980, p. 30 e s.

²³DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 14-22.

equivocadas as suposições de uma sociedade homogênea, composta por homens livres e em condição de igualdade, à qual se aplicaria indistintamente uma lei genérica, universal e abstrata, que não levasse em conta as necessidades distintas dos cidadãos. Ora, tal pretensão esbarrava em mera análise das condições fáticas dos componentes da realidade social, oriundos de classes desiguais e com aspirações de futuro completamente diversas²⁴.

Neste sentido, cabe referir às sábias considerações do professor Oto Ramos Duarte, que ao tratar do tema leciona que:

A emergência da conflitividade social e o caráter da não neutralidade do direito, assim como a impugnação da separação entre direito, sociedade e mercado, os quais desencadeiam, por conseguinte, a problematização da questão inerente à legitimação social e moral do próprio fenômeno jurídico, determinarão a superação das imagens das homogeneidades da sociedade liberal e a perda da posição central da lei, como forma jurídica e fonte do direito, que vinha ocupando no Estado legislativo. Com efeito, a dissolução da imagem homogênea do jurídico será a consequência das tensões a que se vê submetido o ordenamento jurídico, dadas a multiplicidade e heterogeneidade das pretensões sociais que se dirigem ao mesmo²⁵.

Por conta de tais fatos, não era mais possível pensar a lei como norma advinda da vontade homogênea do parlamento, mas como resultado plural de uma coalizão das forças dos grupos sociais e que, por ocasião da perene interação entre pontos de vista diversos, poderia adquirir contornos nebulosos e egoísticos representativos de um ou mais grupos políticos dominantes. Assim, fazia-se mister reconhecer ao julgador o poder de integração do Direito, afastando-se a crença da proibição de interpretar. É nesse contexto que surge a segunda fase do positivismo, qual seja, o Positivismo normativista ou Normativismo²⁶.

1.2. O Normativismo no Contexto do Estado Social

O Normativismo surge da divergência entre os positivistas quanto à pretensão do exegetismo de dar à lei um significado objetivo, sugerindo-se que, ao revés, era impossível considerar que as normas jurídicas de um ordenamento fossem suficientes à resolução de todas as hipóteses de aplicação. Essa mudança de paradigma surge no contexto das transformações operadas pela ascensão do Estado Social, onde os direitos não são apenas

²⁴HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, p. 170-178.

²⁵DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito*. São Paulo: Editora Landy, 2004, p. 45-46.

²⁶STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 5-8.

civis, mas também individuais, econômicos, culturais. Isto é, surgem os chamados “direitos sociais”, que demandam uma atuação estatal positiva para que se garanta o suporte material mínimo aos direitos dos cidadãos.

Nesse diapasão, a superação da ideia de fechamento semântico do Direito implicava, além de uma ideal de cooperação entre os Poderes estatais, uma delegação aos juízes de certa discricionariedade para que pudessem resolver os *hard cases*, nos quais a mera aplicação mecânica da lei positivada era insuficiente²⁷.

Um dos grandes expoentes do Normativismo, o filósofo austríaco Hans Kelsen, afastou-se do legalismo ao considerar que os textos jurídicos possuíam natureza polissêmica, cuja revelação dos significados incumbia ao jurista. Assim, ao aplicar o Direito aos casos difíceis, deveria o julgador trazer à tona sua vontade, o que concedeu ao Poder Judiciário um novo papel e um expressivo âmbito de discricionariedade para a tomada de suas decisões²⁸.

Como primeiro argumento desfavorável ao dogma da vontade do legislador e a favor da possibilidade de controle da atividade legiferante pelo Poder Judiciário, aduzia Kelsen, ao discutir a relação entre ser e dever ser, que a vontade do legislador deveria ser compreendida como um fato psicológico pertencente ao mundo do ser²⁹.

De acordo com sua teoria, de um ser não seria possível derivar um dever ser, e a força de comando da lei não poderia derivar da mera vontade que levou à sua enunciação. Um dever ser só poderá ser originado por outro dever ser. A vinculação por parte dos sujeitos submetidos à lei só existe na medida em que essa norma jurídica seja enunciada como um comando que esteja em total acordo com outra norma superior que condiciona a sua existência³⁰. É o embrião do que posteriormente se desenvolveria como o princípio da supremacia da Constituição.

1.3. A Crise do Positivismo e a Ascensão do Pós-Positivismo

A crise do positivismo e sua derrocada são evidenciados, entre outras razões, pelo pluralismo e a complexidade da sociedade pós-moderna, e as dificuldades de mitigar a aplicação das normas positivas mesmo diante de soluções jurídicas absurdas ou

²⁷AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1984, p. 52-54.

²⁸*Ibidem*.

²⁹KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 20-45.

³⁰KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 40-56.

desproporcionais, como no exemplo da opressão da dignidade humana dos alvos preferenciais da Alemanha nazista, razões pelas quais se passa a reconhecê-lo como incapaz de explicar de forma adequada a realidade jurídica de novos tempos, não podendo mais ser a letra fria da lei aceita incondicionalmente³¹.

Assim, muito embora o Positivismo Jurídico, em suas últimas expressões, tenha se afastado de seu caráter acrítico original dos tempos do Exegetismo e da separação estanque entre Direito e Moral, seu *modus operandi* não foi suficiente para evitar que, em nome da lei, o Direito fosse utilizado como fonte legitimadora para a realização de barbáries e atrocidades, tais como as leis tirânicas de Nuremberg que validaram as condenáveis práticas nazistas na primeira metade do Século XX. A comunidade jurídico-político global não mais aceitaria a submissão cega ao império de leis injustas, por sua mera validade formal. Fazia-se necessário promover uma maior abertura do sistema jurídico aos parâmetros morais de justiça. Com isso, surge o movimento de aproximação do Direito com a moral e os princípios constitucionais, o pós-positivismo³².

No século XX, então, opera-se uma radical modificação no cenário jurídico. A assunção do Estado Constitucional de Direito, produto de uma série de transformações que ocorrem nos pensamentos jurídico e político ocidentais após os horrores da II Guerra Mundial, dá novos contornos ao princípio da legalidade. Reconheceu a comunidade jurídica internacional que as soluções aos problemas enfrentados pelo Direito não poderiam ser dadas apenas pelo legislador, mas através da colaboração entre este, os juízes, a doutrina e a sociedade. Mais do que isso, defende-se que a concepção de legalidade deve se revestir de uma nova qualidade – para além de uma dimensão formal, busca-se o atendimento a um conteúdo material ou substancial das normas – a qual exige a conformação das leis à Constituição e aos direitos fundamentais, sob pena de sua fatal invalidade³³.

O estatismo legalista, típico do positivismo liberal, e sua ideia de que a interpretação das normas jurídicas sempre levaria à admissão de uma única resposta

³¹MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 10-13.

³²SILVA, Alexandre Garrido da. Direito, correção normativa e institucionalização da justiça. *Revista de Direito do Estado*, v. 1, n. 1, jan-mar. 2006, p. 331-346, p. 336.

³³FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 50-56.

jurídica correta, tornam-se incapazes de atender aos novos anseios sociais. Se antes o reconhecimento dos direitos fundamentais e dos princípios de Direito dependia da lei, de ora em diante são as leis que devem conformidade aos princípios e normas constitucionais, impondo-se nova obrigação ao jurista: ao invés de ater-se à revelação da *mens legislatoris*, deveria buscar sua *ratio essendi*, de forma a corrigi-la e adequá-la quando da análise do caso concreto³⁴.

É exatamente nesse contexto que os princípios jurídicos e os direitos fundamentais passam a deter papel de destaque nas arenas de debate, aparecendo como meios capazes de iluminar o juiz para a obtenção da resposta o mais correta possível às questões complexas com que este viesse a se deparar em sua *praxis* judicante. A inclusão dos princípios jurídicos como espécies normativas, ao lado das regras, promoveu um grande desenvolvimento e refinamento das teorias do Direito, visando-se à maior justiça possível dentro dos espaços de discricionariedade judicial. Essas são as linhas gerais do que defendem Ronald Dworkin³⁵ e Robert Alexy³⁶, os dois mais conhecidos expoentes do movimento filosófico que ora se nomina pós-positivismo.

Nos dias atuais, o sistema constitucional determina tanto o aspecto formal de produção das normas, quanto o próprio conteúdo das leis, não mais subsistindo a vontade do legislador como critério único e vinculante de toda a interpretação jurídica. Não se fala mais em hierarquia entre técnicas de interpretação, entendendo-se que a lei não pertence ao legislador, mas ao povo, não sendo sua validade decorrente de procedimento legislativo regular, mas de sua obediência aos critérios formais e materiais do texto constitucional³⁷.

Esse controle torna-se ainda mais necessário levando-se em conta a realidade dos parlamentos modernos, que funcionam à base de coalizões de compadrio que tendem a costurar acordos voltados à criação e preservação, muitas vezes, de interesses de certas lideranças partidárias de maioria, sejam governo ou oposição, ou ainda a garantia de interesses de financiadores de campanha e *lobbyistas*. Numa sociedade moderna cada vez mais complexa e plural, de valores e interesses cada vez mais distintos, não há mais como se pensar no Legislador como um ente capaz de regular os desacordos morais de modo

³⁴FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, n. 15, jul-dez. 2006, p. 113-136, p. 114-116.

³⁵V. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 23-127.

³⁶V. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 520-575

³⁷GUIMARÃES, Mário. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 331-332.

uniforme, universal e sistêmico. Não se vislumbra, de fato, como determinar concretamente qual a real vontade do legislador, tornando-se premente a atuação do operador do Direito na solução para os programas axiológicos e para a falta de consensos em um dado sistema constitucional³⁸.

Dessa reflexão advém a necessidade de um sistema de controle e limitação à produção normativa, o que acaba por consubstanciar sua submissão à análise de compatibilidade material com os princípios constitucionais. Dito de outra forma, ultima-se a busca da substância da lei, que perde seu posto de supremacia e passa a subordinar-se à Constituição³⁹.

A importância dessa nova compreensão crítica é cristalina. Com a plena eficácia normativa das Constituições e a subordinação da legislação ordinária à lei maior, a tarefa da doutrina jurídica deixa de se resumir à descrição da norma positiva como anteriormente. Os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, ao conferirem um caráter de unidade e harmonia ao ordenamento jurídico, revolucionam a ciência jurídica, atribuindo ao operador do Direito a responsabilidade de, no desempenho de seu dever de projeção e cristalização da norma adequada, dar efetividade aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade⁴⁰.

De posse de tais conhecimentos, é possível a conclusão de que o entendimento doutrinário atual é no sentido de que a jurisdição, no âmbito do Estado Constitucional e da força normativa da Lei Maior, não se limita a declarar o significado intrínseco de uma norma preexistente por meio de logicismos e fórmulas de certo ou errado, mas colaborar de forma ativa à unidade do Direito e dissipar as dúvidas interpretativas, reduzindo a indeterminação normativa com vistas a se alcançar um desenvolvimento de acordo com as necessidades sociais⁴¹.

Por óbvio, essa nova ordem constitucional vigente também estende suas influências ao âmbito do Direito Penal moderno que, segundo José de Faria Costa, por força de sua matriz de natureza liberal-social, deve aceitar, sem hesitação, dados científicos

³⁸BESSON, Samantha. *The morality of conflict: reasonable disagreement and the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2005.

³⁹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 160 e s.

⁴⁰*Ibidem*.

⁴¹ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45-56.

que o auxiliem a atingir suas finalidades precípua de pacificação social e a realização da melhor justiça possível no âmbito de um determinado contexto histórico. Afinal, para Faria Costa, o Direito das Penas “afirmará tanto mais a sua vigência e a sua eficácia – e com isso a legitimidade – quanto mais intensamente acolher, em toda a sua autonomia metodológica, teleológica e dogmática, os dados que a ciência lhe fornece”⁴².

Ressalte-se que essa consideração contextual tem por objetivo tão somente aclarar a evolução do pensamento crítico do Direito, com o intuito de preparar o leitor para a compreensão da dinâmica interrelacional entre o Direito Penal e as Ciências Naturais no contexto jurídico contemporâneo, em especial quanto à abertura do Direito para os elementos extrajurídicos da neurociência, sem que isso signifique um retorno ao paradigma jusfilosófico do positivismo clássico.

⁴²FARIA COSTA, José de. «O Direito Penal e a Ciência: as metáforas possíveis no seio de relações "perigosas"», In: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Número Extraordinario*, organizado por Agustín Jorge Barreiro e dedicado ao tema «Derecho y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI», Madrid: BOE, 2006, p. 107 e s., p. 109.

PARTE II – NEUROCIÊNCIA E DIREITO PENAL: ANÁLISE DAS RECENTES INFLUÊNCIAS NOS PLANOS POLÍTICO, NORMATIVO E PRÁTICO

Quando se analisa o estágio atual das ciências em seu conjunto, observa-se que os progressos científicos mais recentes, sobretudo os das últimas duas décadas, trouxeram possibilidades tecnológicas que geram a impressão de que todo o conhecimento técnico acumulado nos séculos anteriores nada mais representa do que uma pré-história, uma fase ultrapassada e longínqua do conhecimento humano ulteriormente sobrepujada pela ordem técnico-científica moderna⁴³.

Dentro desse contexto, as pesquisas em neurociência, especialmente entre os anos 1990-2000, em muito cresceram, envolvendo pesquisadores das mais diversas áreas no estudo do sistema nervoso central, tanto em seus aspectos neurobiológicos quando nos sociais, com a realização das mais diversas investigações multidisciplinares sobre a dinâmica do cérebro⁴⁴.

Esse trabalho multidisciplinar, através das pesquisas em neurociência, tem contribuído significativamente para a compreensão do homem em suas mais variadas dimensões individuais e relacionais. Afinal, os atemporais questionamentos acerca de quem somos e os porquês de agirmos da forma que o fazemos não podem prescindir da apreensão dos aspectos basilares das funções cerebrais, hoje mapeados e descritos pela neurociência. É possível afirmar, no estado atual do conhecimento humano, que esta ciência multidisciplinar, composta pelos saberes da Medicina, Biologia, Psicologia, Sociologia, Antropologia e outras áreas correlatas ao seu âmbito de estudos, tem como objetos de análise a estrutura e as funções, normais ou patológicas, do sistema nervoso⁴⁵.

E o Direito, como ciência social aplicada, não pode se esquivar de buscar uma integração saudável com a neurociência, a fim de melhor compreender o ser humano em toda sua complexidade e particularidades, sobretudo quando da análise de suas peculiares dimensões psicológica/mental, física e ambiental. Afinal, o diálogo com a neurociência

⁴³SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Um Discurso sobre as Ciências*. 5ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008, p. 17.

⁴⁴TAKASE, Emílio. Contribuições recentes da Neurociência à Psicologia. *Revista de Ciências Humanas*, n. 34, out. 2003, p. 441-458, p. 442-443.

⁴⁵ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *Culpabilidade, Livre-Arbitrio e Neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penais da revolução neurocientífica*. Salvador: EDUFBA, 2014, p. 121.

permite uma mudança significativa nas perspectivas de análise e compreensão das várias facetas do homem moderno⁴⁶.

Essa rede de conhecimentos permite ao jurista compreender, por exemplo, como operam as transformações do comportamento humano na passagem para a adolescência e a juventude⁴⁷. E mais, tornaram possível analisar em pormenores as diferenças, entre menores e adultos, quanto à maturação dos centros cerebrais responsáveis pelo respeito e compreensão das regras estabelecidas de convivência, de forma a reconhecer as nuances da formação da personalidade humana e respeitar a condição peculiar das pessoas em desenvolvimento⁴⁸.

E essa melhor percepção dos processos de estruturação do sistema nervoso e das faculdades mentais superiores em crianças e adolescentes, como se verá ao tratar-se das influências da neurociência no plano político do Direito Penal, permite explicar os porquês de a doutrina defender sua sujeição aos limites de uma responsabilização penal especial, que atribua a esses seres humanos em desenvolvimento uma tutela jurisdicional diferenciada e atenta às suas possibilidades de adaptação e conformação às instituições sociais⁴⁹.

Ainda, os avanços nos estudos da neurociência permitiram diagnosticar e compreender que certas patologias e malformações cerebrais que podem acometer os nascituros, como a anencefalia, destituem aqueles seres humanos em formação de quaisquer possibilidades de viabilidade para a vida extrauterina. Dessa forma, as compreensões científicas acerca da formação e importância de cada uma das estruturas do sistema nervoso central permitem concluir que a ausência da completude dos tecidos encefálicos é suficiente, por si só, para inviabilizar a sobrevivência da criança⁵⁰.

E tais informações foram de essencial importância para a decisão do Supremo Tribunal Federal quando permitiu a interrupção das gestações de fetos diagnosticados

⁴⁶MILLER, Gregory A.; KELLER, Jennifer. Psychology and neuroscience: making peace. *Current Directions in Psychological Science*, v. 9, n. 6, dez. 2000, p. 212-215, p. 213-214.

⁴⁷HERCULANO-HOUZEL, Suzana. *O cérebro em transformação*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 85-95.

⁴⁸MACHADO, Martha de Toledo. Sistema Especial de Proteção da Liberdade do Adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (orgs.). *Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 400 e s.

⁴⁹PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 25 e s.

⁵⁰DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Anis, 2004, p. 20 e s.

como portadores de tais patologias letais, tendo os neurocientistas desempenhado papel crucial, enquanto *amicus curiae*, para o convencimento dos julgadores da ADPF n. 54 quanto à formação de suas interpretações. Afinal, como se verá, não havendo qualquer possibilidade de reversão do quadro clínico, a interrupção voluntária de tais gravidezes não consubstancia nada além de uma antecipação de um resultado inevitável – a morte do feto – e, portanto, não há que se cogitar de considerar tais condutas como subsumíveis às iras das normas incriminadoras do aborto⁵¹.

Essencial tem se mostrado, por fim, a colaboração da neurociência para a compreensão do comportamento humano e a melhor percepção dos efeitos neuropsicológicos de certas anomalias mentais, sobretudo quanto à severidade de suas influências na capacidade de autodeterminação dos agentes frente às regras e contextos apropriados de convívio social. Dessa forma, os estudos da neurociência mostram a influência das bases biológicas nas diferenças individuais entre os homens, nos aspectos cognitivo, emocional e comportamental, e têm, portanto, essencial repercussão para o jurista. Mais, tais esclarecimentos são cruciais para a análise da justa composição do caso concreto no plano prático do Direito Penal, mais especificamente em se tratando da avaliação concreta pelo magistrado da alegada inimputabilidade em função de anomalia psíquica de certo ofensor, pois que permitem uma análise mais justa das possíveis perturbações mentais de que esteja acometido e, para o que mais interessa ao Direito Penal, se suas capacidades cognitivas e volitivas estavam ausentes no momento do fato⁵².

1. NEUROCIÊNCIA E POLÍTICA CRIMINAL: OS LIMITES ETÁRIOS DE RESPONSABILIDADE PENAL

A título de introdução, deve-se aduzir que a conformação do sistema jurídico e a regulação social de um certo povo materializam-se por meio dos textos de lei. Lei, ressalte-se, que deve se orientar pela execução dos comandos constitucionais de hierarquia superior

⁵¹COSTA, Sérgio; FONTES, Malu; SQUINCA, Flávia. *Tópicos em bioética*. Brasília: Letras Livres, 2006, p. 18 e s.

⁵²SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2007, p. 270 e s.

e refletir a vontade do povo, titular e fonte do poder no Estado Democrático de Direito contemporâneo⁵³.

A função legislativa é exercida, no Brasil, pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e do Senado Federal, integrados pelos representantes da vontade popular. Trata-se, pois, de organização do Poder Legislativo em dois ramos, numa estrutura bicameral. Excepcionalmente, pode o Poder Executivo exercer funções atípicas de legislatura, através das Medidas Provisórias e demais instrumentos⁵⁴.

Diferente é a realidade no Estado Português, pois que a Assembleia da República – órgão de competência legislativa e política nacional – tem estrutura de parlamento unicameral, composto pelos deputados eleitos pelos cidadãos de Portugal. Mas vige em território português uma extraordinária singularidade: embora tenha reconhecido o primado legislativo ao Parlamento, a Constituição Portuguesa de 1976 não lhe atribuiu uma exclusividade da competência legislativa típica, destinando igualmente ao Governo da República Portuguesa – órgão do Poder Executivo – uma considerável concentração de competências normativas normais⁵⁵.

Os atos normativos editados pelo Poder Legislativo sujeitam-se tanto à observância de normas constitucionais quanto ao regimento interno das casas legislativas. Os regimentos internos da Câmara e do Senado disciplinam, no que não infrinja as regras insculpidas nos textos constitucionais, toda a vida político-administrativa do legislador. É que este, por meio dos dispositivos regimentais, autorregra a sua vontade e impõe condicionantes à própria validade formal de seus atos⁵⁶.

Quanto à produção legislativa em matéria criminal, tem-se que o seu contínuo aperfeiçoamento é questão que gera clamor social e constitui imperiosa necessidade do mundo moderno. A criação da norma penal é dotada de especiais peculiaridades, pois envolve questões que exigem, simultaneamente, envergadura e delicadeza. Afinal, os

⁵³PINTO FERREIRA, Luiz. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. Vol. 1. 6ª edição, revista e ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 45 e s.

⁵⁴SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 509 e s.

⁵⁵MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo V – Actividade constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 320 e s.

⁵⁶MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 130-132.

processos de operacionalização da legislação criminal e suas consequências práticas afetam diretamente, em seus âmagos mais íntimos, em corpo e espírito, a vida do homem⁵⁷.

A população, atemorizada e insegura diante do contínuo aumento da criminalidade, reivindica ao Poder Legislativo medidas que possam dar, ao menos temporariamente, uma sensação de guarida de seus anseios pelo Direito positivo. Pode-se afirmar, por tal razão, que uma obra legislativa bem esmerada retrata a própria sociedade em um determinado momento histórico e o Código Penal, em sua substância, retrata o código moral de um povo⁵⁸.

A verificação do aumento vertiginoso nos índices de criminalidade nos últimos tempos dispensa o recurso a dados estatísticos, pois que atos da maior brutalidade são expostos diuturnamente a todos que detêm qualquer tipo de contato com mídias impressas, eletrônicas ou televisivas. A população alarma-se, sobretudo, com o desmesurado crescimento dos crimes praticados por meio de violência, os quais, aos olhos daquela, parecem se tornar preponderantes. Diante disso, o sistema penal cai em descrédito, ou, ainda pior, parece imerso em crise que o torna fadado a um inescapável fracasso⁵⁹. Conforme ensina o desembargador aposentado Raphael Cirigliano Filho:

O mundo de hoje está sacudido pela violência: homicídios com requintes de crueldade; latrocínios que revoltam até os mais insensíveis; atos vandálicos de terrorismo que atingem inocentes e indefesos; ousados apoderamentos de aeronaves, num festival de pirataria aérea – tudo isso gerando receio, angústia, pavor no seio da população e desmentindo a lição de criminólogos de constituir a violência uma etapa já superada da criminalidade, substituída pela fraude envolvente e corruptora. Terrível paradoxo este: no século em que o homem conquista a lua e explora Marte, dominando as forças da natureza, arrisca-se a sofrer, à luz do dia, em pleno centro urbano, o ataque de um malfeitor, diante do olhar indiferente de transeuntes impassíveis e egoístas. À força de repetir-se, vão os homens, infelizmente, aceitando a destruição da vida como acontecimento de rotina, incapaz de suscitar maiores reações⁶⁰.

E, nesse contexto, os menores de idade, justamente por ser sobre estes que repousa a esperança de uma sociedade melhor, quando infringem as normas penais, parecem simbolizar o triunfo do mal e da violência, que refletem os medos ocultos e

⁵⁷PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume I – Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 125 e s.

⁵⁸BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1. Trad. de Paulo José da Costa Junior e Ada Pellegrini Grinover, notas de Euclides Custodio da Silveira. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 6-8.

⁵⁹FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: (parte geral)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 50 e s.

⁶⁰CIRIGLIANO FILHO, Raphael. O aperfeiçoamento da legislação penal brasileira. *Revista Justitia*, v. 39, n. 97, abr-jun. 1978, p. 189-196, p. 190.

interiores de uma coletividade. Isto é, acabam por representar a personificação da irracionalidade e da imprevisibilidade, o que gera fortes reações do poder público no combate à delinquência juvenil e aos impactos sociais dos fatos delituosos cometidos por adolescentes⁶¹. Conforme as palavras de Maria Auxiliadora Minahim, grande estudiosa do tema:

Se as emoções variam de uma identificação positiva para uma identificação negativa com os adultos, em relação à criança e ao adolescente o fenômeno é ainda mais acentuado. Isto ocorre ainda mais pela indiscutível sedução que a infância exerce, ao menos nos primeiros anos, como promessa de uma vida que se instala só em pureza e bondade. No entanto, e como tudo na natureza, a uma qualidade opõe-se outra, o que deveria conduzir à procura do todo que, em sua essência, é diferente da soma das partes. A humanidade, todavia, insiste em fragmentar sua percepção do imaturo, entendendo-o em razão de facetas isoladas. Assim da pureza à perversidade, de alma abandonada à infância viciada, de carente à pivete, a criança flutua na consciência grupal com reflexos no Direito⁶².

E, sempre que um crime violento ou bárbaro é praticado com o envolvimento de um adolescente, seja nas modalidades de autoria ou participação, ressurgem as discussões acerca da redução da maioridade penal, com acalorados debates públicos. Assim, o panorama de realidade social com que se depara o legislador penal contemporâneo, de quem se exigem soluções urgentes e eficazes para questões complexas que se arrastam de forma secular, é extremamente complexo:

A criminalidade tem raízes muito mais profundas do que uma análise rápida pode expor: a problemática social, a perspectiva de ascensão célere no meio marginal, impensável com o dispêndio do trabalho honesto, a excessiva procura por drogas, a ganância, o desprezo pelas gerações futuras, tudo produzindo o crescimento desordenado da marginalidade, em contraposição às dificuldades do Estado em preservar a segurança dos cidadãos, seja pelo não aparelhamento e pela má remuneração daqueles dela encarregados, como pela visão míope do problema. Acresce-se a isso o fato de o sistema carcerário brasileiro ser considerado como um dos piores do mundo, devido à superlotação nas prisões e à violação dos direitos humanos⁶³.

Tais questões são analisadas pela Criminologia, sobretudo em sede dos estudos das chamadas teorias subculturais, entre as quais se destaca a "Teoria da Frustração" de

⁶¹LECHNER, Norbert. *Los Pátios Interiores de la Democracia: Subjetividad y Política*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

⁶²MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal da Emoção: a inimputabilidade do menor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 118.

⁶³MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. Direito penal no futuro: paradoxos e projeções. *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 773, mar. 2000, p. 476-483, p. 476-478.

Albert Cohen⁶⁴. De acordo com essa perspectiva teórica, alguns grupos podem apresentar valores e normas que podem ser diferentes em certos aspectos daqueles preconizados pela sociedade em geral. Essa diferenciação, definida especialmente entre os jovens, pode ser interpretada como uma espécie de “subcultura”.

Com efeito, Cohen defende a diferenciação da sociedade em vários subgrupos com determinadas peculiaridades de comportamento definidas. Procura, ainda, uma explicação no modo como se formaram os primeiros grupos de jovens delinquentes e propõe uma teoria coerente com os fatos conhecidos sobre tais fenômenos. Para o autor, a delinquência juvenil tem, nesses casos, certas características definidas, quais sejam: malícia, no sentido de que a infração de normas gera por si só certo grau de prazer; negatividade, isto é, uma conduta é correta para o grupo porque é incorreta de acordo com os ideais majoritários; não-utilitária, tendo em vista que o objetivo do crime é o próprio cometimento da infração e não algum resultado posterior enriquecedor⁶⁵.

Um dos mais relevantes contributos da Teoria da Frustração foi a ênfase na estratificação social como fator determinante para o crime, de modo que os jovens de classes sociais menos favorecidas possuem desvantagem em relação aos jovens de classe média, o que gera consequências críticas em termos de argumentos tendenciosos à delinquência⁶⁶. Assim, a reprodução em certos ambientes, tais como as escolas, de um *status* determinado a partir de valores da classe média faz com que os jovens de classes desfavorecidas não lidem da mesma maneira com a ordem e disciplina, tendo menos interesse em aprender e apresentando baixo aproveitamento escolar. As dificuldades com que estes jovens se deparam geram, por sua vez, uma situação de tensão ou frustração – circunstância essa cuja solução apresenta-se na tendência de se relacionarem entre si a fim de definir novos critérios de *status*⁶⁷. Assim, formam-se subculturas delinquentes com a adoção de valores opostos aos da classe média, que se perpetuam em um fenômeno cíclico retroalimentar, posto que o jovem delincente passa a ser visto de forma ainda mais inferiorizada perante a sociedade convencional. E é nessa perspectiva de abalo da

⁶⁴COHEN, Albert K. *Delinquent Boys*. Chicago: University of Chicago Press, 1955, p. 12-13.

⁶⁵*Ibidem*, p. 110-118.

⁶⁶VIAPIANA, Luiz Tadeu. *Economia do Crime: uma explicação para a formação do criminoso*. Porto Alegre: AGE Editora Ltda., 2006, p. 91-101.

⁶⁷LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 22-23.

dignidade penal⁶⁸ que se insere a questão do problema da delinquência juvenil e as discussões sobre os limites etários de maioridade penal.

1.1. Direito Penal e Política-Criminal

Como esclarece Figueiredo Dias, é no século XIX que nascem as três ciências fundamentais do crime: a Criminologia, a Política Criminal e Ciência do Direito Penal, as quais se propõem a resolver os problemas básicos das Ciências Criminais - a definição do que é a criminalidade, a defesa contra os crimes, a determinação das causas da criminalidade e, por último, das garantias do indivíduo contra o sistema do direito penal, com base em novos métodos de estudo e análise do fenômeno criminal que o adequaram aos padrões cientificistas da época⁶⁹.

Conseguiu-se, assim, chegar hoje ao entendimento de que Direito Penal, Política Criminal e Criminologia constituem ciências autônomas que devem atuar na mais absoluta harmonia, por conta de seus numerosos pontos de recíproca interferência. Neste sentido, é de se afirmar que nenhum problema penal pode se resolver sem ter em consideração os resultados da criminologia, que hoje é tomada como base fundamental, na teoria e na prática, do direito penal moderno⁷⁰.

Dessa forma, inestimável a contribuição prestada pelos criminólogos ao legislador penal quando lhe oferecem. Neste sentido, cabe referir ao magistério do professor doutor Jorge de Figueiredo Dias sobre o paradigma penal da modernidade:

Na inter-relação das três disciplinas que conformam a “ciência conjunta do direito penal” – correspondente a um entendimento renovado da *gesamte Strafrechtswissenschaft* de que há um século falou v. Liszt -, o primeiro e indisputável lugar deve ser concedido à *política criminal*. Por duas razões principais: porque é à política criminal que pertence hoje definir o *se* e o *como* da punibilidade, isto é, nesta acepção, os seus *limites*; e porque (de algum modo, consequentemente) os conceitos básicos da doutrina do *facto punível*, muito para além de serem “penetrados” ou “influenciados” por considerações político-criminais, devem pura e simplesmente – e foi mérito indeclinável de Roxin tê-lo posto em evidência – ser *determinados* e *cunhados* a partir de

⁶⁸BARROS, Marco Antônio de. Abalos à dignidade do direito penal. *Revista dos Tribunais*, v. 87, n. 747, jan. 1998, p. 485-500. p. 485-490.

⁶⁹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 14 e s.

⁷⁰PELÁEZ, Michelangelo. *Introdução ao Estudo da Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1962, p. 232-234.

proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema⁷¹.

No âmbito da política criminal, encontram-se as razões de proibição ou permissão de certas condutas, bem como a natureza, a forma, as condições de execução e os fins das sanções criminais, além da verdadeira situação ontológica dos crimes. Exige-se, aqui, uma certa atitude filosófica para a correta compreensão e projeção das normas no mundo do Direito positivo. Assim, há que se recorrer ao auxílio das mais variadas ciências da natureza, como a neurociência e os saberes que advêm da biologia, psicologia e psiquiatria. Todos esses saberes abordam um objeto comum, o crime, sob perspectivas diversas, o que faz com que se interpenetrem e se tornem mutuamente influentes⁷².

No plano legislativo, tais ideias regem os passos do Legislador brasileiro na adaptação que intenta fazer da lei penal à realidade da hora presente, de forma a atualizar o sistema penal pátrio aos sentimentos de justiça subsistentes no homem médio. Perfilhe-se, então, a recorrente discussão sobre a redução da maioridade penal dos dezoito para os dezesseis anos.

1.2. Evolução Legislativa da Responsabilização Penal do Menor

Conforme ensina o professor Augusto Thompson, o Brasil teve, ao longo da história, diferentes faixas etárias para a determinação da maioridade penal. A aparição originária de um critério etário da inimputabilidade remonta às Ordenações Filipinas da Coroa Portuguesa, vigentes de 1603 a 1830, cujas disposições de Direito Penal faziam referência à impossibilidade de imposição da pena de morte ao indivíduo menor de dezessete anos, a quem caberia uma sanção alternativa. Ainda, o julgador poderia optar por uma atenuação das sanções impostas aos agentes cujas idades situavam-se, ao tempo do crime, entre os dezessete e os vinte anos, a depender das circunstâncias do crime e das características pessoais do infrator⁷³.

⁷¹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)*, n. 33, jan-mar. 2001, p. 39-65, p. 41.

⁷²CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Volume I. Reimpressão. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2004, p. 9-10.

⁷³THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976, p. 89-90.

Logo após, com o início do período imperial, compreendido entre os anos de 1830 e 1890, logo após a chegada das Cortes Portuguesas ao Brasil, vigeu o Código Penal do Império, que definia como penalmente responsáveis os maiores de 14 anos, o que foi mantido pelo primeiro Código Penal da República. A realidade alterou-se para os limites atuais, por fim, quando do Decreto Federal nº 5.083 de 1926, que instituiu o Código de Menores e fixou a maioridade penal em 18 anos de idade⁷⁴. O referido documento, além de fixar a responsabilidade plena dos adultos em dezoito anos, previu de forma inovadora a submissão do menor delinquente às autoridades competentes, como o Juizado de Menores, para que procedessem às medidas de assistência e proteção especiais nele contidas⁷⁵.

Como afirma o professor Costa Júnior, ao sintetizar as motivações do legislador no processo de criação das normas jurídicas referentes à responsabilização especial do menor, tem-se que:

Na elaboração do direito, há um momento de fantasia. Ihering já o disse. E Bettiol, impressionado com a afirmação, disse-me andar em busca do momento em que a fantasia incide na criação do direito. O legislador cria, como o artista. Transforma a realidade. Molda a argila do mundo em que está submerso. Por vezes, não determina apenas aquilo que é, mas aquilo que deve ser. Mas parte sempre de uma plataforma segura, que é a realidade social, como o artista se inspira no modelo que plasma. Daí, desse alicerce que é a realidade social, erige a sua criação jurídica. Criação que contém fantasia, mas que não é desprovida de conteúdo. Que encerra uma parcela de irreal, mas que não dispensa o concreto, sobre o qual se assenta sempre a sua construção ficcionista. Que fez o legislador de 1940, ao estatuir a inimputabilidade penal do menor de 18 anos? Partindo do *quod plerunque accidit*, preceituou que o homem médio atinge a maturidade necessária para entender o caráter criminoso do fato e determinar-se de acordo com tal entendimento somente a partir dessa idade. Ou, como disse o nosso direito positivo, com certa imprecisão técnica, a contar desse momento biológico o homem poderá vir a ser responsabilizado pela sua conduta antijurídica. Presunção legal. Que não admite prova em contrário, muito embora o sujeito-agente possa ter maturação necessária para entender a antissociabilidade de sua conduta, ou possa autodeterminar-se suficientemente. Pura *fictio juris*, que não está desprovida de uma base realística, pois, acreditamos nós, ao tempo da elaboração da lei penal, o *infans medius* atingia maioridade psíquica aos 18 anos⁷⁶.

⁷⁴MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. Volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 56.

⁷⁵SHECAIRA, Sergio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 39.

⁷⁶COSTA JÚNIOR., Paulo José da. Imputabilidade e Menoridade. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo (FMU Direito)*, v. 7, n. 7, nov. 1993, p. 101-104, p. 102.

Com o advento do novo Código Penal de 1940, Decreto-Lei Nº 2.848/40, adotou o legislador penal um critério puramente biológico para aferição da responsabilidade penal dos indivíduos, fixando-se doravante a responsabilização penal como adulto aos maiores de 18 (dezoito) anos. Tal concepção objetiva, não obstante as diversas reformas sofridas pela legislação criminal ao longo das últimas décadas, mantém-se vigente até os dias atuais. Dessa forma, o reconhecimento da inimputabilidade penal aos menores prescinde da indagação psicológica ou de análise concreta do grau de desenvolvimento mental e psicológico do indivíduo e de outros aspectos subjetivos atinentes ao crime praticado, reconhecendo-se a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, de um ser incompleto⁷⁷.

Os estudiosos apontam o interregno entre os dias atuais e o período em que foi promulgado o Código Penal brasileiro, em dezembro de 1941, como principal motivo para a defasagem legislativa sobre o tema. Era a época da maior guerra já vista pela humanidade, a Segunda Guerra Mundial, que alastrou suas consequências destruidoras não só pela Europa, mas por todo o mundo. Dentre os resultados dessa força desagregadora, enfatizam a falta de recursos financeiros, o afastamento dos jovens das escolas, os saques e a prostituição em todas as idades, que levaram à destruição das bases familiares e à necessária recompreensão e reconstrução dos valores éticos e morais ali perdidos⁷⁸.

Toda essa transformação do ambiente sociocultural da Europa pós-guerra, então, espalhou-se para o restante do mundo livre através das novas tecnologias oriundas do conflito bélico, como os rádios transistorizados, a televisão e os satélites de comunicação. Esse processo deu origem a novos conceitos de vida e relações sociais que se impuseram em todos os âmbitos, levando à defesa da redução da maioridade penal em razão da brusca ruptura com os padrões comportamentais da época da edição da lei.

A democratização operada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, sob a égide do paradigma da proteção integral do menor, reafirma, em seu artigo 228, que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, que se encontram sujeitos às normas da legislação especial, aduzindo uma reinterpretação principiológica do tema. E, em atendimento a essa nova conjuntura constitucional, é editado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei nº 8.078/90 -, que, igualmente, assegura a maioridade penal e a

⁷⁷DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 61 e s.

⁷⁸MALACARNE, Diógenes. A imputabilidade frente ao futuro Código Penal Brasileiro. *Revista Justitia*, n. 77, jan-jul. 1973, p. 22-27, p. 23-25.

responsabilização como adulto somente após os 18 (dezoito) anos completos, reconhecendo tratamento diferenciado ao menor consoante o seu menor grau de desenvolvimento biológico e suas condições pessoais e sociais diferenciadas, que lhes inviabilizam a completa compreensão da natureza criminal de seus atos⁷⁹.

Trata-se de direito fundamental, a ser preservado, não devendo prosperar os clamores para a sua redução em bases arbitrárias e irrefletidas. Quanto a tais fronteiras entre a responsabilidade penal plena dos adultos e a responsabilidade especial dos jovens, mister aludir ao entendimento do professor Amaral e Silva:

Embora inimputáveis frente ao Direito Penal comum, os adolescentes sujeitam-se às normas da Lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim respondem penalmente, face o nítido caráter retributivo e socioeducativo das respectivas medidas, o que se apresenta altamente pedagógico sob o ângulo dos direitos humanos de vítimas e vitimizadores. O que não se admite no Direito Penal Juvenil são respostas mais severas e duradouras do que as que, em idênticas situações, seriam impostas aos adultos. Os princípios da legalidade estrita, da retributividade (temperada pela possibilidade de remissão), do caráter predominantemente pedagógico e excepcional das medidas socioeducativas constituem garantias de natureza penal⁸⁰.

Nos termos do ECA, as crianças, aquelas pessoas com até doze anos de idade incompletos, caso pratiquem condutas delitivas, estarão sujeitas à aplicação de medidas protetivas, sem submissão a um processo de apuração de responsabilidade. Já aos adolescentes, indivíduos que tenham entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade, ao atuarem de forma contrária às leis penais, caberá responder a um procedimento especial de apuração de ato infracional – toda conduta descrita como crime ou contravenção penal, nos termos do artigo 102 do Estatuto - através do qual, se comprovadas a materialidade e a autoria do ato, se imporá uma medida coercitiva de natureza socioeducativa⁸¹.

Assim, como o Código Penal e as demais normas constitucionais e infraconstitucionais de responsabilidade declaram a inimputabilidade com fundamento exclusivo na causa etária, há uma presunção absoluta e inafastável de inimputabilidade aos menores de dezoito anos, que prescinde da análise das capacidades concretas de

⁷⁹SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 4ª ed. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2005, p. 210 e s.

⁸⁰AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: Ilanud/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006, p. 57.

⁸¹VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. 9ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2011, p. 45 e s.

compreensão da ilicitude e da autodeterminação conforme este entendimento. Em suma, o déficit de idade, por si só, faz de crianças e adolescentes inimputáveis⁸².

Trata-se de clara opção político-criminal do legislador, como esclarece a própria Exposição de Motivos do Código Penal brasileiro, pela não utilização do mesmo sistema de responsabilização e das sanções jurídico-penais destinadas aos adultos, por força do reconhecimento da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e atribuição de uma responsabilidade penal especial aos menores.

Conforme o entendimento do professor Boldova Pasamar, o subsistema de Direito Penal que lida com a responsabilização dos jovens pelos atos antijurídicos por eles praticados, o chamado “Direito Penal Juvenil”, deve ter em conta as necessidades especiais dos adolescentes, seres humanos em desenvolvimento que possuem realidade psicossocial distinta à dos adultos⁸³. E esse tratamento especial destinado aos menores não significa a exclusão de sua responsabilidade pelos ilícito-típicos praticados ou indiferença do Direito Penal perante a crescente delinquência juvenil, mas do reconhecimento de uma culpabilidade específica aos menores de idade. A aplicação do direito penal tradicional aos adolescentes não serve à justa resolução das lides penais que os envolvem, devendo-se, ao revés, o legislador considerá-los como sujeitos de direito em desenvolvimento e buscar sujeitá-los a tratamento mais benigno, com o reconhecimento de maiores garantias⁸⁴.

Muito embora a nova ordem constitucional pós 1988 tenha alterado o paradigma de tratamento do menor para um viés mais tutelar e garantístico, sobretudo ao prever um direito fundamental de responsabilização criminal diferenciada ao menor de dezoito anos, existe hoje um crescente anseio popular pela redução do limite etário constitucional para a responsabilização penal como adulto. As mídias impressa e televisiva, em especial, têm incentivado a população a clamar por maior rigidez e severidade no tratamento destinado a tais criminosos. Estatisticamente, dados de pesquisa de opinião recentemente realizada sobre o tema, em meados do ano de 2015, apontam para um percentual de 87% da

⁸²FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 38-52.

⁸³BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel. *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2004, p. 425 e s.

⁸⁴PRESTES, Fabiane da Silva. Responsabilidade Penal Juvenil e Democracia: A Desconstrução do Mito da Impunidade. *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ*, n. 41, jan-jun. 2014, p. 123-146, p. 142-143.

população como favorável à redução, enquanto apenas 11% mostram-se contrários à alteração na legislação⁸⁵.

Sobre tal fato, é de se referir, dentre as diversas propostas de emenda constitucional tendentes à redução do limite etário, ao Projeto de Emenda à Constituição (PEC) Nº 171-D/93, de autoria do Deputado Benedito Domingos. Em suas disposições, a referida PEC propunha a diminuição da maioria para jovens acima dos dezesseis anos que cometessem crimes graves, nomeadamente as condutas típicas de homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte, além dos considerados hediondos em lei específica, como constantes do rol disposto na Lei 8.072/90.

A intenção do legislador constituinte derivado era a de reduzir a maioria penal quanto a certos tipos penais específicos, sem qualquer razão ou fundamento diferenciado para a incidência de penas criminais aos menores infratores que praticassem tais condutas, em detrimento do regime das medidas socioeducativas. Parte da doutrina se filia a tal possibilidade⁸⁶, defendendo que há nos menores de dezoito anos a plena possibilidade de compreensão do injusto em relação a certos crimes graves, como homicídios e roubos, embora os considerem incapazes de manifestar similar compreensão e comportamento conforme à lei penal quanto à maioria dos crimes comuns e aos definidos em leis especiais, como os contrários à ordem econômica, meio ambiente, relações de consumo e sistema financeiro⁸⁷.

Os que preconizam a redução da maioria penal aludem, ainda, ao argumento do cada vez mais comum recrutamento de menores pelos quadros da criminalidade crescente. Entretanto, desconsideram o fato de que o menor, por sua incompletude de socialização e instrução, é ser ainda incompleto, tendencialmente antissocial, o que enseja que sua conduta seja tratada com sensibilidade peculiar, mais focado no reajustamento do processo de educação para a formação de caráter. E este é o ideal perseguido pelos instrumentos contidos no Estatuto das Crianças e dos Adolescentes, que visam o necessário afastamento do jovem delinquente do convívio social para sua educação e reabilitação, mas

⁸⁵RIBEIRO, Rafael Bernardon; CORDEIRO, Quirino. Redução da Maioridade Penal e Psiquiatria. *Revista Debates em Psiquiatria*, n. 2, mar-abr. 2016, p. 32-37, p. 32-33.

⁸⁶REBELO, Carlos Eduardo Barreiros apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª ed., rev, atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 762 e s.

⁸⁷SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2007, p. 285-288.

sem submetê-lo à pena criminal e expô-lo à contaminação do sistema penitenciário⁸⁸. Ao contrário, a péssima situação do sistema carcerário brasileiro serve de mau presságio para as perigosas repercussões sociais que poderiam advir dessa alteração legislativa, com a exposição de pessoas cada vez mais jovens à espantosa promiscuidade dos detentos adultos⁸⁹.

Sustentam, ainda, haver uma tendência geral das legislações estrangeiras a fixar o critério etário de responsabilização como adulto nos dezesseis anos, por conta do que é reconhecido como uma menoridade criminal mais precoce do que a menoridade civil, e que, em movimento paralelo à crescente perversidade dos atos violentos na sociedade atual, deve-se baixar a idade da moralidade criminal⁹⁰. Tal afirmação encontra-se equivocada, pois basta uma análise comparativa da idade de responsabilidade juvenil em diferentes países para constatar que na esmagadora maioria deles tem-se, ao revés, uma tendência à ampliação dos benefícios do sistema penal juvenil para jovens de até 21 anos – v.g. reduções de pena, como ocorre nas reformulações recentes dos sistemas de justiça de Alemanha, Escócia, Espanha, Grécia, Itália, Japão e Inglaterra⁹¹.

Especificamente em relação ao contexto europeu, há uma tendência à aplicação de regras especiais aos menores de dezoito anos, muito em razão das disposições da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de 1959, embora uma minoria dos Estados da União Europeia destoe desse entendimento geral⁹². Portugal, por exemplo, ratificou tal convenção, mas mantém a responsabilidade penal tutelar do menor, que se inicia aos doze anos de idade e vai até os dezesseis anos de idade, em que não será capaz de culpa e, por conseguinte, sujeito às medidas da Lei Tutelar Educativa de n. 166/99. A partir dos dezesseis anos, pois, configura-se a imputabilidade penal plena e a submissão do indivíduo às normas comuns de Direito Penal⁹³.

⁸⁸SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal dos Adolescentes*. Salvador: EDUFBA, 2011. P. 28.

⁸⁹PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORI, Mary. (Org.) *História das Crianças no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Contexto, 2000, p. 355.

⁹⁰ALVES, Cândida *et al.* Adolescência e Maioridade Penal: Reflexões a partir da Psicologia e do Direito. *Revista Psicologia Política*, v. 19, n. 17, jun. 2009, p. 67-83, p. 69-70.

⁹¹VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Derecho penal juvenil europeo*. Madrid: Dykinson, 2005.

⁹²FONSECA, Duarte. *A Lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 10 e s.

⁹³SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Os Caminhos Difíceis da “Nova” Justiça Tutelar Educativa – Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 130 e s.

Neste ínterim, o indivíduo maior de dezesseis anos e com menos de vinte e um anos de idade, fica submetido ao sistema de jovens adultos, com incidência de causas de redução da pena, embora seja sujeito a ser encarcerado junto aos adultos, o que tem gerado críticas por parte do Observatório Europeu das Prisões (OEP), da Comissão Europeia⁹⁴.

O que se tem, conforme o exposto, é que o critério etário adotado para fins de maioridade penal é baseado puramente em consensos políticos, oriundo dos entendimentos da comunidade sobre o maior ou menor desenvolvimento da criança e do adolescente, que se concretiza por meio da vontade do legislador e dos anseios da população por um sistema penal mais ou menos garantista⁹⁵. A fim de dar certo embasamento científico e fornecer dados que favoreçam o melhor convencimento do legislador, afigura-se clara a necessidade de analisar os contornos da influência das neurociências no Direito Penal, de forma a que se tenha uma mais adequada aplicação das sanções jurídico-penais aos menores de idade.

1.3. As Influências da Neurociência em Política Criminal: Maturidade Psíquica e Maioridade Penal

No atual estado da arte das ciências naturais e sociais, defende-se que há diversas variantes a serem considerados no desenvolvimento e amadurecimento psíquico de crianças e adolescentes, sendo a natureza da questão da maturidade de ordem multifatorial. No âmbito das neurociências, em específico, estudos recentes indicam que há uma enorme gama de alterações estruturais que ocorrem no cérebro humano durante a infância e adolescência, que levam ao gradual amadurecimento da personalidade e à promoção de comportamentos cada vez menos impulsivos e impetuosos⁹⁶.

Nas fases iniciais de desenvolvimento cerebral ocorrem intensos processos de crescimento axonal e de mielinização. O crescimento axonal diz respeito à fase mais remota do desenvolvimento humano, ainda antes do nascimento, em que o organismo começa a estabelecer conexões entre neurônios, muito mais numerosos que em indivíduos adultos. As pesquisas apontam que as flutuações nos níveis de corticoides do corpo da

⁹⁴SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal dos Adolescentes*. Salvador: EDUFBA, 2011, p. 211.

⁹⁵GARCIA MENDEZ, Emilio. *Infância e Cidadania na América Latina*. São Paulo: Editora Hucitec/IAS, 1998, p. 12-20.

⁹⁶JENSEN, Francis. E; NUTT, Amy E. *The teenage brain – a neuroscientist's survival guide to raising adolescents and young adults*. Toronto: HarperCollins Ltd Publishers, 2015, p. 40 e s.

mãe, sobretudo por conta de estresse e ansiedade, influenciam no desenvolvimento cerebral dos fetos, pois que ocasionam mais processos de morte celular e eliminação de neurônios, o que prejudica o desenvolvimento cerebral em momento crítico de sua conformação⁹⁷.

Já quanto à mielinização, tem-se que do nascimento até por volta dos cinco anos de idade, o cérebro triplica de tamanho. Esse incremento de massa dá-se, sobretudo, por conta da formação de estruturas - bainhas de mielina - em volta dos axônios cerebrais, as quais facilitam a troca de informações e produzem o repertório comportamental humano. Quaisquer deteriorações estruturais neste período prejudicam o desenvolvimento normal das funções psíquicas superiores, como as capacidades de raciocínio, abstração e compreensão⁹⁸.

Ainda dentro desse processo de formação do cérebro, durante toda a infância irá ocorrer o desenvolvimento do sistema nervoso central, através das conexões sinápticas. O excesso de sinapses aumenta a possibilidade de comportamentos que os menores poderão adotar durante o seu desenvolvimento e, por conseguinte, sua chance de agir em conformidade à exigência de seu meio ambiente, sobretudo na apreensão de novas informações e habilidades sociais⁹⁹. Nesta fase de reorganização, o cérebro dos menores é extremamente propício às más ou boas influências de seu ambiente. É o que os neurocientistas descrevem como o processo de “exuberância sináptica”, que é entendido como de forte correlação com os processos de socialização adaptativa, por envolver uma reestruturação gradual do sistema de recompensa cerebral e a diminuição dos ímpetus de busca por novos prazeres em detrimento de hábitos antigos. Tal processo inicia-se na infância, tem seu auge na transição entre adolescência e juventude, e possui termo final sito por volta dos trinta anos de idade, quando a eliminação ordenada das sinapses permite a formação de circuitos cerebrais bem ajustados e eficientes que amoldam os comportamentos motivados do indivíduo às regras de convívio apreendidas pela experiência¹⁰⁰.

⁹⁷SISK, C. L; FOSTER, D. L. The Neural Basis of Puberty and Adolescence. *Nature Neuroscience* v. 7, n. 10, out. 2004, p. 1040-47, p. 1040-1043.

⁹⁸ROSSO, I. M. *et al.* Cognitive and Emotional Components of Frontal Lobe Functioning in Childhood and Adolescence," *Annals of the New York Academy of Sciences*, n. 1021, jun. 2004, p. 355-362, p. 356-357.

⁹⁹CASEY, B. J. *et al.* Imaging the Developing Brain: What Have We Learned about Cognitive Development? *Trends in Cognitive Sciences*, v. 9, n. 3, mar. 2005, p. 104-110. P. 104-106.

¹⁰⁰HERCULANO-HOUZEL, Suzana. *O cérebro em transformação*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 91.

Ainda sobre o tema, o neurocientista Martin Teicher e seus colegas do Departamento de Psiquiatria da *Harvard Medical School* apresentaram diversas evidências acerca das repercussões de traumas e estresses na infância no desenvolvimento neurobiológico, apontando que durante esse estágio crucial de desenvolvimento, no qual há a ocorrência das mais intensas modificações cerebrais, certos traumas ou estresses podem levar os adultos a exibir comportamentos mais impulsivos e agressivos, além de outros problemas globais de desenvolvimento. Ou seja, evidenciaram que a arquitetura geral do cérebro humano adulto é esculpida, sobretudo, pelas experiências vividas pelo adolescente, e os maus tratos na infância provocam não apenas traumas psicológicos, mas também danos permanentes no desenvolvimento das funções cerebrais, sobretudo às relacionadas ao hemisfério esquerdo¹⁰¹.

Outros estudos evidenciam ainda que o completo amadurecimento do cérebro humano é ainda mais tardio que os dezoito anos, situando o termo do processo por volta dos vinte e cinco anos de idade¹⁰², e que as últimas etapas do desenvolvimento cerebral, que ocorrem por volta dos vinte anos de idade, estão majoritariamente ligadas à região do córtex pré-frontal, centro responsável pela expressão da personalidade, pensamentos complexos, tomada de decisões e modulação de comportamento social¹⁰³.

E sendo as diferenças comportamentais entre jovens e adultos em muito influenciadas pelos níveis de desenvolvimento e estruturação do cérebro, não há como se considerar que o aprendizado emocional e a auto regulação de comportamentos complexos sejam semelhantes¹⁰⁴. Assim, ainda que se considere que um adolescente de quinze ou dezesseis anos tenha uma capacidade formal de planejamento plenamente desenvolvida, fato é que o estado emocional e hormonal destes é bastante peculiar, o que dificulta as escolhas mais complexas, cujas racionalizações podem facilmente ser sobrepujadas pelas

¹⁰¹TEICHER, Martin H. Scars that won't heal: the neurobiology of child abuse. *Scientific American*, v. 286, n. 3, mar. 2002, p. 68-75, p. 70-71.

¹⁰²BLUM, R. W. *et al.* Adolescent health in the 21st century. *The Lancet*, v. 379, n. 9826, abr. 2012, p. 1567-1568, p. 1568.

¹⁰³YANG, Yaling; RAINE, Adrian. Prefrontal Structural and Functional Brain Imaging findings in Antisocial, Violent and Psychopathic Individuals: A Meta-Analysis. *Psychiatry Research*, v. 174, n. 2, nov. 2009, p. 81-88. P. 82-83.

¹⁰⁴STEINBERG, L. Risk-Taking in Adolescence: What Changes, and Why. *Annals of the New York Academy of Sciences*, v. 1021, jun. 2004, p. 51-58, p. 51-53.

pressões sociais e a busca por novas e intensas experiências, além dos impulsos agressivos tão inerentes à puberdade¹⁰⁵.

Dessa forma, caem por terra os argumentos que defendem que a redução da idade penal viria a atender a compreensão de que os jovens de dezesseis anos já são seres completos, que possuem capacidade e maturidade intelectual plenas para serem encarcerados como adultos. A tendência científica, embora não haja ainda uma forma de pronunciar ou medir de maneira exata e precisa em que ponto da vida um indivíduo pode ser considerado adulto, é favorável ao argumento da incompletude do processo de adolecer e da necessidade premente de garantir a proteção necessária para o normal desenrolar do processo de maturação das capacidades mentais, emocionais e intelectuais do jovem¹⁰⁶. Essencial a atenção aos estudos dos especialistas das ciências naturais, dentre outras, para a correta compreensão do fenômeno sociojurídico e da justiça no tratamento penal a ser dispensado ao menor.

Insuficiente e destemporânea a atuação legislativa para o atendimento aos reclamos do povo ou, ainda, quando eivada de equívocos e inconstitucionalidades incontornáveis, incumbirá aos magistrados corrigir as omissões e desvios daquele, como se verá.

2. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO NEUROCIENTISTA COMO *AMICUS CURIAE*

Conforme já referido, havia inicialmente um entendimento preponderante no sentido de que a intenção do legislador deveria ser preservada, devendo os Poderes Judiciário e o Executivo submissão a tais vontades nos exatos contornos das normas delas emanadas. Era o dogma da supremacia do Poder Legislativo e da vontade do legislador, típico às origens do Estado Moderno, em que preponderava o movimento filosófico do positivismo legalista¹⁰⁷.

¹⁰⁵DAHL, Ronald. Beyond Raging Hormones: The Tinderbox in the Teenage Brain. *Cerebrum – The Dana Forum on Brain Science*, v. 5, n. 3, jun-ago. 2003, p. 7-22, p. 8-10.

¹⁰⁶ALVES, Cândida *et al.* Adolescência e Maioridade Penal: Reflexões a partir da Psicologia e do Direito. *Revista Psicologia Política*, v. 19, n. 17, jun. 2009, p. 67-83, p. 74.

¹⁰⁷GELLNER, Ernest. *Nacionalismo e democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 14 e s.

Apesar da magnitude de tais alterações nos paradigmas de organização política do Estado e de positivação do Direito, não se viu uma ruptura muito significativa na conformação da ordem vigente. Isso porque, como asseverado, a transição do poder divino para o critério da vontade do povo fez com que a criação do Direito passasse das mãos dos reis para o âmbito do recém-criado Poder Legislativo, sem a criação de qualquer mecanismo de controle a coibir eventuais excessos dos representantes parlamentares¹⁰⁸.

Afinal, ao Poder Executivo e ao governo cabia a manutenção da ordem e a administração dos bens públicos de estrito acordo com as vontades soberanas do legitimado a criar as ordens que viriam a vincular a todos. Ao Poder Judiciário, cabia meramente dizer se o Direito criado era ou não violado, aplicando-o aos casos concretos nas precisas medidas da lei, por meio da subsunção do fato à norma, ausente qualquer possibilidade de inovação interpretativa¹⁰⁹.

Nesta lógica de separação dos poderes, um não poderia interferir no outro, não podendo misturar-se as suas atribuições e, sendo o Poder Legislativo o criador das leis limitadoras da atuação dos demais poderes, não havia solução, à época, para a contenção das arbitrariedades dos parlamentares¹¹⁰.

Impõe-se notar, finalmente, que no paradigma jusfilosófico do pós-positivismo, o produto do processo de elaboração de normas pode ser, indubitavelmente, objeto de controle jurisdicional. Afinal, como reflexo dos valores e das ideias das épocas, o Direito veio acompanhando as transformações sociais e, por conseguinte, conformou-se à realidade do Estado contemporâneo. A alteração na concepção de Direito da modernidade, ao deixar de lado as ideias de supervalorização dos diplomas normativos e da restrição aos poderes de interpretação dos julgadores, passou a albergar a teoria de que ao juiz caberia afirmar o conteúdo da lei de forma comprometida à axiologia constitucional da sociedade¹¹¹.

As Constituições são tidas hoje como as principais normas constantes de uma certa ordem jurídica. Conforme o pensamento de Hans Kelsen, o principal papel de uma

¹⁰⁸DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 20 e s.

¹⁰⁹CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. de Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 14 e s.

¹¹⁰BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone Editora, 1999, p. 25-50.

¹¹¹GUASTINI, Ricardo. *Teoria del Diritto – Approccio Metodologico*. Modena: Mucchi Editore, 2012, p. 14-17.

Constituição é o de regular a atividade de produção de outras normas, servindo de norma superior cujas determinações devem ser seguidas pelas normas inferiores. Dessa forma, a Constituição representa o fundamento de validade último de um extenso processo de interconexão criadora do Direito, situando-se no patamar mais elevado do Direito Positivo¹¹². Em mesmo sentido é a dicção do professor Canotilho, que define Constituição como um “complexo normativo ao qual deve ser assinalada a função da verdadeira lei superior do Estado, que todos os seus órgãos vincula”¹¹³.

As Constituições, enquanto normas escritas fundamentais dos sistemas jurídicos contemporâneos, não podem ser tidas por completas ou inalteráveis. Pelo contrário, essa ordem jurídica fundamental é perenemente incompleta, inacabada e aberta ao contexto histórico dos indivíduos cujas vidas pretende normatizar, pois que, conforme ensina Konrad Hesse, possui objetivos a serem perseguidos, em especial:

*(...) la unidad política del Estado. Porque Estado y poder estatal no pueden ser dados como supuesto, como algo preexistente. Ellos solo adquieren realidad en la medida que se consigue reducir a una unidad de actuación la multiplicidad de intereses, aspiraciones y formas de conducta existentes en la realidad de la vida humana, en la medida en que consigue producir unidad política*¹¹⁴.

Mais do que isso, a Constituição atua igualmente como fator de regulação da vida em sociedade:

*(...) também são ordenados na Constituição os fundamentos de esferas vitais que nada têm a ver, de forma direta, com a formação de unidade política e ação estatal, como é o caso do ordenamento jurídico civil: matrimônio, família, propriedade, herança, fundamentos do Direito Penal, princípios do ensino, liberdade religiosa ou das relações laborais ou sociais. Em tudo isso, a Constituição é o plano estrutural básico, orientado por determinados princípios que dão sentido à forma jurídica de uma comunidade*¹¹⁵.

As Constituições positivadas são caracterizadas pela presença, em geral, de alguns elementos fundamentais. Segundo o magistério de Karl Loewenstein, constituem-se num mínimo irreduzível a conformar qualquer texto constitucional os seguintes: a diferenciação das tarefas estatais e sua atribuição a órgãos diferentes, evitando-se a concentração em um

¹¹²KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 135-155.

¹¹³CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 43.

¹¹⁴HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 3 e s.

¹¹⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 70-71.

só deles (a separação de poderes); mecanismos de cooperação e que evitem bloqueios e impasses entre os detentores do poder, de forma a que um deles não seja tentado a resolver as questões sociais por seus próprios e exclusivos meios (independência dos poderes); a garantia e o reconhecimento das liberdades públicas; métodos de adaptação do texto legal às mudanças sociais e políticas que ocorram, de forma a evitar o recurso à força e à revolução (poder constituinte derivado e as emendas constitucionais); e, finalmente, para o que mais nos interessa, um sistema de controle recíproco entre os poderes, pautado em uma lógica de freios e contrapesos (os tais *checks and balances*)¹¹⁶.

Dessa forma, o magistrado cumpriria esta nova função ao realizar a adequada interpretação das normas jurídicas conforme a Constituição e, igualmente, ao garantir a idônea aplicação da ordem jurídica, através das novas técnicas de controle de constitucionalidade, que lhe conferiram inéditas possibilidades de atuação. É sobre tal realidade e os contornos dos principais mecanismos de controle que tratará o capítulo que segue.

2.1. Hermenêutica Constitucional e o Direito Penal

Os sistemas constitucionais ocidentais não admitem valores absolutos, devendo-se respeitar as percepções valorativas do pluralismo social, sem a admissão de superioridade *prima facie* de certas visões sobre outras. O Direito posiciona-se de forma a internalizar esses valores éticos sob a forma de princípios, verdadeiras diretrizes de caráter generalíssimo que orientam a realização do bem comum, de tudo o que é bom, justo e desejável para o progresso harmonioso dos modos de vida de uma coletividade¹¹⁷.

E para a institucionalização e defesa concreta desta supremacia, os próprios textos constitucionais preveem os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, sendo inegável atualmente a competência dos Tribunais Constitucionais. É em sede da jurisdição constitucional que se insere a questão ora posta em debate: a atribuição jurisdicional de novos conteúdos ao direito de tempos passados, cujas origens precedem aos valores constitucionais de nossa era, através da técnica da interpretação conforme a

¹¹⁶LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. Barcelona: Ariel, 1983, p. 120 e s.

¹¹⁷VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica – Hermenêutica Constitucional*. Brasília: Universa, 2003, p. 20-23.

Constituição, de forma a adequar aquela vontade originária às necessidades e anseios dos tempos contemporâneos¹¹⁸.

Nesse sentido, a técnica da interpretação conforme a Constituição pode oferecer uma alternativa viável. E em seara penal, cabe indagar de que forma o Supremo Tribunal Federal (STF), o guardião constitucional por excelência, tem atuado em sua missão de nortear a correta interpretação da lei penal infraconstitucional, a fim de que esta seja aplicada em plena conformidade aos valores e princípios constitucionais regentes de um dado ordenamento jurídico.

As leis, a fim de que sejam aplicadas de forma justa, requerem uma prévia interpretação. Não há que se discutir tal fato. Ao contrário do que apregoava o brocardo *in claris cessat interpretatio* dos tempos do Estado Liberal de Direito, não há hoje qualquer fundamento suficiente à contenção irracional do poder interpretativo do julgador. Pelo contrário, o Direito acolheu uma nova orientação no sentido de que, ainda que clara e transparente a letra da lei, sempre será necessária sua interpretação à luz dos preceitos axiológicos de uma sociedade¹¹⁹.

No contexto da jurisdição constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem se constituído, desde sua criação, no modelo de correta aplicação da lei, cujas atribuições ora se referem à interpretação, sedimentada em termos genéricos e abstratos, ora na adaptação da norma ao caso, em termos concretos¹²⁰. Neste sentido, é o órgão competente para processar e julgar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos de produção federal ou estadual, atribuições de natureza interpretativa das quais resultam repercussões jurídicas de caráter geral e vinculante¹²¹.

Dessa forma, a prática interpretativa do Tribunal Constitucional assume uma relevante função político-jurídica em determinado âmbito social, pois que suas decisões detêm caráter de orientação jurisprudencial ao estabelecerem referências norteadoras a toda a atividade do Poder Judiciário. E mais, essas diretrizes constitucionais traçadas pelo STF possuem essencial relevância para a correta realização do Direito, pois preservam a

¹¹⁸ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. *Hermenêutica e dialética: dos estudos platônicos ao encontro com Hegel*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 275-278.

¹¹⁹SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 15-25.

¹²⁰GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 407-458.

¹²¹GASIO, Guillermo. Estudio preliminar. In: KELSEN, Hans. *?Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos, 1995, p. 19-22.

confiança do cidadão nos atos de qualquer poder, seja o legislativo, o executivo ou o judiciário, conforme o entendimento do professor Canotilho¹²².

Tais métodos não deixam de penetrar amplamente nos recônditos do direito penal. Como defendia Maurice Gégout, importante penalista francês, as possibilidades interpretativas contemporâneas permitem a maior concretização da justiça, sobretudo na seara criminal¹²³. Conforme as palavras do próprio autor:

Creio que, atualmente, ninguém sustentará que o juiz criminal, obrigado a encontrar no texto legal a base para pronunciar qualquer condenação, deva por isso mesmo aplicar os textos “mecanicamente”, sem ter o direito de recorrer a nenhum processo intelectual para descobrir o sentido e o alcance destes textos (...) O Juiz, sem que isso signifique incorrer em infidelidade aos próprios textos, tem direito de se entregar a um trabalho construtivo que os textos parecem convidá-lo a fazer. Por exemplo, não se pode exigir, da parte do legislador, precisão minuciosa em suas definições; e às vezes, para tornar mais flexível seu trabalho, ele emprega adrede fórmulas vagas ou imprecisas, que o juiz deve definir, se quer evitar trair o pensamento do legislador (...) A jurisprudência encontrou-se, assim, na obrigação de precisar os limites que tinha de aplicar, e isto não somente por definições, mas por construções, destinadas a fixar o sentido exato das regras legais¹²⁴. (tradução livre)

Em mesmo sentido, o eminente penalista espanhol Luis Jiménez de Asúa lecionava que, para a justa e correta interpretação da lei penal, deveriam ser utilizados todos os meios ou elementos possíveis a iluminar o convencimento do magistrado, inclusive considerações extra-penais e extra-jurídicas¹²⁵. Isso porque a vontade do legislador penal deve ser considerada em face das finalidades sociais a que se destina e conforme as exigências do bem comum que visa satisfazer. Ou seja, toda a organização jurídica do *jus puniendi* deve tender à realização de certos ideais supremos, especialmente o de justiça social¹²⁶.

No contexto da interpretação e operacionalização do Direito Penal, não se pode olvidar de analisar as contribuições de Néelson Hungria, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e um dos maiores penalistas contemporâneos, que sempre defendeu a ideia de que

¹²²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 250-251.

¹²³GÉGOUT, Maurice. L'Interprétation littérale des lois pénales. In: GENY, François. *Les sources du droit*. Tome 3. Paris: Bu Toulon, 1977, p. 305-316.

¹²⁴GÉGOUT, Maurice *apud* SILVEIRA, Alípio. O Supremo Tribunal na aplicação da lei. *Revista Jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência*, v. 9, n. 52, jul-ago. 1961, p. 5-12, p. 7-8.

¹²⁵JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Filosofia y Ley Penal. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950, p. 30-72.

¹²⁶ESPÍNOLA, Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, p. 416-440.

o direito penal era, sim, produzido pela lei, mas que a lei penal não se reduziria à sua letra, mas deveria ser vivificada continuamente pela interpretação teleológica e progressiva dos textos. Neste sentido, cabe referir ao magistério do eminente jurista em suas próprias palavras sobre o tema, *in verbis*:

Os preceitos jurídicos não são textos encruados, adamantinos, intratáveis, ensimesmados, destacados da vida como poças d'água que a inundação deixou nos terrenos ribeirinhos; mas ao revés, princípios vivos que, ao serem estudados e aplicados, têm de ser perquiridos em sua gênese, compreendidos na sua *ratio*, condicionados à sua finalidade prática, interpretados no seu sentido substancial e humano¹²⁷.

E tal entendimento foi concretizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 54, no ano de 2013, quando decidiu a favor da permissão da interrupção terapêutica de gestações em que o feto estivesse acometido da patologia congênita letal denominada anencefalia, afastando a subsunção das condutas das mães e dos médicos que realizarem o procedimento das iras do tipo penal de aborto. Para a solução deste *hard case*, essenciais foram as contribuições dos especialistas das neurociências para o esclarecimento quanto às questões relativas à anencefalia e a tutela penal do feto por ela acometido em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

2.2. O Controle de Constitucionalidade e a Correção Substancial do Direito

Pode-se afirmar que os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis – nominados de “fiscalização da constitucionalidade” no direito constitucional português¹²⁸ – têm origem remota no direito inglês¹²⁹, embora seus contornos e maior desenvolvimento tenham se configurado no Direito dos Estados Unidos da América, fonte inesgotável de contribuições ao pensamento jurídico¹³⁰. O caso paradigma do controle judicial difuso da constitucionalidade é a célebre contenda *Marbury versus Madison* que chegou ao conhecimento da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803. Foi a primeira decisão de

¹²⁷HUNGRIA, Nélon. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1945, p. 6-8.

¹²⁸V. REGO, Carlos Lopes do. *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 10 e s.

¹²⁹COELHO, Sacha Calmo Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Poder de Tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1993, p. 30 e s.

¹³⁰GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1982, p. 120 e s.

um Tribunal em que se proclamou a competência judicial de se afastar a aplicação de leis infraconstitucionais incompatíveis com a Constituição Norte-americana, ainda que ausente à época previsão constitucional nesse sentido, por força da qual inaugurou-se o chamado *judicial review*¹³¹.

Este é o antecedente histórico remoto do controle difuso, concreto ou incidental de constitucionalidade pátrio, permitindo-se a qualquer Juiz, de qualquer instância, declarar inconstitucional ato normativo ou lei incompatível quando cotejado à Constituição. Isso porque a Constituição, como já referido, possui posição de importância ímpar nos ordenamentos jurídicos. Mais uma vez, *mister* a referência às brilhantes lições do professor doutor Canotilho:

A Constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua *posição hierárquico-normativo superior* relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Ressalvado algumas particularidades do direito comunitário, a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões: (1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas da constituição são *normas de normas (normaenormarum)* afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos do poder público com a Constituição¹³².

Dessa forma, deparando-se com certa norma infraconstitucional que se afigure em contradição às disposições e princípios constitucionais, todos os órgãos jurisdicionais podem - e devem - observar a Constituição e não aplicar a lei, a fim de zelar pela proteção e efetivação das normas constitucionais¹³³.

No Brasil, o controle difuso teve início no final do século XIX, com o Decreto Nº 848, que permitia ao juiz proferir parecer acerca da constitucionalidade de Lei se provocado para tal, admitindo-se em 1894 que o magistrado estadual ou federal apreciasse a validade das leis discutidas em certo caso concreto e, *incidenter tantum*, deixasse de

¹³¹CAPPELETTI, Mauro. *O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 50 e s.

¹³²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1111-1112.

¹³³BARROSO, Luis Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 27.

aplicá-las quando manifestamente inconstitucionais. Hoje, a sistemática atual do controle difuso pelo Poder Judiciário admite que qualquer órgão seu possa, incidentalmente, no bojo de um processo principal, agir de ofício diante de uma manifesta inconstitucionalidade, prescindindo-se de provocação das partes. A eficácia das decisões tomadas nesse contexto, diferente do que ocorre no Direito dos Estados Unidos da América, abrange apenas as partes constantes dos polos ativo e passivo da lide¹³⁴.

Mas o controle de constitucionalidade, enquanto análise de compatibilidade de normas infraconstitucionais perante a norma de hierarquia superior, não se configura modernamente apenas na forma de controle difuso. Pelo contrário, o controle pode ser realizado tanto de forma difusa ou incidental, perante a conexão com um caso em particular, como de forma abstrata ou concentrada, desprendido de um único caso a ser decidido¹³⁵.

A doutrina aponta que o modelo concentrado de constitucionalidade tem suas origens remotas na Constituição da Áustria de 1920, inspirada pelas ideias de Hans Kelsen, em que a Corte Constitucional detinha exclusiva e primordialmente a competência para a realização do mesmo. Foi sob as bases desta configuração que o sistema se difundiu para os principais tribunais constitucionais europeus, como o alemão, italiano e espanhol¹³⁶. No Brasil, pela adoção concomitante de elementos do controle difuso e do controle concentrado, afirma-se que a Constituição de 1988 inovou ao adotar um modelo híbrido de controle de constitucionalidade¹³⁷.

As decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais, em sede dos arranjos atuais do controle concentrado de constitucionalidade, são dotadas de eficácia *ex tunc* e *erga omnes*, impondo obediência obrigatória, não só a todos os magistrados e tribunais de instâncias inferiores ao cumprimento de suas disposições, mas também aos demais órgãos da Administração Pública, direta ou indireta. Dessa forma, na hipótese de reconhecimento da inconstitucionalidade de determinado ato normativo, este não mais poderá ser aplicado por tribunais e os demais agentes públicos. Por outro lado, se declarada constitucional certa

¹³⁴MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40 e s.

¹³⁵HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, p. 494 e s.

¹³⁶BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 198 e s.

¹³⁷VIVEIROS, Mauro. *El control de constitucionalidad brasileño: um modelo híbrido o dual*. Madrid: Acadêmica Española, 2012, p. 20 e s.

norma infraconstitucional, não mais poderá ser afastada sua incidência pelos tribunais *a quo*, devendo-se plena observância e efetivação aos preceitos nela contidos¹³⁸.

O controle concentrado de constitucionalidade estabelecido pelo poder constituinte, em que a competência para análise em abstrato de coadunação das normas infraconstitucionais com as constitucionais é exclusivo do Supremo Tribunal Federal, ganhou seus atuais contornos a partir da Constituição Federal de 1988 e das Emendas Constitucionais de nº 3/1993, que consagrou novas espécies de ação objetiva: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e a Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF), que uniram-se à já existente Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), e a EC nº 45/2004, que instituiu a criação das Súmulas Vinculantes e do instituto da Repercussão Geral¹³⁹. Dentre as ações diretas e originariamente aptas a provocar a jurisdição constitucional, de interesse para o presente trabalho a ADPF.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é o mecanismo de controle concentrado de desenvolvimento mais recente. A previsão constitucional dessa modalidade de controle de constitucionalidade de normas encontra-se em sede do parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição, que estabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciá-la, na forma da lei. E a norma regulamentadora é a Lei Nº 9.882/99, que criou as regras de processamento e julgamento da ação, designando em seu artigo 1º e parágrafo único três hipóteses para seu cabimento, quais sejam: a) evitar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; b) reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; e c) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição¹⁴⁰. Esta última disposição é a que permitiu o questionamento da interpretação a ser dada às normas incriminadoras do aborto no caso de anencéfalos, pois que se trata de disposições contidas no Código Penal vigente, promulgado em 1941, em período pré-constitucional.

¹³⁸MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade* - Comentários à Lei nº 9.868 de 10.11.1999. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 40 e s.

¹³⁹MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade da Constituição brasileira de 1988 - do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 200, out-dez. 2013, p. 189-210, p. 192-194.

¹⁴⁰SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 1. Abr. 2001, p. 1-46, p. 1-8.

Ainda, a norma regulamentadora confere à ADPF um caráter de subsidiariedade, conforme disposto no art. 4º, parágrafo 1º, o qual veda o manejo de tais ações quando haja outro meio eficaz de controlar a constitucionalidade suscitada. Dessa forma, em sede do controle concentrado de constitucionalidade, será o instrumento adequado apenas quando as demais hipóteses constitucionalmente previstas não puderem ser utilizadas. Por fim, da mesma forma que as decisões proferidas após o julgamento de ADC ou ADIN, as decisões terão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante que alcançará a todos os demais órgãos do Poder Público¹⁴¹.

Por se tratar de ação que possibilita discutir a constitucionalidade de atos que supostamente sejam lesivos a ‘preceitos fundamentais’, torna-se mecanismo extremamente flexível para a discussão do Direito, pois que adota conceito jurídico indeterminado que é interpretado pela melhor doutrina como abrangente de direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas e dos princípios constitucionais fundamentais, no que lhes confirmam significado e densidade normativa¹⁴².

E é exatamente por essas aptidões que se consubstancia no melhor instrumento a realizar a inclusão social, pois que se presta a discutir temas de relevância a todos os tipos de agrupamento social, em especial as minorias e os socialmente excluídos, conferindo à Corte Constitucional uma função essencial de garantia a direitos humanos fundamentais. Afinal, quando do debate e julgamento acerca das alegadas violações aos interesses de grupos não adequadamente representados no âmbito do processo político-institucional, poderá a Corte Constitucional conferir guarida a tais anseios, fazendo valer de forma eficaz os direitos debatidos¹⁴³.

2.3. A Figura do *Amicus Curiae* na Jurisdição Constitucional

A doutrina especializada aponta que a figura do *amicus curiae* tem origem na sistematicidade do direito penal inglês da era medieval¹⁴⁴, embora tenha alcançado seu

¹⁴¹TAVARES, André Ramos. Repensando a ADPF no Complexo Modelo Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 65-68.

¹⁴²SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 560 e s.

¹⁴³BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240. abr-jun. 2005, p. 83-105, p. 90-93.

¹⁴⁴AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Juspodivm, 2005, p. 10-15.

maior desenvolvimento e notoriedade no direito estadunidense, onde inicialmente se estabeleceu a associação entre o “amigo da corte” e o controle de constitucionalidade. No âmbito do direito norte-americano, o instituto passou por sensível transformação em seu perfil – da neutralidade para a combatividade - o que permitiu que o colaborador pudesse, de forma inovadora, participar ativamente do processo e contribuir efetivamente para o êxito de seus interesses e posições¹⁴⁵.

O grande salto de importância para a figura foi o caso *Müller vs. Oregon*, que chegou à Suprema Corte estadunidense no ano de 1907. Tratava-se da discussão acerca da constitucionalidade de uma lei do Estado de Oregon que fixava limites máximos de jornada para as trabalhadoras em lavanderias. Contudo, em razão do princípio da ampla proteção à liberdade da autonomia privada e a consequente resistência a atos estatais que a restrinjam no direito norte-americano, conforme a 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, a Corte Constitucional americana tendia a declarar inconstitucionais normas que interviessem no espaço da liberdade contratual¹⁴⁶.

O advogado que patrocinava a causa, senhor Louis D. Brandeis, apresentou ao conhecimento da corte um parecer que, de forma inédita, não levava ao seu conhecimento apenas precedentes e questões jurídicas. Muito além disso, apresentou aos magistrados opiniões técnicas de profissionais da saúde, da economia e de outras ciências sociais, visando convencê-los de que havia razões e dados externos ao Direito que deveriam ser analisados pela Corte para o seu melhor convencimento, como alegadas diferenças de constituição física que ensejariam proteção trabalhista diferenciada às mulheres. O documento de 113 páginas formulado, denominado “*Brandeis Brief*”, foi fundamental para o acolhimento de seus pedidos pela Suprema Corte, que permitiu a regulamentação legal dos limites de jornada daquela categoria de obreiras, e tornou-se o paradigma de referência para uma nova dimensão de relevância às contribuições dos colaboradores informais da corte¹⁴⁷.

Amplamente desenvolvido no âmbito da Suprema Corte norte-americana, a figura do *amicus curiae* foi gradualmente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁴⁵SILVESTRI, Elisabetta. L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 51, n. 3, set. 1997, p. 679-698, p. 680-688.

¹⁴⁶KRISLOV, Samuel. The amicus curiae brief: from friendship to advocacy. *The Yale Law Journal*, v. 72, n. 4, mar. 1963, p. 694-721, p. 696-697.

¹⁴⁷MORAG-LEVINE, Noga. Facts, Formalism, and the Brandeis Brief: The Making of a Myth. *University of Illinois Law Review*, v. 2013, n. 9-12, ago. 2013, p. 58-101, p. 58-62.

Inicialmente, foi formalmente introduzido em um papel de auxiliar passivo da Corte, como nas origens da *common law* inglesa, em que operava como mero instrumento de auxílio técnico para a compreensão das especificidades da matéria debatida e dar fundamento às decisões dos julgadores, como nos casos previstos nas Leis nº 6.616/78 (CVM) e nº 8.884/94 (CADE). Contudo, alcançou maior notoriedade apenas após o advento da Lei nº 9.868/99, que deixou de restringir a intervenção ao mero auxílio passivo e passou a permitir o *amicus curiae* enquanto interveniente voluntário e ativo em causas de transcendência coletiva¹⁴⁸.

As inovações salutares trazidas pela lei nº 9.868, promulgada em 10 de Novembro de 1999, dispõem sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Em pleno atendimento aos fundamentos e princípios constitucionais que regem o Estado Democrático de Direito, o diploma, em seu artigo 7º, parágrafo 2º, concedeu permissão expressa à manifestação formal dos mais variados órgãos e entidades em sede dos processos objetivos de controle de constitucionalidade abstrato de leis e atos normativos, de forma a ampliar o debate e aperfeiçoar as decisões da Corte Constitucional em sua tarefa precípua de guarda da Constituição¹⁴⁹. De certa forma, a inovação legislativa permitiu que todos os cidadãos, e não apenas os ministros do Supremo Tribunal Federal, possam se reconhecer como legítimos intérpretes (ou ao menos cointérpretes) da norma constitucional¹⁵⁰.

A verdadeira razão de haver a intervenção processual desses órgãos e entidades é o fornecimento de dados informativos que considerem relevantes e necessários aos Ministros do Supremo Tribunal Federal para o proferimento de seus votos nos casos complexos. Ou seja, os *amici curiae* atuam de forma a instrumentalizar e efetivar a participação democrática no contencioso objetivo, cujos *decisium* vinculam a todos -

¹⁴⁸BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: Requisitos, Poderes Processuais e Aplicabilidade no âmbito Estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 1, jan-mar. 2005, p. 1-22, p. 2-8.

¹⁴⁹BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 128-140.

¹⁵⁰HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 10-15.

Estado, entes coletivos e indivíduos – indistintamente, sendo as decisões acerca das normas questionadas de interesse geral¹⁵¹.

Para a admissão da intervenção processual destes interessados nos referidos processos de jurisdição constitucional, exige-se o cumprimento de certos requisitos previstos na própria Lei nº 9.868/99, em seu art. 7º, parágrafo segundo, quais sejam: a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Tais critérios serão aferidos pelo relator a quem o processo for distribuído e que deverá analisar, caso a caso, se o postulante tem interesse jurídico e qual a relevância de seu saber para a melhor solução da matéria *sub judice*, a fim de que se justifique ou não sua participação no debate. Isso porque o que se pretende com a atuação da sociedade civil na condição de *amicus curiae* é a melhora da qualidade das decisões, e não o mero prolongamento improdutivo do já moroso controle objetivo de constitucionalidade normativa¹⁵².

Além disso, nos casos em que se exija maior esclarecimento da matéria, o próprio relator poderá requisitar informações adicionais, seja através de formação de comissão de peritos, seja mediante a fixação de data para realização de audiência pública na qual se pretenderá a oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria, conforme dispõe o art. 9º, parágrafo 1º da mesma Lei, de forma a aprimorar o convencimento pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma questionada¹⁵³. E tais disposições foram repetidas no art. 6º, parágrafos 1º e 2º da Lei nº 9.882/99, que permitem a intervenção de interessados na ADPF, a fim de que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis para a solução da questão jurídica apresentada, sendo indispensável ao jurista contar com o apoio de outras áreas do saber e a opinião dos grupos sociais diretamente envolvidos na questão¹⁵⁴.

E não há razão de ser maior à participação ampla dos mais diversos setores da sociedade plural e heterogênea dos tempos modernos do que o que se estabelece com o resultado final desses processos de controle normativo: negar eficácia a uma norma produzida por órgão ou autoridade cuja legitimidade deriva da direta representação

¹⁵¹*Ibidem*, p. 12-18.

¹⁵²BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 130-132.

¹⁵³MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade - Comentários à Lei nº 9.868 de 10.11.1999*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20 e s.

¹⁵⁴ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Sociedade Civil e democracia: a participação da sociedade civil como “amicus curiae” no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: PUC-SP, 2006, p. 3-8.

popular. E é por força dessa essencial competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal que este deverá, sempre que possível, buscar a constante ampliação da participação democrática em suas interpretações, nutrindo-se do debate público para a legitimação de suas teses¹⁵⁵.

Para concluir o panorama geral sobre a matéria cabe referir, mais uma vez, às lições do ministro e professor Gilmar Ferreira Mendes, autoridade brasileira no assunto:

São significativas as mudanças verificadas no processo constitucional no âmbito do controle concentrado. A aplicação da Lei n. 9868/99 (ADI e ADC) e da Lei n. 9882/99 (ADPF) deu ensejo à ampla atualização no processo constitucional no Brasil. A constatação de que, no processo de controle de constitucionalidade, faz-se, inevitavelmente, a verificação de fatos e prognoses legislativos, conduziu à necessidade de adoção de modelo procedimental que outorgasse ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição. Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de a Corte se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também o amplo direito de participação por parte de terceiros interessados. Passos significativos foram dados com a promulgação das Leis ns. 9868/99 e 9882/99 (admissão de *amicus curiae* e realização de audiências públicas) e com a edição das normas regimentais pertinentes¹⁵⁶.

De análise das palavras do ministro e da legislação regulamentadora das ações constitucionais vigente no Brasil, parece inescapável entender as previsões expressas de admissão dos *amici curiae* e da realização de audiências públicas como evoluções legislativas tendentes à democratização dos processos de interpretação constitucional. O filósofo Peter Häberle já defendia que a interpretação constitucional em abstrato, pela magnitude de seus efeitos, não poderia restringir-se a uma sociedade fechada de intérpretes, *in casu*, os juízes constitucionais integrantes do Supremo Tribunal Federal, mas deveria incluir os mais variados setores sociais, ampliando-se a uma sociedade aberta de intérpretes¹⁵⁷. Isso porque, conforme esclarece o próprio Häberle:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os

¹⁵⁵MACIEL, Adhemar Ferreira. *Amicus curiae: um instituto democrático*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 38, n. 153, jan-mar. 2002, p. 7-10, p. 5-10.

¹⁵⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010*/Gilmar Ferreira Mendes. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140-143.

¹⁵⁷PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Amicus Curiae: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais*. *Revista da AJURIS*, v. 32, n. 99, set. 2005, p. 161-179, p. 165-170.

cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição¹⁵⁸.

O eminente constitucionalista brasileiro Daniel Sarmento destaca que o Poder Judiciário teve um significativo incremento de sua importância no contexto pós-positivista, muito por conta da promulgação da Constituição Cidadã de 1988, pois que passou a ser um grande responsável pela observância das regras e princípios constitucionais vigentes. Nas palavras do professor Sarmento:

Hoje se assiste no Brasil uma verdadeira judicialização da política e das relações sociais. Por um lado, a Justiça passou a ocupar-se dos grandes conflitos políticos e morais que dividem a Nação, atuando muitas vezes como árbitro final, e decidindo questões tormentosas e delicadas, que vão dos direitos das minorias no processo legislativo até os debates sobre aborto e pesquisa em células-tronco. Por outro, ela foi descoberta pelo cidadão brasileiro mais humilde, que, apesar dos problemas ainda persistentes do acesso à prestação jurisdicional, tem passado a procurá-la com uma frequência cada vez maior para resolver os seus problemas cotidianos. Assim, de instituição quase desimportante em regimes constitucionais pretéritos, o Poder Judiciário converteu-se numa espécie de ‘guardião das promessas’ de direitos humanos e justiça material, proclamadas na Constituição e em outros textos legais¹⁵⁹.

As novas e complexas questões decorrentes da evolução científica e tecnológica que se apresentam à jurisdição constitucional, afinal, exigem dos julgadores a escolha de um único sentido adequado, dentre os vários sentidos potencialmente contidos em norma cuja constitucionalidade esteja em debate, de forma a dar solução única e vinculante a toda uma coletividade¹⁶⁰. E é no âmbito normativo penal que tem havido a maior discussão quanto à necessária atualização de seus dispositivos em face da nova ordem constitucional ora vigente, pois que o Código Penal, criado pelo Decreto-lei 2.848/40, é legislação constituída em período pré-constitucional.

Em passado recente, o Tribunal se deparou com a complexidade da matéria presente no julgamento da ADPF nº 54, de relatoria do ministro Marco Aurélio, que discutia a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. O Tribunal decidiu pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124,

¹⁵⁸HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 25-26.

¹⁵⁹SARMENTO, Daniel. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 235-239.

¹⁶⁰HERSHBERG, Eric; JELIN, Elisabeth. *Construindo a Democracia: Direitos Humanos, Cidadania e Sociedade na America Latina*. São Paulo: EDUSP, 2007, p. 20 e s.

126 e 128, I e II do Código Penal, e proferiu uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva¹⁶¹. Em síntese, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se a favor da necessidade de atualização do conteúdo normativo dos artigos referidos e pela interpretação evolutiva da legislação penal quanto ao abortamento, entendendo por inconstitucional qualquer interpretação que tipificasse como criminosas as condutas dos agentes que promovessem a interrupção terapêutica da gravidez de feto anencéfalo.

2.4. Os Contributos da Neurociência para a Discussão sobre o Aborto nos Casos de Anencefalia: Análise do Julgamento da ADPF N° 54.

A legislação penal brasileira veda, regra geral, a provocação de quaisquer tipos de interrupção da gravidez, cuja conceituação típica insere-se em sede das normas penais relativas às várias modalidades de criminalização do aborto – embora etimologicamente melhor fosse utilizar a expressão “abortamento”, como ato de abortar que leva à morte do produto da concepção, este sim o “aborto”¹⁶²-, os artigos 124, 125 e 126 do Código Penal ora vigente. Asseveram os tipos penais incriminadores:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque.
Pena: detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro
Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante.
Pena: reclusão, de três a dez anos.
Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante.
Pena – reclusão de um a quatro anos

Os dispositivos em apreço situam-se no capítulo dos crimes contra a vida e, de sua leitura, pode-se depreender que, a princípio, o legislador penal não fez qualquer distinção quanto à fase de desenvolvimento da gravidez da mulher, se ovular, embrionária ou fetal. Ou seja, para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida teria relevância em qualquer estágio após a concepção, desde o momento em que da conjunção carnal

¹⁶¹SAMPAIO, José Adércio Leite. *As sentenças intermediárias e o mito do legislador negativo*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001, p. 158-159.

¹⁶²COSTA JÚNIOR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 32 e s.

resultasse a fecundação do óvulo feminino pelo espermatozoide masculino¹⁶³. Ainda, extrai-se dos dispositivos que a legislação penal preocupa-se apenas com os casos em que há aborto provocado, não sendo típicos quando ocasionados por motivações naturais ou acidentais¹⁶⁴.

Ao lado das hipóteses proibidas de autoaborto (art. 124) e aborto provocado por estranhos à gestante (arts. 125 e 126), encontram-se na parte especial do Código Penal hipóteses excepcionais em que o ato de abortar, ainda que provocado, não será sujeito à incidência das sanções penais. São as disposições do artigo 128 e incisos I e II, a ver:

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II- se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Desse modo, o Código Penal brasileiro, ao lado da extensa tipologia incriminadora suprarreferida, estabeleceu tipos permissivos, em que não haveria de se cogitar fato punível quando a situação concreta se subsumisse a certas características especiais. Exige-se, para que se caracterize a exclusão da antijuridicidade do fato, uma capacidade especial do sujeito ativo a perpetrar a conduta de abortamento, qual seja, sua condição de profissional da Medicina habilitado. A inobservância desse requisito enseja o afastamento da permissão legal em casos de aborto terapêutico ou necessário (art. 128, I) e sentimental ou humanitário (art. 128, II)¹⁶⁵.

Quanto à primeira hipótese, exige-se ainda que não haja outro meio de salvar a vida da gestante. O tipo penal é bastante sintético e resumido, e mostra-se omissivo quanto à exigência ou não de autorização da lei ou da gestante. O médico, enquanto sujeito ativo do fato, será o único responsável pelo juízo de oportunidade, não sendo vinculada sua atuação a qualquer opinião estranha à sua. Afigura-se, aqui, o reconhecimento pelo Direito Penal da plenitude da ciência e do pensamento médico, submetendo-se às *leges artis medicinae*, aos moldes do que ocorre com o artigo 150 do Código Penal de Portugal. Ao intérprete não

¹⁶³GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Volume II. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 225-226.

¹⁶⁴BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. *Revista dos Tribunais*, v. 94, n. 836, jun. 2005, p. 379-398, p. 380-388.

¹⁶⁵MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 176 e s.

cabará contrariar a prática com base em argumentos estritamente jurídicos, restando-lhe aceitar o que é dito por tais saberes¹⁶⁶.

Quanto à segunda hipótese, é fundada em razões éticas, permitindo a exclusão de ilicitude aos casos em que a gravidez seja resultante de estupro, desde que se atenda à condicionante do prévio consentimento da mãe ou, na falta de sua capacidade para dá-lo, a autorização pelo representante legal¹⁶⁷.

Essas foram as únicas hipóteses previstas pelo legislador penal quanto ao afastamento da ilicitude dos atos de abortar. Contudo, não obstante a legislação penal trouxesse rol de permissivos legais a contemplar apenas os dois supracitados casos de aborto sentimental e necessário, há muito se discutia a suposta defasagem do Direito positivo face ao desenvolvimento tecnológico das ciências médicas e às novas possibilidades ecográficas, propondo-se, assim, uma releitura do direito tradicional à luz da evolução psicoetológica da sociedade¹⁶⁸.

Contudo, não obstante esse fato, há muito já se questionava se não haveria um outro tipo de gestação a ser abarcado pela permissividade jurídica: a de fetos acometidos pela patologia congênita letal denominada de anencefalia. Diziam os defensores dessa ideia que os enormes avanços das neurociências permitiram aos médicos uma capacidade diagnóstica de absoluta certeza quanto a gestações de fetos anencéfalos e, por conta da pretensa inviabilidade destes para a vida extrauterina, não seriam bens jurídicos passíveis de tutela pelo Direito Penal. Tais casos, então, começaram a ser levados ao conhecimento das cortes brasileiras.

A discussão prolongou-se por décadas, e o que se via era uma reiterada desarmonia entre os entendimentos jurisprudenciais emanados pelos diversos tribunais. Alguns julgadores albergavam a tese da inviabilidade e concediam autorização para que as gestantes procedessem à interrupção de tais gestações, dando interpretação extensiva *in bonam partem* aos casos de exclusão de ilicitude do aborto¹⁶⁹.

¹⁶⁶FARIA COSTA, José de. O Direito Penal e a Ciência: as metáforas possíveis no seio de relações "perigosas". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Número Extraordinario, organizado por Agustín Jorge Barreiro e dedicado ao tema «Derecho y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI», Madrid, BOE, 2006, p. 107 e s, p. 110.

¹⁶⁷DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31-33.

¹⁶⁸SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 250 e s.

¹⁶⁹ROCHA, Andréia Ribeiro da. *et al.* Análise teórico-reflexiva sobre decisões judiciais no TJRS em relação ao aborto de fetos anencéfalos. *Direito e Justiça*, v. 34, n. 1, jan-jun. 2008, p. 41-59, p. 51-52.

Outros desautorizavam a prática, sob o fundamento geral de que havia ali uma vida a ser protegida como qualquer outra¹⁷⁰. Isso criou uma grande insegurança jurídica à comunidade e, premente a necessidade de dar uma solução única e vinculante para a questão, foi convocada a atenção do guardião precípua da Constituição Federal e de todas as suas regras e princípios, o Supremo Tribunal Federal, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 54, manejada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 17 de junho de 2004¹⁷¹.

A petição inicial da ação constitucional, subscrita pelo então advogado e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, demandava que a Corte Constitucional declarasse inconstitucionais quaisquer interpretações que considerassem a interrupção destes tipos de gravidez como condutas tipificadas nos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal. Dessa forma, tornar-se-ia lícita a antecipação terapêutica do parto em gravidezes de fetos anencéfalos, desde que diagnosticada e realizada por médico habilitado, não estando sujeitas as gestantes e os demais envolvidos às sanções penais e à necessidade de autorização judicial. Isso sob os fundamentos de que não haveria subsunção ao tipo penal de aborto, pois que a tutela penal do produto da concepção teria como pressuposto a existência de potencialidade de vida do feto, o que restava ausente no caso dos anencéfalos, equivalente a um natimorto¹⁷².

Instada a se pronunciar sobre a necessidade de dar uma interpretação evolutiva da legislação penal, conforme o estágio atual do pensamento moderno e do desenvolvimento científico, a Corte Constitucional resolveu, em atendimento ao princípio democrático, dar voz a vários segmentos sociais juridicamente interessados na solução da celeuma.

Assim, ordenou-se a realização de diversas audiências públicas nas quais se procedeu à oitiva de especialistas das mais diferentes áreas afeitas à questão da anencefalia, como os especialistas das neurociências, para que houvesse uma reflexão social sobre o que estava envolvido naquele aparente conflito de interesses

¹⁷⁰BITTAR, Walter Barbosa. Aspectos jurídico-penais da autorização para o aborto de feto anencéfalo. *Revista Jurídica*, v. 51, n. 313, nov. 2003, p. 86-99, p. 98-99.

¹⁷¹V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8/DF*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de Abril de 2012.

¹⁷²Petição inicial da ADPF n. 54 com texto integral disponível no sítio eletrônico: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>>. Acesso em: 06 de junho de 2017.

constitucionalmente protegidos, como a proteção à integridade físico-psíquica e à liberdade reprodutiva da gestante e a suposta necessidade de tutela à vida dos nascituros.

As definições e compreensões acerca do que envolvia a anencefalia eram as questões centrais a serem enfrentadas pelo Plenário do STF. As audiências públicas trouxeram dados e percepções valiosas ao convencimento dos Ministros quanto à pertinência ou não das demandas contidas na ADPF 54. Foram admitidas como *amicus curiae* diversas entidades relacionadas às ciências naturais, como a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Brasileira de Genética Clínica, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o Conselho Federal de Medicina, o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e a maior autoridade brasileira na Medicina fetal, o professor doutor José Aristodemo Pinotti, criador do Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas e ex-reitor da Universidade de Campinas¹⁷³.

Primeiro, foi levado ao conhecimento dos ministros que o diagnóstico pré-natal foi incorporado universalmente à medicina brasileira em meados da década de 1970. Com as novas possibilidades de detecção de anomalias fetais em exames ecográficos, por meio do treinamento dos profissionais dos sistemas particular e público de saúde e dos novos dispositivos tecnológicos, foi viabilizado um diagnóstico de certeza quanto à existência ou não da anencefalia, tanto quanto era possível precisar o óbito fetal. Neste sentido lecionou o professor Eugênio Grillo:

O reconhecimento de conceito com anencefalia é imediato. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Hoje, com os equipamentos modernos de ultrassom, o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação. A possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese¹⁷⁴.

No que mais importa, especialistas das mais diversas áreas das neurociências, foram convocados para esclarecer sobre o que envolvia e quais as consequências daquela

¹⁷³BARROSO, Marcela Maria Gomes Giorgi. *Aborto no Poder Judiciário: o caso da ADPF 54*. São Paulo: EDUSP, 2010, p. 75 e s.

¹⁷⁴GRILLO, Eugênio *et al.* Defeitos do tubo neural e hidrocefalia congênita. Por que conhecer suas prevalências? *Jornal de Pediatria*, v. 79, n. 20, ed. 79, mar-abr. 2003, p. 105-106, p. 105.

complexa patologia, a anencefalia. Aos operadores do Direito foi essencial a compreensão e valoração jurídica dos saberes científicos para os posicionamentos manifestados nos votos ministeriais, sobretudo em relação ao convencimento pela inviabilidade de vida extrauterina e condição de natimorto de tais fetos. Veja-se, a título de exemplo, a configuração de anencefalia para os estudiosos da embriologia, referenciada pelo *amicus curiae* Jorge Aldalaf Neto em sede de suas explicações:

São malformações ocasionadas pelo fechamento defeituoso do tubo neural e dos tecidos mesodérmicos que o rodeiam, em particular a abóbada craniana e a coluna vertebral. De acordo com a sua localização, sua extensão e as estruturas afetadas, ocorre a anencefalia. A anencefalia ou falta de cérebro é acompanhada de acrania (ausência de abóbada craniana) e é devida ao não-fechamento da parte cefálica do tubo neural. Esta malformação é incompatível com a vida pós-natal e durante a gestação ocasiona a formação de poliidrâmnio, isto é, acúmulo excessivo de líquido na cavidade amniótica. O excesso de líquido se deve ao fato de que, ao não possuir cérebro, o feto carece dos centros nervosos da deglutição e não ingere o líquido amniótico¹⁷⁵.

O doutor Aristodemo Pinotti, por sua vez, esclareceu aos ministros que, em termos científicos, a anencefalia era patologia letal, inexistindo qualquer perspectiva de sobrevivência em ambiente extrauterino por mais de algumas horas. Ainda, que no estágio atual do saber das neurociências, inexistia qualquer tipo de terapia gênica, tratamento cirúrgico ou método científico capaz de reverter o caso ou suprir a malformação congênita. Ressaltou o caráter de incompatibilidade com a perpetuação de vida fora do útero materno, asseverando que o diagnóstico de morte do anencéfalo era certo e irreversível, sendo o feto inescapavelmente inviável¹⁷⁶. Em mesmo sentido foi o entendimento apresentado pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, nos seguintes termos:

No caso da anencefalia há ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas as funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vaso motoras e funções dependentes da medula espinhal¹⁷⁷.

Após longos e acalorados debates, no dia 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal conferiu solução definitiva à tormentosa discussão jurídica. Por oito votos a favor da licitude da interrupção das gestações de anencéfalos - os Ministros Marco Aurélio,

¹⁷⁵HIB, José. *Embriologia médica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008, p. 228-229.

¹⁷⁶CYPEL, Saul. DIAMENT, Aron Judka. *Neurologia infantil*. 3ª ed. São Paulo: Atheneu, 1996, p. 744-745.

¹⁷⁷INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO (ANIS). *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 85-86.

Gilmar Mendes, Luiz Fux, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa - e dois pela improcedência dos pleitos exordiais - Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski -, albergou-se a tese conforme as evidências neurocientíficas apresentadas no sentido de que o feto anencéfalo é acometido de doença que inviabiliza em absoluto sua subsistência e possibilidades de se expressar como pessoa, tratando-se de natimorto cerebral não alcançado pela tutela dos tipos penais¹⁷⁸. Era o pensamento defendido, dentre outros penalistas de renome, por Cesar Roberto Bitencourt¹⁷⁹, Cléber Masson¹⁸⁰ e Alberto Silva Franco, que sumarizou a posição dos desfavoráveis à tutela penal do feto anencéfalo nos seguintes termos:

- a) a anencefalia pode ser detectada, de modo precoce, em virtude do desenvolvimento tecnológico das ciências biomédicas, no exame pré-natal, e com margem total de certeza;
- b) a anencefalia é, em altíssimo percentual, incompatível com os estágios mais avançados da vida intra-uterina e de total incompatibilidade com a vida extra-uterina;
- c) não se aplica à anencefalia o critério da morte cerebral ou encefálica porque o feto anencéfalo não dispõe do equipamento cerebral necessário a dar suporte a esse critério;
- d) leva-se em conta, na anencefalia, o critério da morte neocortical que abandona o sentido puramente biológico da vida e prioriza os aspectos vinculados à existência da consciência, afetividade e comunicação, como expressões de identidade da pessoa;
- e) o anencéfalo constitui um projeto embriológico falido, não sendo um processo de vida, mas um processo de morte; destarte, não há como considerá-lo tecnicamente vivo, pois ele é carente de toda capacidade biológica para a concretização de uma vida humana viável (...) ¹⁸¹.

Os votos vencedores consideraram haver uma forte incompatibilidade entre os avanços da medicina e o disposto no Código Penal Brasileiro que, por consequência das limitações do estado da arte de sua época, não previu tal hipótese dentre as permissivas da interrupção gestacional¹⁸². Para que fique clara e evidente a importância dos argumentos das neurociências para o deslinde da causa, veja-se excerto proferido pelo relator da ADPF Nº 54, ministro Marco Aurélio, ao afiliar-se à tese da permissão da interrupção de tais

¹⁷⁸PRADO, Luiz Regis. *Código penal anotado e legislação complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 501 e s.

¹⁷⁹BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*. Volume 2: parte especial - dos crimes contra a pessoa. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 164 e s.

¹⁸⁰MASSON, Cléber. *Direito Penal Esquemático*. Parte Especial - Volume 2. 5ª ed. São Paulo: Método, 2013, p. 86 e s.

¹⁸¹FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *Revista dos Tribunais*, v. 94, n. 833, mar. 2005, p. 399-419, p. 418-419.

¹⁸²TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo: discriminação e avanços tecnológicos da medicina*. Curitiba: Editora Juruá, 2005, p. 17-18.

gravidezes, por não haver potencialidade de vida naqueles produtos gestacionais patológicos:

Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludí, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida. Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível¹⁸³.

Ora, adotando-se tais premissas, entendeu-se que o feto anencéfalo é um natimorto, não havendo vida a se tutelar. Assim sendo, ausente a necessidade de tutela penal por carecerem as condutas de possibilidade de lesão ou perigo de lesão a qualquer bem jurídico, já que vida biológica *per si* não enseja tutela jurídico-penal¹⁸⁴. O eminente ministro Joaquim Barbosa, seguindo a inteligência do voto do ministro relator, sustentou que:

O feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor da tutela penal. Mas, a partir do momento em que se comprovou sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo artigo 124 do Código Penal. Por fim, entendo que a antecipação do parto nesses casos não encontra tipicidade no direito brasileiro. De fato, se a conduta não é típica, sequer há de se cogitar de ilícito penal¹⁸⁵.

Carmen Lúcia, em seu voto, seguiu o relator e compreendeu, com base nos elementos científicos carreados aos autos, que o feto anencéfalo não merece tutela pelo direito por conta de sua patologia neural:

De se afirmar que, hoje, a malformação no fechamento do tubo neural não dispõe de tratamento médico conhecido ou vacina para superar tal lesão e, por isso, no ventre materno mesmo este feto é desprovido de direito, por não dispor das condições para aquisição da personalidade do ser com vida, a despeito de merecer a proteção estatal, não mais como ente vivo, mas como ente desprovido da possibilidade de vida, protegendo-o indiretamente, com direito a nome, sepultura, respeito à

¹⁸³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8/DF*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de Abril de 2012, p. 54-58.

¹⁸⁴JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Volume 2: Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 122.

¹⁸⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8/DF*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de Abril de 2012, p. 151-152.

imagem. Não haveria, pois, “aborto do feto anencéfalo” pela ausência de tipicidade, ausente o objeto jurídico tutelado, inexistindo sujeito passivo¹⁸⁶.

Por fim, refira-se às palavras do ilustre ministro Ayres Britto que, em metáforas, traduziu seu entendimento quanto à não incidência dos preceitos incriminadores aos casos em discussão:

O que existe é um organismo incontornavelmente empacado ou sem nenhuma possibilidade de sobrevida por lhe faltar as características todas da espécie humana. Metaforicamente, o feto anencéfalo é uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta porque não alçará voo jamais (...) sua voluntária interrupção é penalmente atípica, já não corresponde a um fatotipo legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana in fieri, donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando esta potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer¹⁸⁷.

A Suprema Corte brasileira, por força da adoção destes entendimentos, atuou como verdadeiro legislador positivo e acrescentou, ao lado dos abortos necessário e sentimental, uma nova excludente supralegal de ilicitude, qual seja, a interrupção da gestação em casos de feto portador de anencefalia. A decisão de eficácia aditiva é polêmica¹⁸⁸, mas afigura-se viável e legítima, pois que os intérpretes consideraram nos fundamentos de suas decisões todos os conhecimentos e saberes trazidos pela pluralidade social, representada pelos inúmeros entes participantes das audiências públicas em suas funções de *amici curiae*¹⁸⁹.

Essa decisão simboliza e torna evidente a intensidade da repercussão das novas descobertas científicas nas relações jurídico-políticas, pois que a lei não pode restar inflexível e presa às suas razões históricas, à margem dos anseios da evolução social. Com o aumento da força política do Judiciário em bases pós-positivistas e sendo o intérprete dotado do poder de criação e revelação do sentido constitucional das normas jurídicas,

¹⁸⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8/DF*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de Abril de 2012, p. 214-215.

¹⁸⁷*Ibidem*, p. 259.

¹⁸⁸MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 450 e s.

¹⁸⁹NOGUEIRA, Gustavo Santana. Do amicus curiae. *Revista do Tribunal Regional Federal Primeira Região*, v. 16, n. 7, jul. 2004, p. 22-35, p. 26.

inafastável que a lógica da lei seja interpretada conforme a dinâmica dos novos tempos, que tem a justiça como referente principal, conforme assevera Hungria:

A lei não pode ficar inflexível e perpetuamente ancorada nas ideias e conceitos que atuaram na sua gênese. Não se pode recusar, seja qual for a lei, a denominada interpretação evolutiva (progressiva, adaptativa) A lógica da lei, conforme acentua Maggiore, não é estática e cristalizada, mas dinâmica e evolutiva. “Se o direito é feito para o homem e não o homem para o direito, o espírito que vivifica a lei deve fazer dela um instrumento dócil e pronto a satisfazer, no seu evoluir, as necessidades humanas” No estado atual da civilização jurídica, ninguém pode negar ao juiz a faculdade de afeiçoar a rigidez da lei ao progressivo espírito da sociedade, ou de imprimir ao texto legal a possível elasticidade, a fim de atenuar os contrastes que acaso surjam entre eles e a cambiante realidade. Já passou o tempo do rigoroso tecnicismo lógico, que abstraía a lei do seu contato com o mundo real e a consciência social. O juiz pode e deve interpretar a lei ao influxo de supervenientes princípios científicos e práticos, de modo a adaptá-la aos novos aspectos da vida social, pois já não se procura a *mens legis* no pensamento do legislador, ao tempo mais ou menos remoto em que foi elaborada a lei, mas no espírito evoluído da sociedade e no sentido jurídico imanente, que se transforma com o avanço da civilização¹⁹⁰.

Além disso, é de se ressaltar que a decisão tomada em controle abstrato de constitucionalidade não restringe, de forma alguma, a liberdade de conformação do legislador, que poderá, em seu tempo, regulamentar o tema por meio de lei, inclusive de maneira contrária à decidida pelo Poder Judiciário. Assim, afigura-se inconcebível, respeitados os posicionamentos diversos, sustentar qualquer violação da legalidade penal e do princípio da separação dos poderes. Isso porque restou configurado que a *mens legislatoris* de outros tempos, muito anteriores à ordem constitucional vigente, não pode persistir se tomada em consideração às necessidades e ao estágio atual de conhecimento na sociedade, devendo-se atribuir aos textos normativos interpretação constitucional conforme as possibilidades atuais do sistema jurídico-científico¹⁹¹.

2.5. A Solução Portuguesa para a Questão do Aborto de Fetos Patológicos

Quanto à solução portuguesa para a questão, partindo-se de uma análise paradigmática do tratamento legislativo de Portugal quanto à incriminação das

¹⁹⁰HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 75-78.

¹⁹¹LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 110 e s.

“interrupções voluntárias da gravidez” pelo tipo penal de aborto, constata-se que, até o advento da Lei 6/84, de 11 de maio, a prática do aborto era completamente proibida no país, não havendo no Código Penal luso qualquer cláusula de não punibilidade. A legislação portuguesa era tida como uma das mais severas quanto à matéria e, para muitos, consubstanciava uma posição profundamente questionável e equivocada¹⁹², em muito defendida pelos setores conservadores e tradicionalistas sob a influência de uma moral conservadora e pró-natalista de raiz católica¹⁹³.

A partir das décadas de 60 e 70, especialmente após o advento da Constituição pós-revolução de 1976, parte da doutrina portuguesa já buscava construir hipóteses de impunibilidade, como o chamado “aborto terapêutico”, cuja finalidade era a de preservar a integridade físico-psíquica e a vida da grávida, quando perpetrado por médico cuja conduta se desse em acordo com a *lex artis medicinae*. Contudo, os próprios órgãos oficiais e as normas deontológicas médicas, à época, posicionavam-se consoante à ideia de proibição absoluta do aborto, não permitindo a imposição da interrupção mesmo em casos de grave ou irreversível lesão ao corpo e saúde das gestantes¹⁹⁴.

Com a entrada em vigor do novo Código Penal de 1982, que sucedeu ao Código Penal português de 1852, nada se alterou em relação à proibição ampla do aborto. Somente com a edição da Lei de 1984 é que se introduziu no direito português a permissão para a interrupção voluntária da gravidez, quando praticada com o consentimento da gestante e por profissional da medicina, em função de determinadas indicações, tais como a terapêutica – perigo de vida ou lesão grave e duradoura da saúde física e psíquica da mulher -; a embriopática ou fetopática ou por lesão do nascituro – quando houvesse malformação do feto; e a ética ou humanitária – quando a gravidez resultasse de violação. A Lei nº 90/97, por sua vez, alargou o prazo em situações de malformação fetal e ampliou o quadro do que seria considerado como violação¹⁹⁵.

¹⁹²FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A interrupção voluntária da gravidez: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)* v. 18, n. 86, set-out. 2010, p. 148-169, p. 150-152.

¹⁹³PORTUGAL, Silvia. Retórica e acção governativa das políticas de família desde 1974. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 56, fev. 2000, p. 81-98, p. 83-87.

¹⁹⁴COSTA, António Manuel de Almeida. Aborto e Direito Penal – algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez. *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, v. 44, dez. 1984, p. 545-625, p. 546-569.

¹⁹⁵FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A interrupção voluntária da gravidez: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)* v. 18, n. 86, set-out. 2010, p. 148-169, p. 151-152.

Embora as inovações da Lei n. 6/84 de 11 de Maio tenham causado uma enorme reação de certos setores sociais de Portugal, as normas jurídicas que versavam sobre as novas hipóteses de exclusão da ilicitude do aborto foram declaradas constitucionais pelo Tribunal Constitucional Português quando de sua submissão pelo Provedor de Justiça à fiscalização abstracta sucessiva de constitucionalidade – instrumento similar ao controle de constitucionalidade abstrato ou concentrado do direito constitucional brasileiro -, conforme o sumário do Acórdão 85-085-P de Relatoria do Conselheiro Vital Moreira¹⁹⁶.

Entenderam os juízes do Tribunal Constitucional que, embora a vida intrauterina do nascituro seja um bem jurídico autônomo digno de tutela constitucional, o dever estatal de proteção à vida em desenvolvimento e a prevenção penal das interrupções voluntárias de gravidez poderiam ceder quando em conflito com outros direitos fundamentais de igual importância, como os direitos da gestante à vida e à saúde. Assim, nada havia de inconstitucional ou desproporcional em permitir a exclusão da ilicitude em certos casos de interrupção voluntária da gravidez, sendo possível ao legislador cumprir sua missão de proteção do embrião sem penalizar certas hipóteses nas quais se admitiria juridico-penalmente o sacrifício da vida intrauterina¹⁹⁷, como o caso dos fetos anencéfalos.

Ao contrário da solução dada pelo Poder Judiciário no âmbito do Direito Penal brasileiro, que criou uma cláusula judicial de não punibilidade do aborto de fetos com anencefalia, no caso português a solução foi uma alteração das próprias normas penais, fruto do aprofundamento das discussões em sede da Assembleia da República e da opinião pública, destacando-se os crescentes movimentos de militância e reivindicação¹⁹⁸.

O órgão de cúpula da jurisdição constitucional portuguesa, ao invés de dar uma interpretação com eficácia aditiva em sede de atuação positiva - como no caso brasileiro -, atuou negativamente e declarou improcedentes os pleitos de inconstitucionalidade levantados por certos grupos representativos da comunidade portuguesa quanto aos novos permissivos legais¹⁹⁹, em defesa da plena vigência da norma escrita e da conformidade constitucional da vontade social externada pelo legislador.

¹⁹⁶PORTUGAL. Tribunal Constitucional (TC). *Decisão e Sumário da Fiscalização Abstracta da Constitucionalidade n. 85-085-P*. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Lisboa, 25 de Junho de 1985.

¹⁹⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. Volume I – Artigos 1º a 107º. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 445-453.

¹⁹⁸MONTEIRO, Rosa. A descriminalização do aborto em Portugal: Estado, movimentos de mulheres e partidos políticos. *Análise Social*, n. 204, jul. 2012, p. 585-605, p. 589-593.

¹⁹⁹MORÁN, Luis González. *Aborto: Un reto social y moral*. Madrid: San Pablo, 2009, p. 98-105.

Recentemente, por ocasião da edição da Lei nº 16/2007 de 17 de abril, o legislador português revisou as disposições atinentes à interrupção da gravidez não punível e despenalizou genericamente a interrupção voluntária da gravidez em casos em que seja realizada por livre opção da mulher, no período compreendido nas primeiras dez semanas de gestação, desde que obedecidos certos parâmetros e prazos legais, nos conformes do artigo 142º, 1, “e” do Código Penal de Portugal, *in verbis*:

Artigo 142º – Interrupção da gravidez não punível

1 - Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando:

- a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;
- b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;
- c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;
- d) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas;
- e) For realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

Atualmente, da leitura do referido artigo e das exposições anteriormente realizadas, inquestionável o enquadramento dos fetos acometidos de anencefalia nas disposições do artigo 142, c) do Código Penal, pois que tais nascituros são fetos inviáveis, podendo a interrupção da gestação ser provocada de forma lícita a qualquer tempo.

Com a conclusão do presente tópico, prossiga-se à análise da influência das neurociências no âmbito prático do Direito Penal, qual seja, no que concerne as questões relativas à culpabilidade, ao livre arbítrio e ao reconhecimento concreto da inimputabilidade por anomalia psíquica.

3. A NEUROCIÊNCIA COGNITIVA E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO DA CULPABILIDADE PENAL – A QUESTÃO DA INIMPUTABILIDADE POR PERTURBAÇÃO MENTAL

Toda atividade mental do ser humano está estreitamente ligada aos seus componentes psicofisiológicos. Ou seja, seus atos de pensar, de elaborar juízos, conceitos, ideias gerais, além do aprendizado de novas formas de comportamento e sua exteriorização conforme sua livre vontade dependem da regular atuação de seu sistema nervoso. Essa é a premissa base da neurociência cognitiva²⁰⁰.

A variabilidade comportamental, assim como a busca pelos mecanismos responsáveis pelas emoções humanas e suas peculiares formas de exteriorização, não são temas recentes. Em verdade, estudos mostram que pesquisadores e filósofos da Antiguidade já debatiam e buscavam estabelecer quais seriam os centros corpóreos responsáveis pelo agir humano²⁰¹, destacando-se as discussões havidas entre os pertencentes aos povos do Egito, Grécia e Roma, que o situavam entre o coração e o cérebro²⁰².

Essa realidade de especulações científicas acerca de qual seria o órgão efetivamente responsável pelas funções complexas do homem, em especial por suas faculdades mentais superiores, como a cognição, o planejamento e o raciocínio, se estendeu até as décadas finais do século XVIII. Com a Revolução Francesa e o aumento exponencial, tanto dos estudos sociais voltados às ciências pelos *instituts savants*, quanto da experimentação objetiva em animais e seres humanos, começam a surgir as primeiras discussões de maior rigor científico quanto à controvertida questão²⁰³.

Conforme já explicitado anteriormente, trata-se de período de profunda, embora lenta, transformação nas formas de pensar e interpretar o mundo e o ser humano, em que se pode apontar três grandes tendências: as crenças na razão, nas forças da natureza e no progresso, as quais serviriam de critérios para avaliar as diferenças humanas. Dessa forma,

²⁰⁰SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Culpabilidade e livre-arbítrio novamente. Os influxos da neurociência sobre o Direito Penal. *Revista Jus Navigandi*, n. 2193, jul. 2009, p. 1-3, p. 1.

²⁰¹POSTLE, Bradley R. *Essentials of Cognitive Neuroscience*. 2ª ed. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2015, p. 8.

²⁰²GETZ, Glen E. *Applied Biological Psychology*. 1ª ed. New York: Springer, 2014, p. 1-2.

²⁰³MACEDO, Cristian Cláudio Quintero. A influência da frenologia no Instituto Histórico de Paris: durante a Monarquia de Julho (1830-1848). *Revista Humanidades em diálogo*, v. 7, mar. 2016, p. 127-145, p. 129-130.

com a gradual superação dos dogmas religiosos e seu poder explicativo e a ascensão e difusão dos métodos de classificação e categorização das coisas típicos às ciências naturais, passa a ser o homem, enquanto parte da natureza, objeto de estudo das mesmas técnicas por ele utilizadas sobre os demais entes do mundo²⁰⁴. É nesse contexto que ganham importância os pioneiros trabalhos do médico austríaco Franz Joseph Gall, cuja inovadora teoria, conhecida pelas alcunhas de frenologia ou craniologia, trouxe a noção de que diferentes funções mentais seriam, de fato, localizadas em diferentes partes do cérebro humano.

Em apertada síntese, Gall acreditava que as faculdades morais e intelectuais do homem e sua exteriorização no mundo dos fatos dependiam das estruturas do cérebro, entendido como órgão responsável por todos os sentimentos e faculdades humanas. Propôs então que o cérebro seria composto de inúmeros sub-órgãos estruturantes, cada um deles relacionado a uma determinada faculdade mental, e que o desenvolvimento destas faculdades refletiria num crescimento da região craniana a elas conexas, sendo a forma externa do crânio um reflexo da forma interna do cérebro. Em outras palavras, entendia possível analisar as faculdades afetivas, morais e intelectuais humanas através de um intrincado sistema antropométrico de análise das convexidades e concavidades do crânio, que dava origem aos seus famosos mapas cerebrais²⁰⁵.

Tais explicações, embora tenham sido posteriormente desacreditadas e descartadas como pseudociência, sobretudo com o acesso aos equipamentos de mapeamento cerebral humano e às tecnologias de neuroimagem, têm como grande mérito seu papel de ponto de partida para uma necessária atenção dos neurocientistas às indissociáveis relações funcional-estruturais do cérebro com a atuação social humana. Ou seja, Gall, com os poucos recursos de que dispunha à época, lançou a pedra fundamental da ideia de localizacionismo cerebral – ou localização-função –, que nada mais é do que a certeza científica atual de que certas funções do cérebro são desempenhadas por determinadas estruturas e regiões do córtex e não por outras²⁰⁶.

²⁰⁴HOFBAUER, Andreas. *Uma história de branqueamento ou o negro em questão*. São Paulo: UNESP, 2006, p. 118-121.

²⁰⁵SCHLAG, Pierre. Commentary: Law and Phrenology. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 4, fev. 1997, p. 877-921, p. 877-878.

²⁰⁶FRISTON, Karl. Beyond Phrenology: What Can Neuroimaging Tell Us About Distributed Circuitry? *Annual Review of Neuroscience*, v. 25, mar. 2002, p. 221-250, p. 221-226.

A compreensão dessa relação entre o cérebro e o comportamento humano foi, então, sendo gradualmente densificada, sobretudo através dos métodos de observação de indivíduos que tinham sofrido danos neurológicos em consequência de lesões localizadas do cérebro. Dos estágios iniciais de acompanhamento e dissecação de cadáveres de animais e homens, passou-se ao estudo de milhares de casos clínicos individuais, com análise do tecido cerebral dos sujeitos e comparação dos comportamentos por eles manifestados antes e após o dano neurológico, o que permitiu aos neurocientistas uma melhor compreensão sobre quais as regiões cerebrais implicadas funcional e estruturalmente com anomalias comportamentais específicas. Com os avanços da produção científica descobriu-se, por exemplo, que algumas enfermidades de bases moleculares e genéticas, como as demências e doenças degenerativas na região lobar frontotemporal, comprometiam primariamente os mecanismos de cognição e comportamento²⁰⁷.

Dentre os casos clínicos comumente referenciados como de maior impacto ao longo e contínuo processo de compreensão da natureza e do agir humanos, destaca-se o do senhor Phineas Gage, tido pela doutrina especializada como o que impulsionou mais significativamente o estudo do córtex cerebral e de suas áreas funcionalmente especializadas, em especial o lobo frontal, que é considerado modernamente o grande responsável pela regulação emocional²⁰⁸.

Em linhas gerais, Phineas Gage era um operário de ferrovia, encarregado da chefia de um grupo de homens em certo projeto da *Rutland and Burlington Railroad*. No ano de 1848, enquanto desempenhava suas funções de chefia na pequena cidade de *Cavendish*, Gage foi vitimado por um acidente de trabalho, pois que a força de uma explosão malsucedida fez com que uma longa haste de ferro fosse lançada em sua direção e penetrasse seu crânio logo abaixo do olho esquerdo, trespassando-o e projetando-se a quase cinquenta metros de distância, coberta de sangue e fragmentos de massa encefálica²⁰⁹.

Contudo, por uma daquelas inexplicáveis sortes do destino, o homem não faleceu, mas pouco após o acidente já estava de pé e consciente, sendo levado aos cuidados de médicos da região. O caso atraiu a atenção da comunidade científica norte-americana à

²⁰⁷GETZ, Glen E. *Applied Biological Psychology*. 1ª ed. New York: Springer, 2014, p. 2-5.

²⁰⁸MARANHÃO-FILHO, Péricles de Andrade; COSTA, Álvaro de Lima. *Neurologia: dúvidas e acertos*. Rio de Janeiro: Revinter, 2006, p. 615.

²⁰⁹*Ibidem*, p. 614-616.

época, que resolveu acompanhar o desenrolar da história e documentar as possíveis alterações do comportamento do sr. Gage. E foi o que se sucedeu. De um homem considerado eficiente, capaz e amigável, transmutou-se num homem irritadiço, desrespeitoso e impaciente, o que o levou a ser demitido de seu emprego. Seu modo de ser havia se alterado completamente após o acidente e, por conseguinte, toda a literatura médica passou a discutir os indícios de que o intelecto e as emoções poderiam ser afetados nas lesões na região lobofrontal, o que foi confirmado por inúmeros estudos clínicos após o episódio envolvendo o operário²¹⁰.

Desse caso e de muitos similares que se seguiram consolidou-se a ideia de que lesões em certas regiões cerebrais levavam a alterações pontuais no paradigma comportamental e na própria personalidade de um sujeito. O advento das técnicas de neuroimagem e de novos métodos psicológicos de avaliação do sistema nervoso promoveram o desenvolvimento da neurociência cognitiva, o que levou a um progresso incomparável no conhecimento das do comportamento humano, ultimando-se a completa superação do velho dualismo cartesiano de separação entre mente e corpo em prol do entendimento de que a mente, aos moldes do que defendeu António Damásio, é um fenômeno complexo que se constrói sobre a estrutura física de um cérebro²¹¹.

Os avanços neurocientíficos permitiram compreender que similares efeitos derivam, por exemplo, da existência de tumores ou outras pequenas alterações no funcionamento de certas estruturas do cérebro humano por ocasião da existência de processos infecciosos, síndromes ou anomalias psíquicas das mais diversas origens²¹². E por consequência, em prol do ideal de justiça que tanto permeia nossa vivência social, torna-se de vital importância analisar em que medida uma alteração contínua ou momentânea no funcionamento neurobiológico de um certo ser humano pode afetar sua liberdade moral, sua capacidade consciente de tomada de decisões e a compreensão acerca das possíveis consequências das mesmas, o que traz repercussões de extrema relevância para o Direito Penal e as questões de (in)imputabilidade e o livre-arbítrio²¹³.

²¹⁰MARANHÃO-FILHO, Péricles de Andrade. Mr. Phineas Gage e o acidente que deu novo rumo à neurologia. *Revista Brasileira de Neurologia*, v. 50, n. 2, abr-jun. 2014, p. 33-35, p. 35.

²¹¹BASSETT, Danielle S; GAZZANIGA, Michael S. Understanding complexity in the human brain. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 15, n. 5, mai. 2011. p. 200-209, p. 200-201.

²¹²SAPOLSKY, Robert. *Biology and Human Behavior: the Neurological Origins of Individuality*. 2nd ed. Virginia: The Teaching Company, 2005, p. 37-45.

²¹³ANTUNES, João Lobo. As neurociências e o direito. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v. 1, jan-fev. 2012, p. 85-97, p. 85-89.

Por ocasião da realidade que se apresenta, os estudiosos têm buscado incessantemente estabelecer um panorama das possíveis relações causais preexistentes às condutas delitivas, através de pesquisas que as tem como objeto de análise sob as mais variadas perspectivas, de forma a compreender os reais motivos que subjazem ao modo de vida ilícito²¹⁴. Nos dias de hoje, as pesquisas que envolvem a relação entre as neurociências e o crime dão enfoque a alguns parâmetros determinados. Conforme a lição de Atahualpa Fernandez:

A localização dos correlatos cerebrais relacionados com o juízo moral, usando técnicas de neuroimagem (e também por meio dos estudos sobre lesão cerebral), parece ser, sem dúvida, uma das grandes notícias da história das ciências sociais normativas. De fato, na medida que a neurociência permite um entendimento cada vez mais sofisticado do cérebro, as possíveis implicações morais, jurídicas e sociais destes avanços no conhecimento de nosso sofisticado programa ontogenético cognitivo começam a poder ser seriamente considerados sob uma ótica muito mais empírica e respeitosa com os métodos científicos. O objetivo seria, em princípio, o intento de aclarar a localização de funções cognitivas elevadas entendidas como apomorfias do *Homo sapiens*, ao estilo da capacidade para a elaboração de juízos morais²¹⁵.

Comumente apontados como os principais fatores envolvidos na determinação das capacidades de atuação humana, os componentes bioquímicos, neurológicos, psicofisiológicos e psicológicos possuem aptidão para influir na liberdade moral do sujeito e facilitar que este desempenhe uma atuação antijurídica.

Quanto aos fatores de origem bioquímica, há estudos que sugerem a influência direta do colesterol, glicose e de alguns neurotransmissores específicos na frequência de atos ilícitos dentro dos grupos sociais estudados, defendendo-se, ainda, que há relações de causa e efeito neuroquímicas com participação direta na exteriorização de comportamentos agressivos, como maiores níveis de testosterona²¹⁶, norepinefrina e ácido fenilacético e menores níveis de serotonina presentes no organismo dos criminosos em comparação aos indivíduos não-criminosos²¹⁷.

²¹⁴SOUSA, Susana Maria Aires de. *Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal* – Contributo para uma Proteção Penal dos Interesses do Consumidor. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 278-285.

²¹⁵FERNANDEZ, Atahualpa. *Mente, cérebro e Direito*. *Boletim Jurídico*, v. 4, n. 162, jan. 2006, p. 1-4, p. 1.

²¹⁶DABBS, Mary Godwin; DABBS, James McBride. *Heroes, Rogues and Lovers: Testosterone and Behavior*. New York: McGraw-Hill, 2000, p. 41 e s.

²¹⁷WALTERS, Glenn D. *Foundations of Criminal Science*. Vol 1: The development of knowledge. New York: Praeger Publishers, 1992, p. 88-90.

Já quanto aos fatores neurológicos, os estudos apontam que há associação entre desordens de comportamento e eventuais alterações do córtex cerebral, especialmente as situadas no hemisfério esquerdo. A pesquisa neurocientífica tem buscado analisar as presenças de disfunções neuropsicológicas das quais frequentemente decorrem comportamentos violentos, com a maior parte dos casos envolvendo as regiões lobofrontais e lobotemporais²¹⁸.

A região lobofrontal é a que mais interessa, pois se trata do centro das faculdades mentais superiores, responsável por funções como a regulação e inibição de comportamentos, a formação dos planos e intenções de curto a longo prazo. Alterações patológicas nesta região do cérebro ocasionam o aumento da impulsividade e da desinibição, a perda do autocontrole, a dificuldade de avaliar as consequências das ações praticadas e o aumento do comportamento agressivo e da sensibilidade ao álcool, dentre outros efeitos deletérios positivamente relacionados com o comportamento criminoso²¹⁹.

Os fatores psicofisiológicos, por sua vez, são os mais afeitos ao estudo da neurociência cognitiva, pois que baseados essencialmente na avaliação das funções cerebrais, através dos métodos e técnicas de neuroimagem, como os eletroencefalogramas e outros tipos de investigação cerebral, como o PET (tomografia por emissão de pósitrons) e a SPECT (tomografia por emissão de fóton único). Os estudos clínicos demonstram que os indivíduos que apresentam comportamentos antissociais possuem padrões de reação e de registros encefalográficos com maior incidência de anormalidades, mostrando maior ativação do sistema nervoso e menor ativação cardiovascular e eletrodérmica relativamente aos grupos controle²²⁰.

Por fim, dentro do contexto dos fatores psicológicos, as investigações dão ênfase à relação entre doenças mentais e a criminalidade, com estudo da relação causal entre o acometimento por uma enfermidade e uma conduta ilícita concreta advinda da influência ou domínio por seus efeitos²²¹. Sobre as diversas alterações que o ambiente externo

²¹⁸FUSTER, Joaquín M. *The Prefrontal Cortex*. Fifth Edition. London: Elsevier, 2015, p. 191-194.

²¹⁹MOFFITT, Terrie E. *et al. Biological contributions to crime causation*. Amsterdam: Springer Netherlands, 1988, p. 40 e s.

²²⁰GLICKSOHN, Joseph. *The Neurobiology of Criminal Behavior*. New York: Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 140 e s.

²²¹ROBERTS, Albert R.; SPRINGER, David W. *Social work in juvenile and criminal justice settings*. Third Edition. Springfield: Charles C Thomas Publisher, 2007, p. 318-319.

promove no desenvolvimento físico e químico do cérebro e nos comportamentos neuronais, o neurocientista David Eagleman leciona que:

Os cérebros das pessoas podem ser muito diferentes – influenciados não só pela genética, mas pelo ambiente em que foram criadas. Muitos “patógenos” (químicos e comportamentais) podem influenciar seu comportamento; estes incluem abuso de substâncias pela mãe durante a gravidez, estresse materno e baixo peso no nascimento. Durante o crescimento, negligência, maus tratos físicos e lesões na cabeça podem causar problemas no desenvolvimento mental da criança. Depois que a criança é adulta, o abuso de substâncias e exposição a uma variedade de toxinas que podem lesionar o cérebro modificando a inteligência, a agressividade, e a capacidade de tomada de decisões²²².

Os processos envolvidos no cérebro humano, em certas ocasiões, diminuem ou ocluem os espaços de liberdade de vontade. Há casos de indivíduos cujos atos criminosos não derivam de manifestações verdadeiras de sua livre vontade, seja por ocasião de graves doenças psicossomáticas permanentes, seja por incapacidades transitórias decorrentes de manifestações severas de perturbações mentais, em que se evidencia na verdade dos fatos uma patente anormalidade em seus padrões comportamentais. Aí entra o trabalho dos peritos neurocientistas, que devem auxiliar o juiz na compreensão das evidências apresentadas. Nesse viés, dentre os conhecimentos que se podem extrair do saber neurocientífico, os da psicologia e psiquiatria são os mais relevantes à prática forense.

O papel desempenhado pelos profissionais da área da saúde mental envolvidos com o sistema judiciário, como o psiquiatra ou o psicólogo, que atuam como peritos nos casos de acusações criminais feitas contra doentes mentais, é árduo, mas essencial à consecução dos ideais materiais de justiça. Neste sentido, refira-se às palavras da professora Suely Garcia, quanto à importância, peculiaridades e dificuldades que concernem ao trabalho desempenhado por tais auxiliares da justiça:

Sua função de *decision-maker* coloca-o em um conflito de difícil resolução. De um lado, necessita agir com a postura ética que a profissão exige, utilizando-se dos critérios médico-científicos para avaliar a condição mental do réu e apresentar o correspondente laudo pericial. De outro lado, precisa examinar o paciente seguindo os princípios da justiça, cujos valores nem sempre convergem com os das ciências da saúde, e ao mesmo tempo proteger o acusado, que para ele é um paciente, de uma injusta detenção. Tal atuação profissional gera a inevitável tensão entre a classe jurídica e a médica²²³.

²²²EAGLEMAN, David. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Rio de Janeiro: Rocco, 2011, p. 170.

²²³GARCIA, Suely Aparecida Ferreira. A família do paciente psiquiátrico e a criminalidade. In: RIGONATTI, Sérgio Paulo (Coord.); SERAFIM, Antonio de Pádua; BARROS, Edgard Luiz de. (Org.). *Temas em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica*. Vol. 1. 1ª ed. São Paulo: Vetor Editora, 2003, p. 120-121.

Dessa forma, o julgamento de um ofensor que se apresenta como comprometido em suas faculdades mentais, envolve uma difícil conciliação. Para o juízo de inimputabilidade, o magistrado pondera sobre o que é ilícito ou não, e o perito mental opina sobre o que é ou o que não é insanidade. Portanto, a imposição de pena ou medida de segurança depende também da voz do perito, que deverá traduzir a linguagem clínica para a jurídica no caso concreto. Encontra-se aqui o perito em posições de difícil harmonização entre seus dois papéis: de um lado, possui seus deveres como médico ou psicólogo para com o réu enquanto paciente e, de outro, possui seus deveres com o tribunal, equiparando-se ao homem da lei e sendo dele exigida a necessária imparcialidade para a realização de seu trabalho²²⁴.

Feitas as pertinentes considerações de caráter introdutório, adentremos então a apresentação da principal questão concernente à influência das neurociências na aplicação concreta do Direito Penal, qual seja, o reconhecimento de inimputabilidade de criminosos acometidos pelos efeitos de doenças mentais no momento do crime, e a consequente negação ou atenuação de sua culpa jurídico-penal. Isso porque, conforme o professor Edmund Mezger, para compreender os fenômenos causadores de incapacidade volitiva ou intelectual, sejam decorrentes de fatores fisiológicos ou influxos psicológicos de uma grave anomalia psíquica, e de que forma são perturbadas as relações normais entre a consciência que o autor tem de si e do mundo exterior:

(...) é preciso partir do “eu consciente do fim”, entendido como aquela parte consciente da personalidade, adequada à realidade, em contraste às forças elementares, instintivas e inconscientes. No estado normal de vigília, possui o homem autoconsciência, que de uma parte abrange este eu consciente do fim e, de outra, as referências do eu ao mundo exterior e com isso ao mundo exterior mesmo. Em casos de uma perturbação de alto grau da consciência, aparece perturbada e interrompida a relação da autoconsciência ao eu e ao mundo externo, de tal modo que fica excluído o influxo normal do eu no mundo exterior²²⁵.

Destacados tais pontos essenciais, não se pode deixar de delimitar o estudo da culpabilidade e suas particulares relações com o livre arbítrio, com vistas à compreensão

²²⁴RICHARDSON, Geneva; MACHIN, David. Doctors on tribunals. *British Journal of Psychiatry*, v. 176, n. 2, fev. 2000, p. 110-115, p. 111-112.

²²⁵MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Vol. 2, Trad. de la 2. Ed. Alemana, 1933, por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 70 e s.

da inimputabilidade e das questões atinentes às livres capacidades de compreensão da ilicitude dos fatos e de autodeterminação.

3.1. Evolução Dogmática da Culpabilidade em Direito Penal

A culpabilidade – culpa jurídico-penal para a ciência jurídica portuguesa - é, junto à tipicidade e à ilicitude, integrante da cadeia lógica da análise do evento delituoso, tendo lugar essencial na teoria do crime e sendo seu reconhecimento indispensável para a responsabilização jurídico-penal de um certo agente. Trata-se, pois, de pressuposto objetivo de necessário reconhecimento concreto para a aplicação da pena²²⁶. Afinal, conforme leciona o professor doutor Germano Marques da Silva, para que se reconheça a existência de um crime, deve haver um comportamento humano voluntário que será submetido a uma tríplice ordem de valoração²²⁷.

No passado, já houve a assunção da ideia de responsabilidade penal individual na forma objetiva, baseada nas relações meramente causais, sem maior interesse nas atitudes psíquicas do indivíduo e em sua liberdade de querer e agir. O Direito Penal, dessa forma, detinha caráter meramente intimidativo²²⁸. Somente no final do século XIX é que se reconheceu a necessidade de a lesão ao bem jurídico ser causada culpavelmente, especialmente a partir da distinção entre o “injusto objetivo” e a “culpabilidade subjetiva” da elaboração dogmática de Rudolf Von Jhering²²⁹.

Com o ulterior desenvolvimento dessas ideias e a separação dos conceitos, sobretudo por conta das concepções individualistas do pensamento iluminista, operou-se uma subjetivação do Direito Penal e o abandono progressivo da responsabilidade do agente baseada em preceitos causal-mecanicistas. São claras as lições de Bettiol no sentido de que a mera existência de um liame objetivo entre agente e fato, sem análise das condições psicológicas de sua atuação, não poderiam persistir na atual construção sistemática de delito, já que atualmente:

(...) para que um fato constitua crime não basta que o sujeito-agente o tenha realizado materialmente, enquanto lesivo do bem juridicamente

²²⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 173 e s.

²²⁷SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português – Teoria do Crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 12.

²²⁸TOLEDO, Francisco Assis de. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 215 e s.

²²⁹MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 22 e s.

protegido, mas é necessário que o tenha realizado também culpavelmente. Em outras palavras, não há crime sem culpabilidade. Afinal (...) com o burilar do espírito humano, o legislador percebeu que era errado colocar, no mesmo plano, o dano ocasionado pelo raio ou pelo animal e o produzido pela ação do homem. Enquanto os dois primeiros devem ser considerados inevitáveis, o último, pelo contrário, é evitável porque o homem pode prever as consequências de seu atuar e abster-se assim de agir em face delas²³⁰.

No pensamento jurídico moderno, com a constitucionalização das normas de Direito Penal, cujo fundamento passa a ser a observância da dignidade da pessoa humana, não mais é possível aceitar a noção de responsabilidade que não seja pessoal²³¹. O aplicador do *jus puniendi* deve ter em conta, quando da composição de uma lide penal, não só os elementos externos à manifestação interior, mas também a própria relação anímica entre agente e fato. Em outras palavras, a ideia de liberdade do agente é pressuposto inafastável da aferição de culpabilidade²³². E, de todos os elementos do delito, a culpabilidade é, sem dúvida alguma, o que envolve os problemas de mais árdua solução²³³.

Para a compreensão da importância da culpabilidade e os questionamentos acerca de sua revisão, ou até sua própria abolição pelas novas descobertas da neurociência cognitiva, o que ensejaria a perda do interesse de analisar a imputabilidade, necessário realizar breves ponderações sobre sua importância para o Direito Penal, através de análise histórica de sua construção dogmática e sua inescapável relação com as ideias acerca da existência ou não do livre-arbítrio.

3.1.1 A Questão da (In)existência do Livre-Arbítrio em Direito Penal

As discussões quanto à culpabilidade e o livre-arbítrio, gestadas com a afirmação da culpabilidade como limite e fundamento da intervenção punitiva pelos ideários liberais²³⁴, tomaram relevo em fins do século XVIII e princípios do século XIX, por ocasião dos estudos dogmáticos da Escola Clássica ou “classicismo penal”.

²³⁰BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000, p. 317-318.

²³¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 522 e s.

²³²FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 320-321.

²³³MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 18-24.

²³⁴BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, v. 1, n. 1, jul-dez. 2004, p. 171-184, p. 171-178.

A Escola Liberal Clássica, muito desenvolvida pelos estudos jurídicos na Alemanha e Itália, teve por base a assunção de que o delito consistia em comportamento que surgia da livre vontade do indivíduo, o que, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, colocava o delinquente em mesmo patamar que o indivíduo “normal”. Em decorrência disso, o direito penal e a pena eram nada mais do que instrumentos legais para defesa da sociedade perante o crime²³⁵. Teve como principais nomes os juristas Cesare Beccaria, Paul von Feuerbach e Francesco Carrara.

Os rigorosos fundamentos racionalistas e jusnaturalistas dessa Escola iniciam-se com a obra “Dos Delitos e das Penas”, em 1764, de Cesare Beccaria, a qual traduz a filosofia política do Iluminismo europeu, criticando o sistema penal vigente à época, marcada por abusos dos juízes, pela prática de torturas e pelos julgamentos secretos. Com base no contratualismo de Rousseau, Beccaria defendia que a base da justiça humana é a utilidade comum, necessária para a manutenção harmônica dos interesses particulares. Desse modo, sustentava que o indivíduo, ao cometer um crime, rompe com o pacto social²³⁶.

A partir dessas ideias, o referido autor passou a defender os direitos de primeira geração individuais e a intervenção mínima do Estado, colaborando para a formação de vários princípios norteadores do Direito, como o princípio da legalidade, o princípio da igualdade, e o princípio da proporcionalidade. Não obstante tais avanços na consolidação e sistematização da intervenção punitiva racionalizada e na defesa das liberdades individuais, a evolução do Direito penal propriamente dito deu-se com o jurista alemão Feuerbach²³⁷.

Feuerbach desenvolveu dogmaticamente o Direito Penal alemão quanto ao princípio da legalidade, amoldando o ideário geral de limitação do poder e do intervencionismo estatal à seara criminal. Além disso, compreendeu a pena como instrumento de coação psicológica coletiva, criada com o fim de refrear os instintos sensualistas do ser humano e, finalmente, defendeu a ideia de tutela dos direitos subjetivos,

²³⁵BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* - Introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 29-33.

²³⁶*Ibidem*, p. 34 e s.

²³⁷BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 36-37.

ainda previamente à teoria do bem jurídico desenvolvida posteriormente por Birnbaum, em 1834²³⁸.

Por seu lado, o eminente penalista italiano Francesco Carrara, um dos expoentes do pensamento desta corrente pós-iluminista, defendia a ideia de que o crime era um ente jurídico e não fático, constituído por duas forças, quais sejam a física (movimento corpóreo e resultado produzido pelo crime) e a moral (vontade livre e consciente do delinquente). Lecionava igualmente que essa força moral de índole subjetiva se caracterizava pela presença concomitante de quatro requisitos internos - entendidos como o conhecimento da lei, a previsão dos efeitos, a liberdade de escolha e a vontade de agir – que seriam os elementos dos quais decorrente a operação delitativa²³⁹.

Assim, não sendo o indivíduo portador de moléstia mental, possuía ampla liberdade em seus comportamentos, com total independência de fatores externos e internos. Era o reconhecimento da plena capacidade racional do homem e da irrestrita defesa de sua vontade livre e inteligente, de planejar e dirigir suas ações, inclusive as delinquentes, no momento que melhor lhe conviesse²⁴⁰.

A lógica metodológica da Escola Clássica pressupõe que a decisão de se cometer ou não um crime depende de uma escolha livre e racional do indivíduo diante de um critério utilitarista de custo-benefício, de modo que a ocorrência do fato delituoso verificasse quando os benefícios sejam superiores aos prejuízos. Assim, a metodologia clássica preocupa-se mais com o estudo desse processo de escolha do que com as características subjetivas individuais que envolvem o cometimento de delitos²⁴¹. Veja-se, ilustrativamente, como se pronunciava Francesco Carrara acerca do livre arbítrio como fundamento da culpabilidade:

(...) o homem tem a faculdade de determinar-se, dando a preferência à ação ou à inação, segundo os cálculos de sua inteligência. Este é o poder que constitui a liberdade de eleição. É por causa desta faculdade que deve prestar contas dos atos a que se determina²⁴².

²³⁸FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. de Eugenio R. Zaffaroni y Irma Hagermeier: Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004, p. 25 e s.

²³⁹CARRARA, Francesco. *Programa do curso de Direito Criminal – parte geral*. V. 1. Trad. de José Luiz Franceschini e Prestes Barra. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 80 e s.

²⁴⁰CARRARA, Francesco. *Programa do curso de Direito Criminal – parte geral*. V. 1. Trad. de José Luiz Franceschini e Prestes Barra. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 11-15.

²⁴¹MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introdução à Criminologia*. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 60.

²⁴²CARRARA, Francesco. *Programa do curso de Direito Criminal – parte geral*. V. 1. Trad. de José Luiz Franceschini e Prestes Barra. São Paulo: Editora Saraiva, 1957, p. 73.

Essa defesa do livre arbítrio, contudo, passa a ser fortemente questionada e é a principal distinção entre o pensamento de Carrara e os autores da escola positivista criminológica, que procedeu a um maior desenvolvimento normativo das questões relativas à ação culpável.

Em oposição à supramencionada concepção filosófica do direito penal e do delito surge, então, a chamada Escola Positivista. Como o próprio nome denuncia, essa vertente da criminologia surge influenciada pelas ideias do positivismo de Auguste Comte no final do Século XIX, e, com base nisso, a utilização do método científico para o estudo do crime e comportamento humano em geral, o que gera o nascimento da Criminologia como ciência autônoma²⁴³.

Há que se ressaltar que a referida escola se contextualiza também pelas complexas transformações nas relações sociais advindas da Revolução Industrial, dentre elas o crescimento exorbitante das cidades europeias, o qual, por conseguinte, acompanhou a problematização de questões de ordem pública – tais como a criminalidade. Essa circunstância explica o fato da maioria dos códigos penais dos países europeus terem sido promulgados no final do século XIX. Nesse sentido, o crime ganha maior relevo como questão social, sendo objeto de inúmeras novas produções literárias, sobretudo no campo das ciências naturais e humanas²⁴⁴.

A consagração da Escola Positivista se dá ao final do Século XIX, com a Escola Italiana, representada principalmente por Lombroso e Ferri. Para esses autores, o comportamento humano criminoso não é fruto de livre-arbítrio ou escolha deliberada e premeditada, mas sim de características inatas à própria pessoa do criminoso. Segundo essa concepção criminológica, a escola clássica era defasada tendo em vista que a mera imposição de sanções e a prevenção policial não eram suficientes para controlar a criminalidade, influenciada por variados fatores. Assim, apesar dessa escola considerar o delito também como um ente jurídico, este não deve ser dual, isto é, não é possível dividir a ação do indivíduo da totalidade natural e social, e a causalidade de seu comportamento

²⁴³MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Trad. de Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

²⁴⁴ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 110.

deriva integralmente das totalidades biológica, psicológica e sociológica em que se encontra inserido²⁴⁵.

O principal nome da Criminologia Positivista é do médico Cesare Lombroso, que, em seu livro *L'uomo Delinquente*, de 1876, defende o delito como um ente natural, determinado por causas biológicas. Para o referido autor, haveria um criminoso-nato, um tipo humano reconhecível exteriormente através de certas características anátomo-morfológicas (p. ex.: certos desvios das formas do crânio) e psicobiológicas (como menor sensibilidade à dor, ligeireza, tendência para o jogo e para a mentira, por exemplo) que seria, portanto, portador de qualidades que necessariamente o levariam ao crime²⁴⁶. Assim, o estudo do crime passa a se desenvolver a partir da figura capital do criminoso, com o intuito de se alcançar uma solução definitiva para a criminalidade. Seguindo esse raciocínio, assume-se por consequência que a aplicação de pena seria inócua para neutralizar a criminalidade, vez que:

(..) o delito, tanto pela estatística, como pelo exame antropológico, parece um fenômeno natural; se quisermos usar o linguajar dos filósofos – um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção, as doenças mentais, o qual é frequentemente uma triste variante²⁴⁷.

Aluno de Lombroso, Enrico Ferri desenvolve a chamada “teoria sociológica”, responsável por ampliar o quadro dos fatores do delito, classificando-os em três classes: fatores antropológicos, fatores físicos e fatores sociais. Desse modo, o delito é encarado como produto da realidade fática do homem, seguindo uma visão determinista de seu comportamento, reduzido este à expressão da realidade em que se insere²⁴⁸. Sendo assim, no sistema de Ferri, a responsabilidade moral é substituída, pela responsabilidade "social", de modo que não se condiciona o delito a um ato livre de vontade, mas sim a um comportamento de alguém, o que retira da pena seu caráter de retribuição ético-jurídica, substituindo-o por uma função de meio de defesa social. Neste sentido era a crítica do autor à escola clássica:

²⁴⁵BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 38.

²⁴⁶ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 298.

²⁴⁷LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso*. Trad. de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 501 e s.

²⁴⁸BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. (Tradução Juarez Cirino dos Santos). 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 39.

Até o presente, a escola clássica, por consequência do pensamento segundo o qual o delito, ao ser efeito de uma vontade que abusava de sua liberdade, devia estar prevenido ou reprimido por uma sanção penal que se dirigira contra a vontade mesma e apropriado a reafirmar o direito violado e a restabelecer a tranquilidade turbada, até o presente, digo, a escola clássica havia reduzido a função de defesa social a ser única e exclusivamente um ministério penal e repressivo (...)²⁴⁹

A Escola Positivista Italiana, em suma, realizou um estudo plurifatorial e interdisciplinar de acordo com o qual o crime, pelo menos a nível individual, era motivado por três ordens de fatores: os antropológicos, os físicos e os sociais²⁵⁰. A grande contribuição para o estudo em questão foi a ideia de que o homem, conforme verificado pelas experiências biológicas e a maior atenção ao seu meio social, era incapaz de tomar suas próprias decisões com plena liberdade, como asseveravam os classicistas. Ao revés, seu comportamento era fatalmente influenciado por causas diversas, como patologias e desvios psicológicos. O delinquente, dado seu ato social ser tido como inato, endógeno e determinado, não conseguiria evitar o cometimento de crimes, o que tornaria o castigo baseado na culpa ineficaz, pois que ausente o livre arbítrio e a autodeterminação do homem²⁵¹. Conforme sua postura determinista e de negação do livre-arbítrio, afirmou Ferri que:

O conceito de responsabilidade, segundo a vulgar opinião, o direito criminalista clássico que a segue docilmente e as legislações positivas que a formulam, é todo encarnado na ideia de livre arbítrio ou da livre vontade individual, dominante ou dominada. Este critério não pode ser aceito pela escola positiva, a qual, em nome e por mandato científico da fisiopsicologia experimental, não pode admitir no homem tal poder de livre vontade²⁵².

Dos debates e conflitos existentes entre as teorias defendidas pelas escolas tradicionais e por ocasião do desenvolvimento de outras ciências, tais como a Sociologia, a Biologia e a Psicologia, surgiram novos contornos e ideias para o tratamento da complexa questão do homem delinquente, com as chamadas escolas ecléticas, que propunham uma postura conciliadora para aproveitar o que melhor havia em classicismo e positivismo.

²⁴⁹FERRI, Enrico. *Sociología criminal*. Madrid: Centro Editorial de Gongora, 1929, p. 153 e s.

²⁵⁰JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950, p. 65 e s.

²⁵¹ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 36 e s.

²⁵²FERRI, Enrico. *Principios del Derecho Criminal*. Madrid: Editorial Reus, 1927, p. 223-224.

As teorias biológicas buscavam diferenciar o homem delinquente do não delinquente levando em conta um critério orgânico. Nesse sentido, foram realizados diversos estudos em campos da genética, anatomia, endocrinologia, morfologia e patologia com vistas a demonstrar um fator biológico para a motivação da prática de delitos. Como destaca Antônio Pablos de Molina, as orientações biológicas possuem maior vocação clínica e terapêutica do que propriamente de saber científico, e, muito embora possuam potencial de abstração reduzido se comparadas às construções psicológicas e sociológicas, têm por base um nível elevado de empirismo, elemento deficitário naquelas²⁵³.

Já quanto às escolas sociológicas, ganham destaque a Escola tradicional francesa, de nomes como Saint-Simon, Comte e Durkheim, considerados os fundadores da Sociologia; a Escola Criminal de Lyon, cujo principal autor é Lacassagne, médico francês que realizou severa crítica à teoria de Lombroso e que defende que a sociedade tem uma quota importante de responsabilidade no que diz respeito à criminalidade, dando ênfase aos condicionamentos sociais e à imitação, interpretada como uma teoria antecipada da aprendizagem; a Escola de Marburgo, pela qual Von Liszt é conhecido por defender uma ciência de Direito Penal que incluísse a Antropologia Criminal, a Psicologia Criminal e a Estatística Criminal; e a Escola Austríaca, iniciada por Gross, que deu nome à Criminalística, e seguida por Seelig²⁵⁴.

Dentre estas, destaca-se a conformada pela União Internacional do Direito Penal, fundada em 1889 por três eminentes penalistas, os professores Van Hamel, Prins e Von Liszt, que tinham por objetivo desenvolver e difundir o direito penal para toda a sociedade internacional, a fim de que as bases de um direito penal comum servissem à solidariedade e à paz internacional²⁵⁵. Essa corrente filosófica afasta-se do positivismo ao sustentar que o poder de intimidação das penas era o garantidor da ordem jurídica, e esta intimidação somente poderia surtir os efeitos desejados sobre indivíduos capazes de autodeterminação²⁵⁶. Neste sentido, Franz Von Liszt asseverava que, enquanto a capacidade de determinação do homem não pudesse ser plenamente contestada, a

²⁵³MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Trad. de Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2002, p. 217.

²⁵⁴MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Trad. de Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. Revista dos tribunais. São Paulo, 2002, p. 373-393 e 453-474.

²⁵⁵ZUREK, Sandra. La formation du droit international pénal. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (orgs.). *Droit International Pénal*. Paris: A. Pedone, 2000, p. 7-22.

²⁵⁶ARAGÃO, Muniz Sodré de. *As Três Escolas Penais*. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1977, p. 40 e s.

responsabilidade pelo resultado, fundada na culpa individual, teria uma base sólida a fundar a apenação, nos seguintes termos:

(...) a condição da culpa criminal, como responsabilidade pelo resultado que de fato se produz, é apenas a capacidade de determinar a vontade (capacidade, sem dúvida, própria a todo homem maduro e são de espírito), por meio de ideias e representações oriundas da religião, da moral, do direito e do senso prático que regulam toda a nossa conduta²⁵⁷.

Ao mesmo tempo, há um afastamento do classicismo, já que Adolphe Prins propunha uma superação da discussão filosófica entre livre-arbítrio e determinismo, com base na ideia de que ambos eram indemonstráveis e que, ressalvados os casos de constatação de enfermidade mental, o ser humano possui uma liberdade apenas relativa de escolha, a qual é determinada pelos aspectos biológicos e sociais vinculados à sociedade da época do fato. Em outros termos, Prins, em formulação de sua doutrina autônoma da defesa social, entende que o direito de punir tem como pressuposto a presença de um homem normal do ponto de vista orgânico, pois que somente haverá culpabilidade a ser reconhecida em certo ato voluntário se presente a normalidade psíquica. Nesse diapasão, não compete ao sistema punitivo solucionar a velha discussão entre liberdade humana e o determinismo e suas indagações axiológicas, mas cumprir sua missão de proteção à sociedade, através de medidas de defesa a serem impostas aos indivíduos tidos por perigosos²⁵⁸.

Por fim, as teorias psicológicas do crime apresentavam como objeto de estudo a mente geradora da conduta delitiva. Logo, a psiquiatria, através da análise de enfermidades mentais do homem, foi usada de orientação para verificar a relação daquelas patologias com os atos criminosos²⁵⁹. Somada a isso, a psicanálise - método que se aprofunda no inconsciente dos indivíduos – buscou analisar as anomalias de fundo nervoso, as quais podem colaborar para a conduta delitiva. Nesse sentido, diversos psicanalistas como Freud, Lacan e Maud Mannoni, entre outros estudiosos de renome, em sua busca pela apreensão do comportamento humano, evidentemente não puderam furtar-se de estudar o comportamento desviante²⁶⁰.

²⁵⁷LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 120 e s.

²⁵⁸PRINS, Adolphe. *Science Pénale et Droit Positif*. Bruxelles: Bruylant-Cristophe, 1899, p. 160 e s.

²⁵⁹CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. *Criminologia: biológica, sociológica, mesológica*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 143.

²⁶⁰REUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 50 e s.

Esses estudiosos, em sua explicação do comportamento criminoso como ato individual, consideram que o delito é um fenômeno social e seletivo, e está ligado diretamente a certas circunstâncias da vida em sociedade. E mais, que não é a consciência “consciente” que representa o principal regulador comportamental, mas a atuação de diversos códigos inconscientes que operam durante todo o processo de formação da personalidade do indivíduo, abandonando-se a visão das práticas delituosas como uma patologia individual²⁶¹. Neste contexto, há nova compreensão sobre as causas do agir delitivo, fundada na análise da tensão entre as diversas instâncias da personalidade e dos consequentes sentimentos de culpa antecedentes aos atos, e também sua efetiva importância à prática delitiva, o que se extrai dos termos de Freud:

Por mais paradoxal que isso possa parecer, devo sustentar que o sentimento de culpa se encontrava presente antes da ação má, não tendo surgido a partir dela, mas inversamente – a iniquidade decorreu do sentimento de culpa. Essas pessoas podem ser apropriadamente descritas como criminosas em consequência do sentimento de culpa. A preexistência do sentimento de culpa fora, naturalmente, demonstrada por todo um conjunto de outras manifestações e efeitos²⁶².

De forma concomitante a estes processos de revolução do saber científico e das construções de dogmática-penal acerca do agir humano, desenvolveram-se as teorias da culpabilidade como categoria autônoma. E é no final do século XIX, por influência do positivismo científico, que a culpabilidade passa a ser estudada de forma mais atenta e pormenorizada, como categoria diferenciada e desvinculada da ideia de ilicitude, no âmbito da teoria causal de ação, conforme as proposições iniciais cunhadas por Franz von Lizst e Ernst von Beling²⁶³.

3.1.2. A Culpabilidade como Categoria Autônoma do Direito Penal e seu Desenvolvimento – da Teoria Psicológica à Normativa

Na esteira dos referidos movimentos de construção filosófica do Direito Penal e compreensão do livre-arbítrio, a culpabilidade, nos primórdios de seu desenvolvimento pela dogmática, fundava-se sobre os pilares da liberdade de agir e assentava-se na teoria

²⁶¹MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Vol. 1. Trad. de José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 450 e s.

²⁶²FREUD, Sigmund. *Criminosos em consequência de um sentimento de culpa*. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Vol. XIV. Edição *standard* brasileira das obras completas. Rio de Janeiro: Imago, 1916, p. 347.

²⁶³MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 117.

psicológica do século XIX, da qual um dos principais autores foi Von Liszt. Em resumo, para a configuração do crime, perquiria-se acerca da simultânea presença dos nexos causal-mecanicista - a existência de um resultado ocasionado pela conduta - e psíquico - a existência de uma relação psicológica entre a conduta e o resultado - situando-se o dolo e a culpa como elementos de totalidade da culpabilidade²⁶⁴.

Para a teoria causal-naturalista, portanto, a ação e a antijuridicidade seriam os elementos externos e objetivos do crime, ao passo que o dolo e a culpa eram os elementos internos e subjetivos que compunham a culpabilidade, enxergada então sob uma perspectiva de autonomia.

Para Beling, os juízos de valor segundo os quais uma ação seria ou não considerada antijurídica caracterizavam apenas a fase de externalização da conduta - o movimento corpóreo - contraditória ao Direito, enquanto que o juízo sobre se o indivíduo agiu culpavelmente ou não valorava a fase interna - espiritual ou subjetiva - desta ação material. Dessa forma, a teoria psicológica fazia uma clara divisão entre os elementos exteriores e internos do crime, restando como único elemento subjetivo a ser aferido no tipo a voluntariedade do movimento corpóreo humano²⁶⁵.

Para von Liszt, a ação culpável era a ação dolosa ou culposa do indivíduo que se pressupunha imputável. Em outros termos, a culpabilidade tinha como pressupostos a imputabilidade do autor e a imputação do resultado, adstringindo-se sua análise aos elementos puramente psicológicos dolo e culpa²⁶⁶. Ainda, o eminente jurista rechaçava a ideia de livre-arbítrio por sua natureza metafísica e indemonstrável, defendendo que o juízo sobre a voluntariedade ou não do movimento corpóreo deveria repousar na aferição da presença ou ausência de coações mecânicas ou psicofísicas²⁶⁷.

Não há como negar que a teoria psicológica da culpabilidade teve como grandes méritos vincular o autor ao delito através de um liame psicológico, o que levou à superação da teoria da responsabilidade penal individual objetiva, na qual bastava um nexo de causalidade entre autor e fato para a imposição de sanções jurídico-penais a sua pessoa. Além disso, serviu como ponto de partida para a análise da culpabilidade enquanto

²⁶⁴TOLEDO, Francisco Assis de. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 210-216.

²⁶⁵BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução de Sebastian Sóler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002, p. 63.

²⁶⁶LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 245 e s.

²⁶⁷*Ibidem*, p. 190 e s.

elemento diverso da tipicidade e da ilicitude²⁶⁸. Mas a concepção puramente psicológica da culpabilidade não foi suficiente à solução de todos os problemas do Direito Penal.

Assim, no ano de 1907 o filósofo alemão Reinhard Frank, crítico de longa data dessa concepção, acresceu aos elementos psicológicos estabelecidos por ela um elemento normativo, qual seja, a reprovabilidade do ato praticado, dando origem à teoria complexa ou psicológico-normativa da culpabilidade. Segundo o jurista, para que se pudesse destinar qualquer juízo de reprovação a alguém, era necessário perquirir, além da relação psíquica do autor com o fato, seja na forma dolosa ou culposa, a imputabilidade e o estado de normalidade das “circunstâncias concomitantes” à atuação delitiva²⁶⁹. Para Frank, portanto, era possível haver dolo sem culpabilidade e, estando estas circunstâncias fora do elemento subjetivo, não se poderia afirmar que a culpabilidade seria de índole meramente psicológica, ou mesmo que a imputabilidade fosse um pressuposto da culpabilidade, já que um doente mental podia agir dolosamente²⁷⁰.

A maior inovação foi que, a partir desse momento, não bastava ao julgador apenas constatar uma relação de contradição entre a vontade do autor e a norma, mas avaliar a ocorrência de uma desaprovação atribuível ao autor pelo seu comportamento ilícito, ou seja, se sua vontade poderia e deveria levá-lo a uma atuação conforme o Direito. A liberdade de vontade é, nestes termos, alçada a fundamento de existência da culpabilidade, e a ruptura com o modelo naturalista do positivismo trazia uma concepção valorativa deste elemento do crime²⁷¹.

A culpabilidade passou, então, a ter conteúdo heterogêneo, consubstanciado em uma relação psicológica de dolo ou culpa de um lado, e um juízo de reprovação psicológica de outro. Para o posterior aperfeiçoamento dessa teoria, essencial foi a contribuição de Berthold Freudenthal, que trouxe ideias que aclararam ser a culpabilidade um exame menos psicológico do que uma avaliação de densa fisionomia normativa.

Para o autor, em sede da culpabilidade, fazia-se necessário analisar, conjuntamente à imputabilidade e o nexó psicológico normativo, a exigibilidade do comportamento conforme o Direito. A reprovabilidade da conduta somente resultaria da

²⁶⁸REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo: RT, 1998, p. 120 e s.

²⁶⁹BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – parte geral*. Tomo II. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967, p. 95-98.

²⁷⁰*Ibidem*, p. 98-99.

²⁷¹FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. de Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires: Euros, 2004, p. 35-39.

prévia aferição de que o agente procedeu de forma contrária ao Direito quando devia e podia proceder de outra forma. Assim, a inexigibilidade de conduta diversa tornou-se verdadeiro fundamento da culpabilidade e causa geral de exculpação²⁷².

E essa análise da evitabilidade do fato por parte do agente foi mantida pela construção finalista de Hans Welzel, Weber e Dohna na década de 1930, a qual, ao retirar os elementos dolo e culpa da culpabilidade e os conduzir para a estrutura da tipicidade, limitou a análise dos elementos daquela categoria ao juízo de pura reprovabilidade, com a aferição da imputabilidade, da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa, concebendo-a como contrariedade a um dever eticamente determinado²⁷³.

A teoria finalista da ação, como proposta de forma acabada pela obra de Hans Welzel, busca uma retomada de valores éticos e a reanálise dos critérios que determinam a legitimidade, tanto dos problemas quanto das soluções propostas pelo Direito Penal, promovendo uma verdadeira ruptura de paradigma no âmbito da teoria do delito com o chamado “Direito Penal da Vontade” vigente no contexto histórico do nacional-socialismo alemão²⁷⁴. Welzel e seus discípulos deram formulação definitiva às construções precursoras de Weber e Dohna, defensores de ideias centrais de essencial importância para a compreensão do finalismo welzeniano.

O professor Hellmuth von Weber é apontado como o autor que concebeu originalmente a ideia de que o dolo, fosse geral ou específico, era indispensável para a caracterização de certos tipos penais. Isso porque, embora a maioria dos tipos penais pudesse ser realizada integralmente por alterações materiais observáveis no mundo dos fatos, alguns eram consumados com a mera verificação da pretensão do agente de alcançar uma finalidade específica, ainda que sem repercussões concretas exteriores. Adotado esse entendimento, não mais se poderia conceber o dolo e a culpa como integrantes do conceito de culpabilidade como se fazia até então, passando estes a integrar os elementos de análise da tipicidade, mais especificamente sob a forma de “tipicidade subjetiva”²⁷⁵.

²⁷²FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. de Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires: Euros, 2004, p. 41 e s.

²⁷³MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 130.

²⁷⁴KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 144.

²⁷⁵LUISI, Luiz Benito Viggiani. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1987, p. 28.

Em mesmo sentido as lições do professor Alexander Graf zu Dohna, que se afiliou à exclusão do dolo e culpa do lugar de elementos subjetivos da culpabilidade, defendendo sua integração como elementos normativos da análise da conduta típica e ilícita, e contribuiu significativamente para a ruptura com a concepção psicológica da culpabilidade através de sua famosa distinção entre valoração do objeto – a reprovabilidade - e objeto da valoração - o dolo²⁷⁶.

A construção definitiva da teoria finalista, como estabelecida por Welzel com as contribuições de seus antecessores, desloca a análise do elemento psicológico para dentro da ação humana penalmente relevante – elemento do fato típico - sob o fundamento de que toda ação humana é destinada a um objetivo ou finalidade, que pode ser lícita ou ilícita, querida diretamente ou perpetrada mediante a ausência de observância de um dever objetivo de cuidado. Assim, não havendo dolo nem culpa, configura-se um fato atípico, sendo a culpabilidade a reprovabilidade de uma resolução de vontade²⁷⁷. Quanto à culpabilidade, com a adoção da concepção normativa pura, passa tal estrato fundamental do direito penal a ser composto dos elementos imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta adequada à norma.

A imputabilidade, após deixar seu papel de pressuposto da culpabilidade, é agora elemento indissociavelmente ligado à capacidade de culpabilidade, sendo uma aptidão genérica para a sujeição às penas criminais. Sua aferição, a fim do convencimento acerca da capacidade ou não de culpabilidade do agente, dá-se nos aspectos intelectual – a capacidade de compreensão do injusto – e volitivo – a capacidade de determinar-se de acordo com esta compreensão. Desta forma, no caso dos portadores de anomalia psíquica ou dos menores, não há aptidão para o recebimento de pena, mas a submissão a medidas de outra natureza, como as medidas de segurança e socioeducativas²⁷⁸.

Quanto à exigibilidade de conduta conforme à norma, tem-se a análise da disposição interna do agente e a sua possibilidade concreta de motivar-se na norma e não a violar. Assim, sujeito a excepcionais situações, pode a conduta do agente não ser dotada de reprovabilidade quando seu âmbito de determinação para a motivação na norma for muito

²⁷⁶FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: (parte geral)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 190-196.

²⁷⁷WELZEL, Hans. *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Astrea, 1951, p. 15 e s.

²⁷⁸WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas de José Cerezo Mir. 4ª ed. 2ª Reimp. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 140 e s.

restrito ou mínimo²⁷⁹. Já quanto à potencial consciência da ilicitude, deve-se analisar as circunstâncias externas e internas que possam ter influenciado na decisão concreta no momento do fato, ou seja, aferir se o agente tinha a consciência de que atuava contrariamente ao Direito, não havendo a necessidade de que o agente contemple conhecimento técnico-jurídico sobre a proibição²⁸⁰.

Com fulcro nestes fundamentos teóricos, afirma-se a presença do livre-arbítrio como elemento fundamental do juízo de censura e reprovação das condutas. Afinal, as condutas dos inimputáveis não são reprováveis pela presunção absoluta de incapacidade de culpabilidade. Com o advento da doutrina finalista da ação, a análise das possibilidades de agir de outro modo pressupõe a liberdade volitiva do autor e, desta forma, nas situações de inexigibilidade de conduta diversa, a vontade exteriorizada pelo agente é de alguma forma viciada, o que também afasta a sua censurabilidade²⁸¹.

E tais discussões, em especial as concernentes à imputabilidade e à exigibilidade de conduta diversa, trouxeram à tona, novamente, a questão do livre arbítrio, pois conforme Zaffaroni:

Vemos na culpabilidade, como critérios legais de reprovação do injusto ao seu ator, dois núcleos temáticos que constituem árduos problemas jurídicos: a possibilidade de compreensão da antijuridicidade e um certo âmbito de autodeterminação do agente. Dito de outro modo: para reprovar uma conduta ao seu autor (isto é, para que haja culpabilidade), requer-se que este tenha tido a possibilidade exigível de compreender a antijuridicidade de sua conduta e que tenha atuado dentro de um certo âmbito de autodeterminação mais ou menos amplo, ou seja, que não tenha estado em uma pura escolha²⁸².

Como visto, o desenvolvimento do conceito de culpabilidade transcorreu de forma complexa e não-linear. Nesse viés, a questão de maior influência e debate na dogmática penal recente diz respeito aos fundamentos materiais da culpabilidade, com a adesão ou não à ideia do livre arbítrio e do poder de agir de outra forma, como proposto pela formulação welzeniana. Após o advento do finalismo, com a afirmação do livre-arbítrio como categoria central da culpabilidade e a busca pela retomada ético-social do Direito

²⁷⁹PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995, p. 60 e s.

²⁸⁰FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 43.

²⁸¹WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas de José Cerezo Mir. 4ª ed. 2ª Reimp. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 146.

²⁸²ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 608-609.

Penal, raras são as vozes doutrinárias ainda a propugnar o retorno ao determinismo positivista²⁸³.

Contudo, embora as teorias deterministas tenham estado desprestigiadas pela doutrina nos últimos tempos, sobretudo pelas fortes críticas de Engisch²⁸⁴ e Roxin²⁸⁵ à indemonstrabilidade do livre-arbítrio, o panorama tem mudado de figura com os avanços da neurociência. Quer dizer, as teorias que antes se combatiam sob os fundamentos da alegada impossibilidade de demonstração do livre-arbítrio surgem sob nova roupagem com os conhecimentos neurocientíficos e, ao revés, prestam-se a analisar a suposta demonstrabilidade de sua inexistência.

3.1.3. A Neurociência Cognitiva e seus Influxos à Análise da Culpabilidade

Hoje, os maiores questionamentos quanto aos fundamentos da liberdade e capacidades racionais de escolha e ação humana são colocadas em xeque através dos estudos da neurociência cognitiva, que reacenderam debate histórico iniciado com os estudos de Lombroso e Ferri e as ideias de “criminoso nato” do positivismo criminológico²⁸⁶. Afinal, segundo o ponto de vista tradicionalmente defendido pelos estudiosos de Direito Penal, o reconhecimento da culpabilidade tem como pressuposto lógico a liberdade de decisão do indivíduo, e a existência dessa liberdade é constantemente reavaliada de acordo com os novos entendimentos que o próprio ser humano adquire sobre si²⁸⁷.

Jesús-Maria Silva Sánchez aponta o debate científico sobre o fundamento da culpabilidade no campo da neurociência como um dos maiores temas de discussão no Direito Penal atual, sobretudo pelas supostas aptidões desse novo modelo de determinismo

²⁸³BRANDÃO, Claudio. Teorias da conduta do direito penal. *Revista de informação legislativa*, v. 37, n. 148, out-dez. 2000, p. 89-95, p. 91.

²⁸⁴MANZANO, Mercedes Pérez. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p. 93.

²⁸⁵ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Trad. de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 150 e s.

²⁸⁶HASSEMER, Winfried. Neurociencias y Culpabilidad em Derecho Penal. *InDret*, n. 2, abr-jun. 2011, p. 1-14, p. 1-3.

²⁸⁷JESCHECK. Hans-Heinrich. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Granada: Comares Editorial, 1993, p. 435 e s.

biológico - o chamado “neurodeterminismo”²⁸⁸ - para a negação da autodeterminação humana e a potencial reconfiguração doutrinária e dogmática da culpabilidade perante a nova realidade técnica²⁸⁹, que leva a construções e reconstruções sistemáticas do delito à luz dos novos conhecimentos humanos²⁹⁰.

De forma sintética, os argumentos dos neurodeterministas são no sentido de que as descobertas científicas revelam uma forte e indissociável relação entre certas enfermidades e a criminalidade, o que permitirá verificar cientificamente que todos os atos conscientes de vontade estão previamente fixados por processos neurais²⁹¹, tendendo-se à comprovação do determinismo total e à falência do fundamento de liberdade pela inexistência efetiva de voluntariedade e controlabilidade das ações humanas²⁹².

Afinal, se há processos psicofísicos que levam à privação do livre arbítrio, como em casos de doenças mentais já comprovadas por investigações cerebrais, poderiam ser todas as condenações penais tidas por injustas, já que o reconhecimento da livre vontade decorreria meramente do desconhecimento dos fatores neurobiológicos subjacentes às motivações comportamentais²⁹³. Sobre essa insustentabilidade das decisões reflexivas e a ideia de ausência de liberdade de agir, refira-se aos posicionamentos defendidos por Gerhard Roth, que aduz que:

(...) boa parte de nossas decisões conscientes estão previamente determinadas nas partes subcorticais do sistema neuronal, cuja atividade não está acompanhada substancialmente da consciência. Isso não significa, porém, que o desenvolvimento dos atos conscientes está completamente predeterminado por processos inconscientes, o que converteria aqueles em meros epifenômenos, senão que os processos de elaboração consciente da informação no cérebro representam acontecimentos neuronais totalmente diferentes dos inconscientes²⁹⁴.

²⁸⁸KHALED JÚNIOR, Salah H. *O problema da indemonstrabilidade do livre-arbítrio: a culpabilidade jurídico-penal diante da nova concepção de homem da neurociência*. *Revista Sociologia Jurídica*, n. 10, jan-jul. 2010, p. 1-28, p. 11-12.

²⁸⁹SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. de Luiz Otávio Silveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 10 e s.

²⁹⁰MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. Padova: CEDAM, 1992, p. 290-293.

²⁹¹FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Derecho Penal y Neurociencias: ¿Una relación tormentosa? *InDret*, n. 2, abr-jun. 2011, p. 1-57, p. 2-5.

²⁹²ROTH, Gerhard. *Apud HASSEMER, Winfried*. Neurociencias y Culpabilidad em Derecho Penal. *InDret*, n. 2, abr-jun. 2011, p. 1-14, p. 2.

²⁹³CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L, 2013, p. 185.

²⁹⁴DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. *InDret*, n. 2, abr-jun. 2011, p. 1-39, p. 5-10.

E assim, inexistindo liberdade de agir, não haveria que se conceber culpabilidade, muito menos falar de imputabilidade, não sendo possível utilizar os critérios socialmente construídos de imputação de responsabilidade penal ou moral, pois que estes seriam arbitrários ao pressupor um aspecto da natureza humana que, na verdade, não existe²⁹⁵. Seguindo-se essa linha de raciocínio, se o ser humano não é livre para agir, pois que suas condutas seriam todas fruto de condicionamentos neuronais, não há consequência mais óbvia aos neurodeterministas do que a própria abolição do conceito de culpabilidade²⁹⁶.

O que se torna evidente é que a culpabilidade não se apresenta na ciência jurídico-penal de maneira acabada, sendo um objeto de eternas meditações e que não será abolido pelos novos argumentos neurocientíficos. Isso porque, nas palavras do penalista espanhol Enrique Ordeig, não há que se buscar a interpretação correta da lei em “verdades paralelas”, mas na ciência do saber penal e sua normatividade, visto que:

(...) a existência do Direito Penal é imprescindível e não depende em nada de demonstrar a livre decisão humana no caso concreto, porque toda ideia jurídica progressiva necessita de uma formulação legal que será tanto mais perfeita e eficaz quanto mais elevado seja o nível científico-jurídico, porque uma ciência desenvolvida do Direito Penal é a que torna possível controlar os tipos penais, porque a pena é um meio necessário e terrível de política social, porque temos que viver com o Direito Penal, ainda que por isso²⁹⁷.

Dessa forma, as descobertas neuronais somente possuem aptidão para influir na questão da culpabilidade em Direito Penal se adotada uma perspectiva ontológica de liberdade, como a que se encontra na base do finalismo welzeniano. Para os que concebem os alicerces da culpabilidade penal numa perspectiva de liberdade não-ontológica e puramente normativa, contudo, a eventual comprovação dos preceitos neurodeterministas em nada influirá²⁹⁸.

Parte da doutrina penalista, como Hans-Heinrich Jescheck, sustenta que o direito penal, em sua concretização prática, poderia prescindir do óbice de demonstrar o livre-

²⁹⁵HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. Tradução: Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminas (RBCCRIM)*, v. 21, n. 100, jan-fev. 2013, p. 211–225, p. 211-212.

²⁹⁶HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. Tradução: Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminas (RBCCRIM)*, v. 21, n. 100, jan-fev. 2013, p. 211–225, p. 213.

²⁹⁷ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Editora Tecnos, 1990, p. 140-142.

²⁹⁸HOYER, Andreas. Acessibilidade normativa como elemento de la culpabilidad. In: CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L., 2013, p. 329.

arbítrio e aceitar, ao revés, um conceito de liberdade relativa, a qual seria inerente a todos os homens dotados de normalidade psíquica, sendo suficiente à configuração da culpabilidade a assunção de que os indivíduos se deixam determinar pelas normas gerais que asseguram a convivência social e a perpetuação da espécie²⁹⁹.

Claus Roxin, por seu lado, procura igualmente diminuir a importância do livre-arbítrio como fundamento material da culpabilidade, partindo do princípio de que esta questão não está cientificamente solucionada e que as discussões sobre o tema pertencem ao campo da metafísica e da filosofia. Assim, o autor considera todo indivíduo, *a priori*, dotado de liberdade de determinação e, portanto, culpável ao praticar um fato típico e ilícito, desde que presentes as condições biológicas, psíquicas e fáticas previstas em lei como requisitos de culpabilidade. Dessa forma, o Direito Penal prescinde da demonstração concreta da liberdade da vontade, trabalhando à luz de um viés normativo para seus fins de persuasão³⁰⁰.

Em mesmo sentido é o pensamento de Figueiredo Dias, que considera impossível a verificação individual do poder atuar de modo diverso em uma situação concreta tomando-se por base uma análise psicológica do livre-arbítrio³⁰¹. Para o eminente jurista luso, a fundamentação da “culpa jurídico-penal” baseada em um mero não poder atuar de forma diversa seria inaceitável do ponto de vista da política criminal, pois que a análise da culpa deve ser feita sob a ótica da valoração individual, e não do ponto de vista da ordem jurídica estabelecida, sob pena de o direito penal afastar-se de sua função social de proteção subsidiária dos bens jurídicos³⁰².

Em vista da impossibilidade de demonstrar a liberdade de agir de outro modo nos casos concretos, o professor de Coimbra defende uma liberdade de cunho existencial, característica e irrenunciável à essência de todo ser humano, que não lhe é assinalada previamente por uma sua natureza, mas é, sim, um projeto a ser cumprido, um algo a ser

²⁹⁹JESCHECK, Hans-Heinrich *apud* AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 203-205.

³⁰⁰ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Trad. de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 800 e s.

³⁰¹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade - Culpa - Direito Penal*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 33-35.

³⁰²FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal - parte geral*. Tomo I. 1ª ed. Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007, p. 603 e s.

realizado com o agir concreto do homem. E é no descumprimento dessa responsabilidade pelo existir e das exigências do “dever-ser” é que reside a culpa existencial³⁰³.

Assim, tendo o fundamento da culpabilidade raízes normativas, e não meramente biológicas, as descobertas da neurociência não podem afetar estruturalmente a dogmática penal e afastar o próprio conceito de liberdade da vontade, embora devam ser reconhecidos os seus ensinamentos quanto à aferição da culpabilidade e da legitimação punitiva nos casos concretos, especialmente nos casos de anomalias psíquicas e demais perturbações mentais transitórias que possam privar o agente de suas normais condições de compreender e agir, merecendo o tema novas e contínuas reflexões pela doutrina penalista quando da composição do juízo de reprovabilidade e censura social³⁰⁴. É sob tal perspectiva que se insere a última discussão a ser realizada na presente tese, qual seja, a análise sobre como as novas descobertas das neurociências podem auxiliar no processo de aferição da culpabilidade penal nos casos concretos em que haja suposta inimputabilidade por anomalia psíquica.

3.1.4. Os Auxílios da Neurociência à Aferição da Imputabilidade Penal

Um dos temas mais intrigantes no âmbito da culpabilidade é o estudo da imputabilidade e o grau de liberdade do indivíduo no momento de seu agir delituoso. O Direito Penal, enquanto ramo do Direito e das ciências sociais, não pode deixar de recolher em seu objeto de estudos os conhecimentos de uma ampla e variada gama de disciplinas e, por conseguinte, não pode negligenciar o conhecimento científico que advém das investigações da neurociência cognitiva sobre o funcionamento do sistema nervoso e os comportamentos neuronais³⁰⁵. Independente das perspectivas adotadas para a aferição e análise da culpabilidade, faz-se mister aludir à crescente interação entre o conhecimento

³⁰³FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade - Culpa – Direito Penal*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 139-158.

³⁰⁴JAKOBS, Günther. *Indivíduo e Pessoa: Imputação Jurídico-Penal e os resultados da moderna neurociência*. In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.) *Teoria da Pena, Bem Jurídico e Imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012.

³⁰⁵FRISCH, Wolfgang. *Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad*. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012, p. 27.

jurídico e os saberes naturais para a melhor compreensão do ilícito, sobretudo na aferição da inimputabilidade por enfermidade mental³⁰⁶.

Conforme anteriormente referido, as últimas décadas têm sido marcadas por uma crescente e permanente ingerência das pesquisas das ciências naturais nos domínios do Direito Penal. Os conhecimentos especializados têm sido crescentemente utilizados pelos operadores do Direito e pelos legisladores a fim de embasar de forma segura e científica as tomadas de decisões em casos complexos, em que o *know-how* do âmbito jurídico parece falhar *per si* em solucionar adequadamente as questões postas em debate³⁰⁷.

Muitos desses conhecimentos neurocientíficos adentram os tribunais, através dos pareceres de peritos convocados para auxiliar a realização da justiça penal em casos que envolvam, para o que interessa, questões relativas à culpabilidade penal e à adequação e eficácia das sanções aplicadas, buscando explicar, para além do senso comum, os *quês* e *porquês* de um ou outro criminoso merecer tratamento diferenciado quanto à censura penal. Afinal, a delimitação da estrutura da imputabilidade não demanda apenas esforços jurídicos, mas necessita de esclarecimentos das ciências biomédicas³⁰⁸.

Como visto, a imputabilidade era entendida em seus primórdios como pressuposto de existência da culpabilidade, juntamente à imputação do resultado³⁰⁹. Posteriormente, com o desenvolvimento da dogmática, a imputabilidade foi afastada desse papel, tornando-se elemento constitutivo do conceito de culpabilidade, juntamente às circunstâncias concomitantes³¹⁰. Com o advento da doutrina finalista, por fim, tomou seu lugar final como elemento constitutivo da culpabilidade, junto à potencial consciência da antijuridicidade e a exigibilidade de conduta diversa, em estrutura formal mantida incólume pelos desenvolvimentos mais recentes do Direito Penal³¹¹.

³⁰⁶SERRANO-PIEDCASAS, J.R. El pensamiento complejo y el derecho penal. In: CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L, 2013, p. 324.

³⁰⁷FONSECA, António C.; MATOS, A.; SIMÕES, A. *Psicologia e justiça: oportunidades e desafios*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 3.

³⁰⁸FAIGMAN, David L. The limits of science in the courtroom. In: BORGIDA, Eugene; FISKE, Susan T. *Beyond Common Sense: Psychological Science in the Courtroom*. London: Blackwell Publishing, 2008, p. 304-310.

³⁰⁹LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 249-250.

³¹⁰FALCIONI, Maria Beatriz. *Imputabilidade*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987, p. 31.

³¹¹WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas de José Cerezo Mir. 4ª ed. 2ª Reimp. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 146.

Para que exista um crime, em suma, a conduta deverá ser, para além de tipicamente antijurídica, possível de ser reprovada ao seu agente, ou seja, culpável. É na análise da culpabilidade em seus três elementos – a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa - que se verifica a possibilidade de se considerar um agente como responsável por uma infração penal e a posterior submissão de sua pessoa à censura do poder punitivo estatal³¹².

É nesse sentido que se posiciona o ilustre jurista português Eduardo da Silva Correia, que afirma que devem ser analisadas as circunstâncias endógenas e exógenas que limitaram a liberdade do homem e influenciaram em sua decisão de agir, entendendo que “para se poder censurar o agente por não ter actuado de modo diverso, e, portanto, para o tornar culpado pelo facto, será sempre necessário averiguar se ele, no caso concreto, tinha a suficiente liberdade de determinação”³¹³.

Em regra, haverá normalidade quanto à livre vontade e à liberdade de escolha e ação dos agentes criminosos quando do cometimento de um certo fato ilícito. Para tais casos, não haverá maiores dificuldades ao magistrado no reconhecimento da imputabilidade do sujeito. Há, contudo, casos de indivíduos cujos atos ilícitos não derivam de manifestações verdadeiras de sua livre vontade, em que era ausente sua “capacidade prática de dominar e dirigir os próprios impulsos psíquicos, de ser motivado por valores e a liberdade de agir em conformidade”³¹⁴.

Conforme a doutrina de Rogério Greco, o Código Penal Brasileiro erigiu certas hipóteses negativas em seus artigos 26 e 27, em que haveria de se reconhecer a inimputabilidade do agente, quais sejam, a doença mental ou desenvolvimento mental incompleto e a imaturidade natural³¹⁵, a última tida por presunção absoluta de incapacidade de entendimento, como já estudado em tópico anterior. Do mesmo modo o fez o Código Penal Português, que em seus artigos 19º e 20º traz as hipóteses de inimputabilidade em razão de idade e anomalia psíquica.

³¹²CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral: (arts. 1º a 120) Vol. 1.* 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 323.

³¹³CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal.* Volume I. Reimpressão. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2004, p. 323.

³¹⁴SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português – Teoria do Crime.* Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 260 e s.

³¹⁵GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal.* Parte Geral – Vol. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 70 e s.

Ao tratar do tema da negação da culpa jurídico-penal por reconhecimento da inimputabilidade por anomalia psíquica, o eminente jurista português Jorge de Figueiredo Dias alude ao fato de que são poucos os casos apresentados para solução pelo Direito em que será de tamanha importância a dialética entre as ciências naturais e sociais como na questão que envolve as alegações de inimputabilidade por doença mental. O professor ensina que os recentes desenvolvimentos tanto do conhecimento penal, quanto das ciências naturais, devem ser tomadas como funções harmônicas e complementares, respeitando-se a divisão de tarefas, de forma a que se alcance maior justiça e eficácia na aplicação do *jus puniendi*³¹⁶.

Para o reconhecimento da inimputabilidade por anomalia psíquica, faz-se necessário determinar, para além da causa da enfermidade mental, a intensidade que esta exerceu sobre as capacidades psíquicas do agente durante a prática do fato, de forma a ser impossível exigir deste que tivesse avaliado a ilicitude do seu ato ou se determinado de acordo com esta avaliação³¹⁷. Não é suficiente a mera verificação científica do estado psíquico do sujeito ou a comprovação dos efeitos psicológicos no dito estado, mas um juízo de valoração normativa, pois que a teoria mista pressupõe que “(..) *la capacidad de ser un sujeto plausible de reproche no puede reducirse a un concepto puramente biológico, ya que el análisis de la imputabilidad busca ascender al ser, espiritual susceptible de actuar conforme al sentido y el valor*”³¹⁸.

Quanto aos sistemas jurídicos de aferição concreta da imputabilidade, tem-se que, em um primeiro momento, o modelo de racionalidade a presidir as questões concernentes ao homem era o das ciências naturais, eminentemente positivista. Nesse período, havia uma estrita divisão de tarefas entre juristas e os peritos das demais áreas de conhecimento. Somente seria possível questionar-se juridicamente a imputabilidade invocando-se uma enfermidade em sentido estrito e que fosse cientificamente comprovável. Nas palavras de Figueiredo Dias:

Não havia, pois, nesta perspectiva, lugar para quaisquer conflitos, positivos ou negativos, de competência entre o aplicador do direito e o perito de ciências humanas a quem fossem postas quaisquer questões juridicamente relevantes: *o que o juiz poderia querer saber era*

³¹⁶FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – parte geral. Tomo I. 1ª ed. Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007, p. 258 e s.

³¹⁷DELMANTO, Celso. *et al. Código Penal Comentado*. 6ª ed. atual e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 53.

³¹⁸SILVA, Daniel H. *et al. Imputabilidad penal y neurociencias*. 1ª ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2012, p. 20.

*exatamente aquilo para cuja resposta o perito se sentia capacitado. Saber, nomeadamente, se o agente sofria de uma doença mental biopsicologicamente comprovável, fosse permanente, temporária, ou mesmo acidental; e, em caso afirmativo, se o seu grau de gravidade era tal que afectasse as suas faculdades de entendimento, de discernimento e de avaliação do facto cometido*³¹⁹.

Nesses tempos, vigorava o método francês, biológico ou etiológico de verificação da inimputabilidade, o qual se resumia a analisar a saúde mental e o estado anormal do agente. Constatada e provada cientificamente a presença de alguma moléstia ou deficiência mental a acometer um sujeito, de acordo com o parecer de um perito, era excluída sua culpabilidade, sem que fosse necessária qualquer ulterior avaliação do julgador quanto às capacidades psíquicas do agente no momento do fato. Assim, ao se omitir a análise da possibilidade de a enfermidade ter efetivamente causado alguma perturbação na vontade do agente, restavam impunes os doentes mentais que, não obstante acometidos por tal condição, possuíam discernimento e capacidade de autodeterminação³²⁰.

Posteriormente, houve a autonomização normativa do direito posto, no momento em que se afastou do naturalismo empírico em prol de uma realidade ético-normativa própria, com abandono de um conceito meramente naturalístico e psicológico da culpabilidade em prol de uma concepção de ordem dogmático-normativa do fenômeno. O conceito de inimputabilidade atualmente adotado por diversos ordenamentos jurídicos, em especial os de Brasil e Portugal, é o de elemento da culpabilidade ligado a uma mensuração da capacidade de o agente, no momento do fato, conseguir avaliar a ilicitude de seu comportamento e, ainda, sua competência mental para autodeterminar-se de acordo com essa avaliação³²¹.

A consequência maior é a de que o perito convocado pelos tribunais afasta-se de seu papel anterior, em que tomava para si a exclusividade da análise e decisão acerca das questões de inimputabilidade no caso concreto, e torna-se, em rigor, um auxiliar dispensável do juiz³²². Seu papel passa a ser meramente o de responder às questões

³¹⁹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral*. Tomo I. 1ª ed. Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007, p. 563.

³²⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 407.

³²¹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral*. Tomo I. 1ª ed. Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007, p. 565 e s.

³²²COSTA, José de Faria. *O Direito Penal e a Ciência: As Metáforas Possíveis no Seio de Relações Perigosas*. In: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número extraordinário, p. 107-119, 2006, p. 111.

relacionadas à existência ou não da doença de forma a exercer influência à decisão final do magistrado, a quem caberá decidir sobre as questões normativas da inimputabilidade. Neste sentido são as lições de Figueiredo Dias:

O problema em nada altera ou se simplifica, do ponto de vista do perito das ciências do homem, pela circunstância de, como vimos já (19.º Cap, § 13 e ss.), haver quem defenda que não é verdadeiramente a questão do livre-arbítrio que ali está implicada, antes só um *postulado político-criminal*, tradutor da indiscutível realidade da nossa consciência social e moral de que o agente adulto e medianamente saudável do ponto de vista psíquico é responsável pelos seus actos perante a comunidade. Pois o perito em ciências humanas também nada tem para oferecer ao juiz quando – como aqui então sucederia – se trata da substituição de comprovações reais por categorias estritamente normativas, por uma *adscrição ou uma imputação presumidas* em certas condições³²³.

Assim, com o fim da divisão de tarefas e a ascensão do ideal de complementaridade de funções, passa a vigorar o chamado sistema híbrido, misto ou biopsicológico de verificação da inimputabilidade, que exige a presença de anomalias mentais, mas traz igualmente à análise o elemento psicológico, qual seja, a incapacidade de entendimento, de forma que o agente só será considerado inimputável em função de certa enfermidade ou retardamento mental se, no momento da ação, for incapaz de entender o carácter criminoso do fato e de se comportar conforme esta compreensão³²⁴.

Nesse diapasão, os critérios político-criminais da legislação penal brasileira e o tratamento destinado pelo Direito Penal à inimputabilidade por doença mental estão concretizados nos exatos termos do artigo 26, do Código Penal brasileiro, *in verbis*:

Artigo 26 - Inimputáveis

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o carácter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.

Depreende-se semelhante inteligência do artigo 20º, 1, do Código Penal Português, que trata da inimputabilidade por anomalia psíquica, *in verbis*:

Artigo 20º - Inimputabilidade em razão de anomalia psíquica

1 – É inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

³²³FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – parte geral. Tomo I. 1ª ed. Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007, p. 566.

³²⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* – Parte Geral. Vol. 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 407-408.

Para que se possa declarar um agente como inimputável e dar por inexistente sua culpa jurídico-penal, devem estar presentes no caso concreto ambos os requisitos dispostos em norma penal. A leitura atenta da redação dos dispositivos evidencia a adoção pelos referidos códigos do sistema biopsicológico normativo³²⁵.

E para a correta utilização do sistema, é necessário compreender o que se pode considerar como uma “doença mental” ou “anomalia psíquica” que possa preencher o critério biológico da inimputabilidade. A doutrina tem defendido que a expressão “doença mental” deve ser interpretada em sentido amplo, de forma a englobar os mais diversos tipos de patologias que ocasionem perturbações mentais e psíquicas que possam influir na plena capacidade intelectual e na liberdade volitiva. Preferiu-se uma designação ampla, com a opção por um conceito aberto em detrimento da enumeração taxativa de quais anomalias e estados psíquicos mórbidos seriam suscetíveis de fundamentar uma alegação de inimputabilidade³²⁶.

O que se exige é que as moléstias mentais operem efeitos que eliminem ou afetem consideravelmente a possibilidade do agente de se comportar de outra maneira. Ou seja, que tais doenças afetem o normal funcionamento do sistema nervoso central e substituam os fenômenos psíquicos normais por outros, alterando qualitativa e quantitativamente a personalidade, o conteúdo e a atividade da consciência dos sujeitos afetados³²⁷.

Como exemplos, pode-se referir a questões de inimputabilidade decorrentes de patologias como psicoses, neuroses, esquizofrenias, paranoias, epilepsias, surtos esquizofrênicos³²⁸, além de quadros toxicológicos de dependência de drogas que diminuam a consciência³²⁹ e as demais doenças da vontade e enfermidades físicas que afetem negativamente as capacidades volitivas e intelectivas³³⁰. Esclarecendo ainda melhor esse ponto, veja-se o que leciona Figueiredo Dias:

(...) Ao menos nas suas formas mais graves, *a anomalia psíquica destrói as conexões reais e objectivas no sentido da actuação do agente, de tal*

³²⁵GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral – Vol. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 78 e s.

³²⁶MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2014, p. 192.

³²⁷CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Volume I. Reimpressão. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2004, p. 338-340.

³²⁸DELMANTO, Celso. *et al. Código Penal Comentado*. 6ª ed. atual e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 54.

³²⁹CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral: (arts. 1º a 120)* Vol. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 333.

³³⁰NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 308-309.

modo que os actos deste podem porventura ser “explicados”, mas não podem ser “compreendidos” como factos de uma pessoa ou de uma personalidade (...) Por isso o juízo de culpa jurídico-penal não poderá efectivar-se quando a anomalia mental *oculte* a personalidade do agente, impedindo que ela se ofereça à contemplação compreensiva do juiz. (...) a inimputabilidade constitui, *mais* do que uma causa de exclusão, verdadeiramente um *obstáculo à determinação da culpa* (de outra perspectiva podendo também então dizer-se que a imputabilidade constitui um *pressuposto* da comprovação da culpa)³³¹. (grifos do autor)

Como parâmetro para auxiliar o intérprete, pode-se recorrer à definição médica do que configura um transtorno mental, como a contida no Manual de Diagnósticos de Perturbações Mentais, o *DSM-V*, que estabelece as diretrizes gerais mundiais de diagnóstico de enfermidades mentais, conforme se visualiza nos seguintes excertos:

O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM), da Associação Americana de Psiquiatria, é uma classificação de transtornos mentais e critérios associados elaborada para facilitar o estabelecimento de diagnósticos mais confiáveis desses transtornos (...) Um transtorno mental é uma síndrome caracterizada por perturbação clinicamente significativa na cognição, na regulação emocional ou no *comportamento de um indivíduo* que reflete uma disfunção nos processos psicológicos, biológicos ou de desenvolvimento subjacentes ao funcionamento mental. Transtornos mentais estão frequentemente associados a sofrimento ou incapacidade significativos que afetam atividades sociais, profissionais ou outras atividades importantes³³². (tradução livre)

Assim, quanto ao substrato biológico da inimputabilidade, é de fundamental importância o conhecimento neurocientífico, transposto ao Direito conforme as preconizações da legislação processual e bases de segurança e *expertise*, a fim de auxiliar o juiz no convencimento sobre a existência da perturbação anormal na psiquê dos réus no momento da conduta, e a intensidade da influência sofrida por eles quanto às suas possibilidades de autodeterminação³³³.

Após a constatação da enfermidade mental, é igualmente importante analisar se havia ou não capacidade do enfermo, ao momento do cometimento do fato criminoso, de avaliar a ilicitude de seus atos ou determinar-se de acordo com a avaliação, condição

³³¹FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal* – parte geral. Tomo I. 1ª ed. Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007, p. 569-571.

³³²AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA). *Highlights of changes from DSM-IV-TR to DSM-5*. United States: American Psychiatric Publishing, 2013, p. 20.

³³³CABRAL, Ana Sofia; MACEDO, António; VIEIRA, Duarte Nuno. Da Psiquiatria ao Direito. *Revista Julgar*, n. 7, jan. 2009, p. 185-196, p. 189-190.

necessária para que haja responsabilidade criminal³³⁴. Trata-se da necessária aferição do substrato normativo da inimputabilidade segundo os requisitos de prova e verdade dos tribunais, exigindo-se valoração de que o agente era absolutamente incapaz de autodeterminação nas circunstâncias concretas, a fim de que seja considerado como insuscetível aos juízos de censura e à imposição de penas criminais³³⁵. Ou seja, o juízo normativo sobre a intensidade de influência da patologia sobre as capacidades psíquicas do agente no momento do fato, de forma a aferir se era possível ao ofensor avaliar a ilicitude de seu comportamento e atuar conforme essa compreensão³³⁶. Afinal, para que se impute um ato ao seu autor “necessário é que ele possua a razão, o discernimento e o poder de agir segundo as noções morais, pelo que estão excluídos os loucos e os possessos por forças divinas(...)”³³⁷.

A missão dos peritos, como visto, não é a de substituir o papel do juiz quando da avaliação da culpa jurídico-penal, mas provê-lo de saber técnico necessário à sua compreensão e percepção quanto à possível ocorrência de perturbações psicofisiológicas a atormentar as doentes no momento do fato e, se existente, em que grau de severidade alteraram suas competências mentais e sua autodeterminação frente ao ilícito. Deverá o magistrado, então, decidir qual a espécie de reprimenda penal é adequada à *fattispecie*.

Portanto, somente uma conduta ilícita perpetrada com base na plena capacidade concreta de consciência crítica e auto-reflexiva de um sujeito é que será capaz de legitimar, teórica e pragmaticamente, a imposição de uma pena criminal. E, quanto às consequências jurídico-penais concernentes ao reconhecimento da inimputabilidade e a negação da culpa penal, como a imposição de medidas de segurança e outras discussões afins, tais questionamentos excedem ao objeto do presente trabalho, rumando-se ora às considerações finais.

³³⁴FONSECA, António C; MATOS, A.; SIMÕES, A. *Psicologia e justiça: oportunidades e desafios*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 6.

³³⁵FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral*. Tomo I. 1ª ed. Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007, p. 573.

³³⁶DELMANTO, Celso. *et al. Código Penal Comentado*. 6ª ed. atual e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 53.

³³⁷ANTUNES, Maria João. *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em razão de anomalia psíquica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 53.

CONCLUSÃO

A busca pela melhor compreensão do humano, tarefa grandiosa que tem sido historicamente compartilhada pelos pensadores das ciências naturais e sociais, leva a resultados que devem ser recolhidos e valorados pela inteligência do Direito, ainda que como “verdades provisórias”³³⁸. Nesse sentido, as insuperáveis lições do promotor de justiça Benedicto de Campos:

Emerge do conhecimento humano, como um de seus ramos, a ciência do direito. Não é ela um compartimento estanque, ocupando-se isoladamente de uma espécie de fenômeno, mas um departamento do conhecimento humano, intimamente relacionado com os demais departamentos científicos. O objeto de seu estudo, que é o fenômeno jurídico, exige do pesquisador uma visão ampla do mundo circundante. Isto porque o fenômeno jurídico é um dos aspectos em que o fato social se manifesta. Neste sentido o fenômeno jurídico é um produto de determinadas condições históricas e sociais. Não é uma manifestação isolada, desvinculada dos fenômenos sociais, mas a resultante de vários fenômenos, integrando-se, em seu dinamismo, num processo mais amplo, que o processo social. A ciência do direito analisa o fenômeno jurídico, apreendendo-o em sua realidade histórica e social. Desta forma, o cientista social, quando analisa o fenômeno jurídico não pode desconhecer o processo histórico que o envolve. Desta forma, percebe-se claramente que a ciência do direito se inter-relaciona com as demais ciências, integrando-se num quadro mais amplo, que é o conhecimento humano³³⁹.

Tendo-se em conta as relações de crescente proximidade entre as chamadas ciências da natureza e o Direito em geral, é notória a influência cada vez mais determinante das evidências e métodos oriundos das *hard sciences* nos processos de criação, interpretação e concretização do Direito Penal. Afinal, o fenômeno jurídico não é compreendido em si ou através de seu conteúdo puramente normativo, mas como consequência de uma realidade social que o sujeita às determinações de certos elementos extrajurídicos que em seu sistema intervenham³⁴⁰.

Assim, tais dados auxiliam no processo contínuo de construção e reconstrução do saber jurídico, de forma a amoldá-lo aos sentimentos e pretensões sociais prevalentes em

³³⁸PERASSI, Tomaso. *O direito e a sociedade – leituras de sociologia jurídica*. São Paulo: Editora Nacional, 1966, p. 12 e s.

³³⁹CAMPOS, Benedicto de. As bases materiais do conhecimento humano e a ciência do direito. *Revista Justitia*, v. 39, n. 98, jul-set. 1977, p. 17-22, p. 21-22.

³⁴⁰MIGUEL, Vinicius Valentin Raduan. Análise sociológica do direito internacional: a crítica pós-colonial e marxista ao eurocentrismo do Jus Gentium. *Revista Sociológica Jurídica*, n. 12, jan-jun. 2011, p. 1-19, p. 11.

uma dada comunidade e direcioná-lo à realização das suas vocações e necessidades, tudo conforme o ideal dominante e a melhor justiça possível em um dado momento histórico³⁴¹.

Contudo, o desenvolvimento científico, ao contrário do que afirmavam os positivistas “comteanos”, não possui um caráter neutro ou de benignidade intrínseca. Em verdade, o triunfo da sociedade técnica foi acompanhado por um processo de desumanização, isto é, o progresso tecnológico gerou a crise da razão, que tende a traduzir todo o pensamento em ação:

(...) la propensión moderna a traducir todo pensamiento en acción o en una activa abstinencia de la acción constituye uno de los sistemas de crisis cultural contemporánea. Vale decir la acción por la acción no es de ningún modo superior al pensar por el pensar, sino que éste más bien la supera. Tal como se la entiende y practica en el ámbito de nuestra civilización, la racionalización progresiva tiende a aniquilar precisamente aquella substancia de la razón cuyo nombre se invoca en favor del progreso³⁴².

Na atual etapa de desenvolvimento, o pensamento jurídico-científico, muitas vezes, perde sua capacidade de objetividade, o que afeta o conteúdo objetivo de todo o seu corpo racional. A sociedade atual, para Horkheimer, não se preocupa em compreender os fins, tendo em vista que seu objetivo já é senão servir a um fim³⁴³. Nesse contexto, o Direito, em busca de se esquivar de uma menoridade hipotética frente às ciências “duras”, muitas vezes afasta-se de sua matriz e olvida sua essência de irrecusável normatividade, aceitando o papel de um mero ancilar à cientificidade³⁴⁴. É o que já alertava o filósofo alemão Hans Jonas, nos seguintes termos:

Os novos tipos e limites do agir exigem uma ética de previsão e responsabilidade compatível com esses limites, que seja tão nova quanto às situações com as quais ela tem de lidar (...) O *homo faber* aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a refabricar inventivamente o inventor e confeccionador de todo o resto. Essa culminação de seus poderes, que pode muito bem significar a subjugação do homem, esse mais recente emprego da arte sobre a natureza, desafia o último esforço do pensamento

³⁴¹FARIA COSTA, José de. «O Direito Penal e a Ciência: as metáforas possíveis no seio de relações "perigosas"», In: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Número Extraordinario*, organizado por Agustín Jorge Barreiro e dedicado ao tema «Derecho y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI», Madrid: BOE, 2006, p. 107 e s., p. 110.

³⁴²HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Buenos Aires: Sur, 1973, p. 3.

³⁴³*Ibidem*, p. 5-6.

³⁴⁴FARIA COSTA, José de. «O Direito Penal e a Ciência: as metáforas possíveis no seio de relações "perigosas"», In: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Número Extraordinario*, organizado por Agustín Jorge Barreiro e dedicado ao tema «Derecho y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI», Madrid: BOE, 2006, p. 107 e s., p. 107.

ético, que antes nunca precisou visualizar alternativas de escolha para o que se considerava serem as características definitivas da constituição humana³⁴⁵.

Daí é que toma importância a análise da necessidade de o Direito intervir e, de certa forma, determinar quais os limites à influência das ciências da Natureza em sua operacionalização. E esse é um processo demasiadamente árduo para o jurista, que até o momento não possui uma solução única ou correta. É impossível determinar, com absoluta certeza, os contornos à liberdade científica de forma a não inviabilizar sua própria razão de ser. Isso porque, sob uma perspectiva de análise histórica, as conquistas oriundas dos desenvolvimentos das Ciências Naturais, que permitiram aprimorar consideravelmente o bem-estar do ser humano nos últimos séculos, como os oriundos do campo da neurociência, provavelmente não teriam sido possíveis se restringidas em demasiado as possibilidades de busca pelo saber³⁴⁶.

Tais ideias vão ao encontro do entendimento manifesto pelo professor Gilmar Ferreira Mendes, que defende que à utopia do progresso científico, por força dos novos valores e parâmetros de justiça do Estado Democrático de Direito, deve-se contrapor uma ética de responsabilidade proporcional à amplitude do poder da técnica³⁴⁷.

O eminente professor doutor António Castanheira Neves é partidário da ideia de que não se pode enxergar o jurídico sob uma ótica de pragmatismo, mas ter em mente que o Direito é uma estrutura de organização da realidade social voltada à realização de determinados fins, e cuja atuação deve se lastrear em critérios da verdade e da validade que levem à substituição do útil por um valor e, igualmente, do efeito por um fundamento³⁴⁸.

Esses critérios são os padrões éticos mínimos que se tem por, ao menos, suficientes a atenuar os riscos severos aos quais a própria humanidade que os produz não se quer sujeitar, ultimando-se o equilíbrio entre os argumentos técnicos e os argumentos

³⁴⁵JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. de Marijane Lisboa e Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 57-61.

³⁴⁶JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. de Marijane Lisboa e Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 270-273.

³⁴⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Arguente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de Maio de 2008, p. 604.

³⁴⁸CASTANHEIRA NEVES, António. Pessoa, direito e responsabilidade. In: CASTANHEIRA NEVES, António (org.) *Digesta*, Vol. 3 – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 16-18.

valorativos do humano³⁴⁹. Este é talvez um dos maiores dilemas do mundo jurídico da atualidade. E o Direito Penal, como subsistema do universo jurídico, não pode deixar de se adaptar às vicissitudes da sociedade moderna, sendo necessária uma verdadeira reformulação e recompreensão à luz das necessidades e aspirações sociais dos tempos hodiernos. Cabe referir, assim, ao brilhante magistério do professor Bitencourt:

o Direito Penal não pode ficar alheio ao desenvolvimento tanto da ciência quanto dos usos e costumes, bem como da evolução histórica do pensamento, da cultura e da ética em uma sociedade em constante mutação. O Direito Penal – não se ignora essa realidade – é um fenômeno histórico-cultural que se submete permanentemente a um interminável processo de ajustamento de uma sociedade dinâmica e transformadora por natureza. Vive-se esse turbilhão de mutações que caracteriza a sociedade moderna, e que reclama permanente atualização do direito positivo que, via de regra, foi ditado e editado em outros tempos, e somente pela interpretação do cientista ganha vida e atualidade, evoluindo de acordo com as necessidades e aspirações sociais, respondendo às necessidades da civilização humana³⁵⁰.

O processo de discussão e elaboração de leis é muitas vezes apontado como o fator precípuo à regulamentação do diálogo entre os pensamentos jurídico e natural, de modo a solucionar determinadas questões-problema. Contudo, com a evolução da sociedade e as complexidades produzidas pela dinâmica científica contemporânea, os processos legiferantes tornaram-se, em geral, insuficientes para dar solução adequada aos clamores sociais, pois que muitas vezes a morosidade da criação legislativa faz com que as leis, quando de sua promulgação, estejam já defasadas, consubstanciando-se em letras mortas perante o progresso científico alcançado. Essa insuficiência e o desprestígio do poder legislativo para a satisfação dos anseios sociais é notada pelo professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que leciona nos seguintes termos:

É notório que os Parlamentos não dão conta das “necessidades” legislativas dos Estados contemporâneos; não conseguem, a tempo e à hora, gerar as leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam. As normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão – é certo – ensejo a delongas, oportunidade a manobras e retardamentos. Com isso, os projetos se acumulam e atrasam. E esse atraso, na palavra

³⁴⁹SOUSA, Susana Maria Aires de. *Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal* – Contributo para uma Proteção Penal dos Interesses do Consumidor. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 51-63.

³⁵⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 2: Parte Especial - dos crimes contra a pessoa. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 140-142.

do governo, no murmúrio da opinião pública, é a única e exclusiva razão por que os males de que sofre o povo não são aliviados³⁵¹.

Insuficientes a atuação parlamentar para o atendimento de exigências imediatas e urgentes da sociedade, surge a necessidade de o Poder Judiciário, superados os entendimentos de sobreposição do Poder Legislativo sobre os demais e de restrição interpretativa no contexto pós-positivista, utilizar-se dos princípios e regras constitucionais para interpretar de forma adequada e justa as normas positivadas. Como visto no caso do aborto e da anencefalia, os Tribunais Constitucionais, em especial, são encarregados de dar soluções abstratas e vinculantes aos *hard cases* a eles apresentados através dos instrumentos de controle de constitucionalidade, de forma a dar guarida aos anseios sociais e tutelar os direitos em perigo.

Por fim, na resolução concreta dos fatos, cabe ao magistrado dizer o direito aplicável quando da análise casuística, apoiando-se nas disposições legais, nos valores constitucionais e nos saberes extrajurídicos de uma sociedade, de forma a construir, caso a caso, as regras que melhor atenderão às especificidades da lide. Afinal, a atuação do juiz deve respeito aos fundamentos e limites axiológicos que conferem legitimação à atividade punitiva estatal. Como visto, somente deverá ser sancionado com penas criminais aquele cuja condição pessoal permita compreender a ilicitude de seu comportamento e se autodeterminar livremente em relação a este entendimento, sob pena de injusta e incorreta aplicação das regras penais.

Portanto, não se pretende aqui pôr em causa a autonomia do Direito em relação às outras ciências, em especial a neurociência, mas sim dar relevo aos avanços sociais científicos e delinear a melhor maneira de incorporá-los ao Direito. A esse respeito, insta destacar as lições de Tereza Rodrigues Vieira sobre a questão, que assevera que temos que usufruir das novas descobertas científicas em posição de alerta permanente, submetendo-as a uma contínua valoração ética³⁵². É o que defende o professor Khaled Jr, que sintetiza de forma brilhante a questão:

Na realidade a neurociência somente se coloca como um problema tão grande para a dogmática jurídico-penal porque é constitutivo da sociedade moderna que o conhecimento científico (a partir das premissas clássicas das ciências naturais) seja concebido como expressão da

³⁵¹FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 3-20.

³⁵²VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003, p. 35 e s.

verdade. Essa hierarquização de saberes conduz ao entendimento de que todas as outras leituras do mundo (como a arte, a literatura, as ciências humanas e a filosofia, enfim) sejam consideradas como inferiores. A dogmática jurídico-penal é necessariamente, uma ciência humana, o que invariavelmente a coloca em uma posição inferior no edifício do saber para aqueles que idolatram uma determinada concepção de ciência, que certamente não é a única possível, nem a única existente. Talvez a saída para o problema seja enfatizar ainda mais esse caráter de ciência do espírito do direito penal: abandonar as pretensões metafísicas e lutar por uma dogmática jurídico-penal mais ligada à vivência humana, que abandone uma concepção idealizada de homem livre enquanto ser racional. Isso não significa renunciar ao direito penal³⁵³.

É a questão do razoável. Não se pode, de um lado, obstar e restringir em absoluto a liberdade das pesquisas e da ciência, sob pena de ignorar que o estágio atual do conhecimento humano é uma expressão do desenvolvimento científico, sendo o conhecimento científico um fato socialmente construído. Por outro, não se pode dar absoluta primazia às explicações causais e teorias representacionais da verdade científica, como se fora puramente objetiva e neutra, sob pena de sujeitarmos a coletividade a uma utilitarização de todo o essencial humano³⁵⁴.

Os limites jurídicos, éticos e filosóficos devem ser pensados não apenas perante o nosso próprio medo do desconhecido, do incerto, mas também do temor da irresponsabilidade do humano para com a sua própria espécie³⁵⁵. Daí que os mecanismos jurídicos de valoração à transposição do conhecimento científico não devem ultimar uma restrição exagerada, mas prescrever uma tolerância apriorística que permita a busca por convergências e pelo progresso sustentável do pensamento jurídico-científico.

Assim, a interação entre os valores ético-jurídicos e a ciência natural deve ser limitada, ao menos em tese, pela proteção do núcleo mais essencial da dignidade humana. Em outras palavras, essa transposição de conhecimentos naturais para o âmbito jurídico não deve implicar uma subserviência ou diminuição de importância da ciência jurídica frente ao universo do saber das ciências da natureza.

O que se deseja, em suma, é o atingimento de um estágio de trabalho conjunto tal que, não obstante se preserve o respeito à racional divisão de tarefas e de competências de

³⁵³KHALED JÚNIOR, Salah H. *O problema da indemonstrabilidade do livre-arbítrio: a culpabilidade jurídico-penal diante da nova concepção de homem da neurociência*. Revista Sociologia Jurídica, n. 10, jan-jul. 2010, p. 1-28, p. 20.

³⁵⁴SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Um Discurso sobre as Ciências*. 5ª Edição. São Paulo: Cortez Editora, 2008, p. 2-5.

³⁵⁵LÉVINAS, Emmanuel. *De Deus que vem a ideia*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 20-23.

cada uma das vertentes aqui em discussão³⁵⁶, mantenha-se acesa a chama da colaboração entre os juristas e os pesquisadores das *hard sciences*, de forma à melhor concreção dos ideais de justiça na operacionalização do Direito, em seus âmbitos político, normativo e prático.

³⁵⁶FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 120 e s.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, Elza Maria Miranda. *O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1984.
- AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Juspodivm, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. *Hermenêutica e dialética: dos estudos platônicos ao encontro com Hegel*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.
- ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Sociedade Civil e democracia: a participação da sociedade civil como “amicus curiae” no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: PUC-SP, 2006.
- ALVES, Cândida *et al.* Adolescência e Maioridade Penal: Reflexões a partir da Psicologia e do Direito. *Revista Psicologia Política*, v. 19, n. 17, jun. 2009, p. 67-83.
- AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: Ilanud/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA). *Highlights of changes from DSM-IV-TR to DSM-5*. United States: American Psychiatric Publishing, 2013.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ANTUNES, João Lobo. As neurociências e o direito. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v. 1, jan-fev. 2012, p. 85-97.
- ANTUNES, Maria João. *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em razão de anomalia psíquica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- ARAGÃO, Muniz Sodré de. *As Três Escolas Penais*. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1977.
- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. *Culpabilidade, Livre-Arbitrio e Neurodeterminismo: os reflexos jurídico-penais da revolução neurocientífica*. Salvador: EDUFBA, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* - Introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.
- BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240. abr-jun. 2005, p. 83-105.
- BARROS, Marco Antônio de. Abalos à dignidade do direito penal. *Revista dos Tribunais*, v. 87, n. 747, jan. 1998, p. 485-500.
- BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- BARROSO, Marcela Maria Gomes Giorgi. *Aborto no Poder Judiciário: o caso da ADPF 54*. São Paulo: EDUSP, 2010.
- BASSETT, Danielle S; GAZZANIGA, Michael S. Understanding complexity in the human brain. *Trends in Cognitive Sciences*, v. 15, n. 5, mai. 2011. p. 200-209.
- BATTAGLINI, Giulio. *Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1. Trad. de Paulo José da Costa Junior e Ada Pellegrini Grinover, notas de Euclides Custodio da Silveira. São Paulo: Saraiva, 1964.
- BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito-tipo*. Tradução de Sebastian Sóler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.
- BESSON, Samantha. *The morality of conflict: reasonable disagreement and the Law*. Oxford: Hart Publishing, 2005.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000.
- BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: Requisitos, Poderes Processuais e Aplicabilidade no âmbito Estadual. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 1, jan-mar. 2005, p. 1-22.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 2: Parte Especial - dos crimes contra a pessoa. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BITTAR, Walter Barbosa. Aspectos jurídico-penais da autorização para o aborto de feto anencéfalo. *Revista Jurídica*, v. 51, n. 313, nov. 2003, p. 86-99.
- BLUM, R. W. *et al*. Adolescent health in the 21st century. *The Lancet*, v. 379, n. 9826, abr. 2012, p. 1567-1568.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições da Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone Editora, 1999.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel. *Lecciones de las consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no direito penal brasileiro. *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, v. 1, n. 1, jul-dez. 2004, p. 171-184.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRANDÃO, Claudio. Teorias da conduta do direito penal. *Revista de informação legislativa*, v. 37, n. 148, out-dez. 2000, p. 89-95.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Arguente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de Maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8/DF*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de Abril de 2012.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – parte geral*. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro – um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. *Revista dos Tribunais*, v. 94, n. 836, jun. 2005, p. 379-398.

CABRAL, Ana Sofia; MACEDO, António; VIEIRA, Duarte Nuno. Da Psiquiatria ao Direito. *Revista Julgar*, n. 7, jan. 2009, p. 185-196.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Trad. de Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L, 2013.

CAMPOS, Benedicto de. As bases materiais do conhecimento humano e a ciência do direito. *Revista Justitia*, v. 39, n. 98, jul-set. 1977, p. 17-22.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. Volume I – Artigos 1º a 107º. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral: (arts. 1º a 120)* Vol. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELETTI, Mauro. *O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª ed. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de Direito Criminal – parte geral*. V. 1. Trad. de José Luiz Franceschini e Prestes Barra. São Paulo: Editora Saraiva, 1957.

CASEY, B. J. *et al.* Imaging the Developing Brain: What Have We Learned about Cognitive Development? *Trends in Cognitive Sciences*, v. 9, n. 3, mar. 2005, p. 104-110.

CASTANHEIRA NEVES, António. Pessoa, direito e responsabilidade. *In: CASTANHEIRA NEVES, António (org.) Digesta*, Vol. 3 – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, António. O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, v. 139, nº 3961, mar-abr. 2010, p. 202-221.

CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. *Criminologia: biológica, sociológica, mesológica*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L, 2013.

CICCO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CIRIGLIANO FILHO, Raphael. O aperfeiçoamento da legislação penal brasileira. *Revista Justitia*, v. 39, n. 97, abr-jun. 1978, p. 189-196.

COELHO, Sacha Calmo Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Poder de Tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1993.

COHEN, Albert K. *Delinquent Boys*. Chicago: University of Chicago Press, 1955.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Volume I. Reimpressão. Com a colaboração de Figueiredo Dias. Coimbra: Almedina, 2004.

COSTA, António Manuel de Almeida. Aborto e Direito Penal – algumas considerações a propósito do novo regime jurídico da interrupção voluntária da gravidez. *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, v. 44, dez. 1984, p. 545-625.

COSTA, Sérgio; FONTES, Malu; SQUINCA, Flávia. *Tópicos em bioética*. Brasília: Letras Livres, 2006.

COSTA JÚNIOR., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1987.

COSTA JÚNIOR., Paulo José da. Imputabilidade e Menoridade. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo (FMU Direito)*, v. 7, n. 7, nov. 1993, p. 101-104.

CRUZ COSTA, João. *Contribuição à história das ideias no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1967.

CYPEL, Saul. DIAMENT, Aron Judka. *Neurologia infantil*. 3ª ed. São Paulo: Atheneu, 1996.

DABBS, Mary Godwin; DABBS, James McBride. *Heroes, Rogues and Lovers: Testosterone and Behavior*. New York: McGraw-Hill, 2000.

DAHL, Ronald. Beyond Raging Hormones: The Tinderbox in the Teenage Brain. *Cerebrum – The Dana Forum on Brain Science*, v. 5, n. 3, jun-ago. 2003, p. 7-22.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DELMANTO, Celso. *et al. Código Penal Comentado*. 6ª ed. atual e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

DEMÉTRIO CRESPO, Eduardo. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal. *InDret*, n. 2, abr-jun. 2011, p. 1-39.

- DICEY, Albert V. *Introduction to the study of the law of the constitution*. London: Macmillan and Co. Ltd., 2005.
- DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília: Anis, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito*. São Paulo: Editora Landy, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- EAGLEMAN, David. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Rio de Janeiro: Rocco, 2011.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.
- FALCIONI, Maria Beatriz. *Imputabilidade*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987.
- FAIGMAN, David L. The limits of science in the courtroom. In: BORGIDA, Eugene; FISKE, Susan T. *Beyond Common Sense: Psychological Science in the Courtroom*. London: Blackwell Publishing, 2008.
- FARIA COSTA, José de. *Noções Fundamentais de Direito Penal*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.
- FARIA COSTA, José de. «O Direito Penal e a Ciência: as metáforas possíveis no seio de relações "perigosas"», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Número Extraordinario*, organizado por Agustín Jorge Barreiro e dedicado ao tema «Derecho y Genética: Un reto de la sociedad del siglo XXI», Madrid: BOE, 2006, p. 107 e s.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Derecho Penal y Neurociencias: ¿Una relación tormentosa? *InDret*, n. 2, abr-jun. 2011, p. 1-57.
- FERNANDEZ, Atahualpa. Mente, cérebro e Direito. *Boletim Jurídico*, v. 4, n. 162, jan. 2006, p. 1-4.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

- FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, n. 15, jul-dez. 2006, p. 113-136.
- FERRAZ JÚNIOR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- FERRI, Enrico. *Principios del Derecho Criminal*. Madrid: Editorial Reus, 1927.
- FERRI, Enrico. *Sociología criminal*. Madrid: Centro Editorial de Gongora, 1929.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. de Eugenio R. Zaffaroni y Irma Hagermeier: Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A interrupção voluntária da gravidez: uma consideração jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)* v. 18, n. 86, set-out. 2010, p. 148-169.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – parte geral*. Tomo I. 1ª ed. Brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Liberdade - Culpa – Direito Penal*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)*, n. 33, jan-mar. 2001, p. 39-65.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- FONSECA, António C; MATOS, A.; SIMÕES, A. *Psicologia e justiça: oportunidades e desafios*. Coimbra: Almedina, 2008.
- FONSECA, Duarte. *A Lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: (parte geral)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *Revista dos Tribunais*, v. 94, n. 833, mar. 2005, p. 399-419.

- FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Trad. de Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires: Euros, 2004.
- FREUD, Sigmund. *Criminosos em consequência de um sentimento de culpa*. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Vol. XIV. Edição *standard* brasileira das obras completas. Rio de Janeiro: Imago, 1916.
- FRISCH, Wolfgang. Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad. In: SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo (Editor). *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2012.
- FRISTON, Karl. Beyond Phrenology: What Can Neuroimaging Tell Us About Distributed Circuitry? *Annual Review of Neuroscience*, v. 25, mar. 2002, p. 221-250.
- FUSTER, Joaquín M. *The Prefrontal Cortex*. Fifth Edition. London: Elsevier, 2015.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- GARCIA, Suely Aparecida Ferreira. A família do paciente psiquiátrico e a criminalidade. In: RIGONATTI, Sérgio Paulo (Coord.); SERAFIM, Antonio de Pádua; BARROS, Edgard Luiz de. (Org.). *Temas em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica*. Vol. 1. 1ª ed. São Paulo: Vetor Editora, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1982.
- GARCIA MENDEZ, Emilio. *Infância e Cidadania na América Latina*. São Paulo: Editora Hucitec/IAS, 1998.
- GASIO, Guillermo. Estudio preliminar. In: KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.
- GÉGOUT, Maurice. L'Interprétation littérale des lois pénales. In: GENY, François. *Les sources du droit*. Tome 3. Paris: Bu Toulon, 1977.
- GÉGOUT, Maurice *apud* SILVEIRA, Alípio. O Supremo Tribunal na aplicação da lei. *Revista Jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência*, v. 9, n. 52, jul-ago. 1961, p. 5-12.
- GELLNER, Ernest. *Nacionalismo e democracia*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- GETZ, Glen E. *Applied Biological Psychology*. 1ª ed. New York: Springer, 2014.

GLICKSOHN, Joseph. *The Neurobiology of Criminal Behavior*. New York: Kluwer Academic Publishers, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral – Vol. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Especial*. Volume II. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRILLO, Eugênio *et al.* Defeitos do tubo neural e hidrocefalia congênita. Por que conhecer suas prevalências? *Jornal de Pediatria*, v. 79, n. 20, ed. 79, mar-abr. 2003, p. 105-106.

GUASTINI, Ricardo. *Teoria del Diritto – Approccio Metodologico*. Modena: Mucchi Editore, 2012.

GUIMARÃES, Mário. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. Tradução: Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)*, v. 21, n. 100, jan-fev. 2013, p. 211–225.

HASSEMER, Winfried. Neurociencias y Culpabilidad em Derecho Penal. *InDret*, n. 2, abr-jun. 2011, p. 1-14.

HERCULANO-HOUZEL, Suzana. *O cérebro em transformação*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

HERSHBERG, Eric; JELIN, Elisabeth. *Construindo a Democracia: Direitos Humanos, Cidadania e Sociedade na America Latina*. São Paulo: EDUSP, 2007.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

HIB, José. *Embriologia médica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

HOFBAUER, Andreas. *Uma história de branqueamento ou o negro em questão*. São Paulo: UNESP, 2006.

HORKHEIMER, Max. *Crítica de la razón instrumental*. Buenos Aires: Sur, 1973.

HOYER, Andreas. Acessibilidade normativa como elemento de la culpabilidad. *In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto. Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad.* Madrid: Edisofer S.L, 2013.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

HUNGRIA, Nélon. *Novas questões jurídico-penais.* Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1945.

INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO (ANIS). *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade.* Brasília: Editora Letras Livres, 2004.

JAESCHKE, Walter. As ciências naturais e as ciências do espírito na era da globalização. *Veritas*, v. 51, n. 1, p. 121-132, mar. 2006.

JAKOBS, Günther. Indivíduo e Pessoa: Imputação Jurídico-Penal e os resultados da moderna neurociência. *In: POLAINO-ORTS, Miguel; SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.) Teoria da Pena, Bem Jurídico e Imputação.* São Paulo: LiberArs, 2012.

JENSEN, Francis. E; NUTT, Amy E. *The teenage brain – a neuroscientist`s survival guide to raising adolescents and young adults.* Toronto: HarperCollins Ltd Publishers, 2015.

JESCHECK, Hans-Heinrich *apud* AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade.* São Paulo: IBCCRIM, 2003.

JESCHECK. Hans-Heinrich. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral.* Granada: Comares Editorial, 1993.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal.* Volume 2: Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2005.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal.* Tomo II. Filosofia y Ley Penal. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade.* Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. de Marijane Lisboa e Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KHALED JÚNIOR, Salah H. *O problema da indemonstrabilidade do livre-arbítrio: a culpabilidade jurídico-penal diante da nova concepção de homem da neurociência.* *Revista Sociologia Jurídica*, n. 10, jan-jul. 2010, p. 1-28.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas.* Trad. de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

KRISLOV, Samuel. The amicus curiae brief: from friendship to advocacy. *The Yale Law Journal*, v. 72, n. 4, mar. 1963, p. 694-721.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

LECHNER, Norbert. *Los Pátios Interiores de la Democracia: Subjetividad y Política*. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

LÉVINAS, Emmanuel. *De Deus que vem a ideia*. Petrópolis: Vozes, 2002.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Prefácio de Edson Carvalho Vidigal. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. Barcelona: Ariel, 1983.

LOMBROSO, Cesare. *O homem criminoso*. Trad. de Maria Carlota Carvalho Gomes. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

LUIZI, Luiz Benito Viggiani. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1987.

MACEDO, Cristian Cláudio Quintero. A influência da frenologia no Instituto Histórico de Paris: durante a Monarquia de Julho (1830-1848). *Revista Humanidades em diálogo*, v. 7, mar. 2016, p. 127-145.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010.

MACHADO, Martha de Toledo. Sistema Especial de Proteção da Liberdade do Adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: ILANUD/ ABMP/ SEDH/ UNFPA (orgs.). *Justiça, Adolescente, e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus curiae: um instituto democrático. *Revista de Informação Legislativa*, v. 38, n. 153, jan-mar. 2002, p. 7-10.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. Volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA,

Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Introdução à Criminologia*. Trad. de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MALACARNE, Diógenes. A imputabilidade frente ao futuro Código Penal Brasileiro. *Revista Justitia*, n. 77, jan-jul. 1973, p. 22-27.

MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. Vol. 1. Trad. de José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. Padova: CEDAM, 1992.

MANZANO, Mercedes Pérez. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

MARANHÃO-FILHO, Péricles de Andrade. Mr. Phineas Gage e o acidente que deu novo rumo à neurologia. *Revista Brasileira de Neurologia*, v. 50, n. 2, abr-jun. 2014, p. 33-35.

MARANHÃO-FILHO, Péricles de Andrade; COSTA, Álvaro de Lima. *Neurologia: dúvidas e certos*. Rio de Janeiro: Revinter, 2006.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. Direito penal no futuro: paradoxos e projeções. *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 773, mar. 2000, p. 476-483.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2014.

MASSON, Cléber. *Direito Penal Esquemático*. Parte Especial - Volume 2. 5ª ed. São Paulo: Método, 2013.

MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade da Constituição brasileira de 1988 - do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 200, out-dez. 2013, p. 189-210.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: JusPodivm, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010*/Gilmar Ferreira Mendes. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade - Comentários à Lei nº 9.868 de 10.11.1999*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Vol. 2, Trad. de la 2. Ed. Alemana, 1933, por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIGUEL, Vinicius Valentin Raduan. Análise sociológica do direito internacional: a crítica pós-colonial e marxista ao eurocentrismo do Jus Gentium. *Revista Sociológica Jurídica*, n. 12, jan-jun. 2011, p. 1-19.

MILLER, Gregory A.; KELLER, Jennifer. Psychology and neuroscience: making peace. *Current Directions in Psychological Science*, v. 9, n. 6, dez. 2000, p. 212-215.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal da Emoção: a inimputabilidade do menor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo V – Actividade constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MOFFITT, Terrie E. *et al. Biological contributions to crime causation*. Amsterdam: Springer Netherlands, 1988.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. *Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. Trad. de Luiz Flávio Gomes. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTEIRO, Rosa. A descriminalização do aborto em Portugal: Estado, movimentos de mulheres e partidos políticos. *Análise Social*, n. 204, jul. 2012, p. 585-605.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.

- MORAG-LEVINE, Noga. Facts, Formalism, and the Brandeis Brief: The Making of a Myth. *University of Illinois Law Review*, v. 2013, n. 9-12, ago. 2013, p. 58-101.
- MORÁN, Luis González. *Aborto: Un reto social y moral*. Madrid: San Pablo, 2009.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. Do amicus curiae. *Revista do Tribunal Regional Federal Primeira Região*, v. 16, n. 7, jul. 2004, p. 22-35.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Editora Tecnos, 1990.
- PASSETTI, Edson. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORI, Mary. (Org.) *História das Crianças no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Contexto, 2000.
- PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PEDROLLO, Gustavo Fontana; MARTEL, Leticia de Campos Velho. Amicus Curiae: elemento de participação política nas decisões judiciais-constitucionais. *Revista da AJURIS*, v. 32, n. 99, set. 2005, p. 161-179.
- PELÁEZ, Michelangelo. *Introdução ao Estudo da Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1962.
- PERASSI, Tomaso. *O direito e a sociedade – leituras de sociologia jurídica*. São Paulo: Editora Nacional, 1966.
- PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. Vol. 1. 6ª edição, revista e ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 45 e s.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional (TC). *Decisão e Sumário da Fiscalização Abstracta da Constitucionalidade n. 85-085-P*. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Lisboa, 25 de Junho de 1985.
- PORTUGAL, Silvia. Retórica e acção governativa das políticas de família desde 1974. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 56, fev. 2000, p. 81-98.
- POSTLE, Bradley R. *Essentials of Cognitive Neuroscience*. 2ª ed. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2015.
- PRADO, Luiz Regis. *Código penal anotado e legislação complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume I – Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRESTES, Fabiane da Silva. Responsabilidade Penal Juvenil e Democracia: A Desconstrução do Mito da Impunidade. *Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ*, n. 41, jan-jun. 2014, p. 123-146.

PRINS, Adolphe. *Science Pénale et Droit Positif*. Bruxelles: Bruylant-Cristophe, 1899.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do Delito*. São Paulo: RT, 1998.

REBELO, Carlos Eduardo Barreiros apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 12ª ed., rev, atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008.

REGO, Carlos Lopes do. *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010.

REUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RIBEIRO, Rafael Bernardon; CORDEIRO, Quirino. Redução da Maioridade Penal e Psiquiatria. *Revista Debates em Psiquiatria*, n. 2, mar-abr. 2016, p. 32-37.

RICHARDSON, Geneva; MACHIN, David. Doctors on tribunals. *British Journal of Psychiatry*, v. 176, n. 2, fev. 2000, p. 110-115.

ROBERTS, Albert R.; SPRINGER, David W. *Social work in juvenile and criminal justice settings*. Third Edition. Springfield: Charles C Thomas Publisher, 2007.

ROCHA, Andréia Ribeiro da. *et al.* Análise teórico-reflexiva sobre decisões judiciais no TJRS em relação ao aborto de fetos anencéfalos. *Direito e Justiça*, v. 34, n. 1, jan-jun. 2008, p. 41-59.

ROSSO, I. M. *et al.* Cognitive and Emotional Components of Frontal Lobe Functioning in Childhood and Adolescence," *Annals of the New York Academy of Sciences*, n. 1021, jun. 2004, p. 355-62.

ROTH, Gerhard *Apud* HASSEMER, Winfried. Neurociencias y Culpabilidad em Derecho Penal. *InDret*, n. 2, abr-jun. 2011, p. 1-14.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Trad. de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *As sentenças intermediárias e o mito do legislador negativo*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 4ª ed. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2005, p. 210 e s.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. Curitiba: Editora Lumen Juris, 2007.

SAPOLSKY, Robert. *Biology and Human Behavior: the Neurological Origins of Individuality*. 2nd ed. Virginia: The Teaching Company, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 1. Abr. 2001, p. 1-46.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Primera edición em “Alianza Universidad Textos” 1982. Cuarta reimpresión em “Alianza Universidad Textos”. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

SERRANO-PIEDecasas, J.R. El pensamiento complejo y el derecho penal. In: CRESPO, Eduardo Demetrio (Director); CALATAYUD, Manuel Maroto. *Neurociências y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L, 2013.

SILVA, Alexandre Garrido da. Direito, correção normativa e institucionalização da justiça. *Revista de Direito do Estado*, v. 1, n. 1, jan-mar. 2006, p. 331-346.

SILVA, Daniel H. *et al.* *Imputabilidad penal y neurociências*. 1ª ed. Buenos Aires: Ad hoc, 2012.

SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português – Teoria do Crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Culpabilidade e livre-arbítrio novamente. Os influxos da neurociência sobre o Direito Penal. *Revista Jus Navigandi*, n. 2193, jul. 2009, p. 1-3.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. de Luiz Otávio Silveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVESTRI, Elisabetta. L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 51, n. 3, set. 1997, p. 679-698.

SISK, C. L.; FOSTER, D. L. The Neural Basis of Puberty and Adolescence. *Nature Neuroscience* v. 7, n. 10, out. 2004, p. 1040-47.

SCHLAG, Pierre. Commentary: Law and Phrenology. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 4, fev. 1997, p. 877-921.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUSA, Susana Maria Aires de. *Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal – Contributo para uma Proteção Penal dos Interesses do Consumidor*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Os Caminhos Difíceis da “Nova” Justiça Tutelar Educativa – Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Um Discurso sobre as Ciências*. 5ª Edição. São Paulo: Cortez Editora, 2008.

SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal dos Adolescentes*. Salvador: EDUFBA, 2011.

STEINBERG, L. Risk-Taking in Adolescence: What Changes, and Why. *Annals of the New York Academy of Sciences*, v. 1021, jun. 2004, p. 51-58.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAKASE, Emílio. Contribuições recentes da Neurociência à Psicologia. *Revista de Ciências Humanas*, n. 34, out. 2003, p. 441-458.

TAVARES, André Ramos. Repensando a ADPF no Complexo Modelo Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPodivm, 2007.

TEICHER, Martin H. Scars that won't heal: the neurobiology of child abuse. *Scientific American*, v. 286, n. 3, mar. 2002, p. 68-75.

- TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo: descriminação e avanços tecnológicos da medicina*. Curitiba: Editora Juruá, 2005.
- THOMPSON, Augusto F. G. *Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.
- TOLEDO, Francisco Assis de. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- VÁSQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Derecho penal juvenil europeo*. Madrid: Dykinson, 2005.
- VIAPIANA, Luiz Tadeu. *Economia do Crime: uma explicação para a formação do criminoso*. Porto Alegre: AGE Editora Ltda., 2006.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.
- VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica – Hermenêutica Constitucional*. Brasília: Universa, 2003.
- VIVEIROS, Mauro. *El control de constitucionalidad brasileño: um modelo híbrido o dual*. Madrid: Acadêmica Espanhola, 2012.
- VOLPI, Mário. *O adolescente e o ato infracional*. 9ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2011.
- WALTERS, Glenn D. *Foundations of Criminal Science*. Vol 1: The development of knowledge. New York: Praeger Publishers, 1992.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal: introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas de José Cerezo Mir. 4ª ed. 2ª Reimp. Buenos Aires: B de F, 2004.
- WELZEL, Hans. *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Astrea, 1951.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.
- YANG, Yaling; RAINE, Adrian. Prefrontal Structural and Functional Brain Imaging findings in Antisocial, Violent and Psychopathic Individuals: A Meta-Analysis. *Psychiatry Research*, v. 174, n. 2, nov. 2009, p. 81–88.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ZUREK, Sandra. La formation du droit international pénal. In: ASCENSIO, Hervé; DECAUX, Emmanuel; PELLET, Alain (orgs.). *Droit International Pénal*. Paris: A. Pedone, 2000