

Diana Isabel Mota Fernandes

Entre Themis e Asclépio

Um estudo da inimputabilidade no
ordenamento jurídico-penal português

Dissertação de Mestrado em Sociologia, sob a orientação da
Professora Doutora Sílvia Portugal, apresentada à Faculdade de
Economia da Universidade de Coimbra

Coimbra, 2012

ÍNDICE

Agradecimentos	2
Resumo	3
Abstract	4
Introdução	5
I. E se não há culpa? A intersecção entre direito e clínica	19
1. A inimputabilidade em razão de anomalia psíquica: modelos de definição e de decisão ...	19
1.1. Modelos substantivos de inimputabilidade: delimitação do conceito.....	20
1.2. Modelos processuais de inimputabilidade: atribuição de competências.....	24
1.3 Definição de inimputabilidade.....	26
2. O uso da inimputabilidade	28
2.1. Interpretação e aplicação do conceito	33
3. A imputabilidade diminuída.....	41
3.1. O que nos dizem o direito penal e a psiquiatria forense: doutrina e lei escrita.....	41
3.2. Interpretação e aplicação do conceito	43
II. E o perigo? Controlo social e encarceramento	46
4. O conceito de perigosidade	46
5. Interpretação e aplicação do conceito de perigosidade	52
5.1. Perigosidade e inimputabilidade	52
5.2. A perigosidade na literatura e na prática forense.....	53
5.3. A perigosidade na prática judiciária.....	57
6. A medida de segurança.....	65
6.1. Génese legal e evolução da medida de segurança	65
6.2. A prática dos actores psicoforenses e judiciários.....	69
Conclusões.....	75
Referências bibliográficas	86
Anexo I.....	95
Anexo I.....	102
Anexo III	103

AGRADECIMENTOS

Uma dissertação não fica completa sem os agradecimentos devidos a todas as pessoas que, de diferentes modos, me apoiaram e para ela contribuíram. Por isso, embora sendo sincera apologista da máxima que diz que os gestos valem mais do que as palavras, aqui fica o meu entusiástico reconhecimento, desde logo, à família, mana, mãe, pai, às amigas e aos amigos que sempre foram oferecendo o seu inestimável – e muito necessário – apoio, mimo, companhia e aconselhamento, sendo ainda devida uma especial menção de apreço às excelentes pessoas que compõem a Biblioteca Norte-Sul e a Biblioteca da Delegação do Centro do INML, por todo o apoio extra a nível bibliográfico. Devo, igualmente, uma palavra de agradecimento às entrevistadas e aos entrevistados no âmbito deste trabalho, bem como àqueles e àquelas que me proporcionaram e auxiliaram na consulta de processos judiciais. Finalmente, o reconhecimento devido à minha queridíssima orientadora, pela sua sabedoria, paciência, carinho, humor e disponibilidade, que sempre comigo partilhou ao longo deste processo. Sem vós este trabalho não existiria.

RESUMO

Esta dissertação debruça-se sobre a relação entre doença mental e crime, mais concretamente, a reacção do sistema penal português perante os crimes cometidos por indivíduo declarado inimputável em razão de anomalia psíquica. A existência de uma doença do foro mental, com eventuais implicações na prática do crime, convoca para o universo do direito penal as ciências psicoforenses e, em particular, a psiquiatria, para coadjuvar o trabalho judiciário. É na análise desta especificidade que se situa o presente trabalho. O objectivo é deslindar o jogo que se estabelece entre agentes detentores de saberes diversos, percebendo assim como, neste contexto, a magistratura portuguesa interpreta e aplica o conceito de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica.

Pretendi, deste modo, analisar como os diferentes saberes e seus actores agem e interagem no âmbito das competências que são distribuídas entre si, na busca por factos suficientemente credíveis para serem transformados em verdades e aceites enquanto tal. O que permite, igualmente, e de forma mais abrangente, reflectir sobre o lugar do direito e da medicina, em especial da psiquiatria, no controlo social. Em termos mais amplos, a análise da resposta do sistema jurídico-penal perante o crime cometido por indivíduo declarado inimputável acaba por proporcionar, neste trabalho, uma discussão alargada do judicial e do social.

A crescente visão biomédica dos comportamentos desemboca num quadro de controlo social eminentemente clínico-psiquiátrico, com este saber a encontrar terreno fértil na construção e controlo de um desvio que é de dupla origem: crime e doença mental. Por um lado, se é o direito penal que dita (prevê, classifica e “julga”) que comportamentos são crime, são as ciências psicoforenses que conformam, em abstracto, essas previsões legais, e que ditam, em concreto, quem e em que circunstâncias irá cair no seu campo de actuação, como inimputável. São as ciências psicoforenses que, numa encruzilhada entre crime e doença, acabam por definir se o controlo é jurídico-penal (“apenas” crime) ou é também “seu” (crime directamente motivado por aquilo que classifica como doença), porque detentoras do monopólio da construção e da classificação da doença mental. O quadro assim delineado insere-se num processo de psiquiatrização do direito penal, que assim se revela a jusante nas decisões judiciais. Mas tem também lugar a montante, com uma evolução doutrinal e uma previsão legal imbuídas de um modelo biomédico patente nos discursos e nas práticas dos actores judiciários que tomam as decisões, formando um todo condicionado pela clínica e que, por sua vez, em seu nome condiciona.

ABSTRACT

This dissertation focuses on the relationship between mental illness and crime, more specifically, the reaction of the Portuguese penal system before offenses committed by individuals declared exempted due to mental illness. The existence of such a pathology, with possible implications for the crime, calls forth the psycho-forensic sciences, psychiatry most notably, to the criminal law's universe, in order to aid the work of the judiciary, and it is precisely within such specificity this work is situated. The aim is to unravel the game that takes place between actors holding different knowledges, thus understanding how, in this context, Portuguese judges and public prosecutors interpret and apply the concept of exemption due to mental illness.

I have so intended to analyse how different knowledges and their actors act and interact within the powers distributed between them in search for facts believable enough to be turned into truths and accepted as such. More broadly, it also enables a reflection on the place of law and medicine, particularly psychiatry, in social control. Comprehensively, the analysis of the criminal justice system's answer to the crime committed by an individual declared exempted ends up offering, in this work, an extended discussion of the judicial and the social.

The growing biomedical vision of behaviour ends in a framework of social control essentially clinical-psychiatric, with the latter knowledge finding fertile ground for the construction and control of a deviancy with a double source: crime and mental illness. On the one hand, if it is criminal law that dictates (predicts, classifies and "judges") which behaviour is indeed a crime, psycho-forensic sciences abstractly conform such legal provisions, and specifically dictate who and in which circumstances shall fall into their field of action, as subjected to an exemption. Psycho-forensic sciences, at a crossroad between crime and illness, end up defining if this control is legal ("only" a crime) or if it also "theirs" (a crime directly motivated by what they classify as disease), by holding the monopoly of the construction and classification of mental illness. The picture thus outlined is part of a process of psychiatrization of criminal law, thus revealing itself downstream, in judicial decisions. But it also takes place upstream, with a doctrinal evolution and legal imbued with a biomedical model patent in the discourses and practices of judicial actors, who make the decisions, forming a whole conditioned by the clinic, and which in turn conditions on its behalf.

INTRODUÇÃO

Esta dissertação versa sobre a reacção do sistema penal português perante os crimes cometidos por indivíduos declarados inimputáveis em razão de anomalia psíquica. Estando em causa a prática de uma acção classificada como crime, o aparato do sistema jurídico-penal é convocado, dando lugar a um processo judicial com procedimentos (re)conhecidos: a lei escrita substantiva identifica os comportamentos classificáveis como crime e a lei processual estabelece as regras de actuação, em termos de prazos, faculdades e obrigações das partes envolvidas; a doutrina penal e a produção jurisprudencial definem e densificam conceitos, estabelecendo padrões de actuação dos actores judiciais; estes (magistrados judiciais e do ministério público, e funcionários judiciais, coadjuvados na investigação pelos órgãos de polícia criminal) entram em acção; o espaço físico do tribunal (os gabinetes dos magistrados, a sala de audiências) é o cenário em que decorre todo o processo, desde as fases preliminares ao julgamento propriamente dito; a decisão daí resultante é depois concretizada/executada por outro(s) magistrado(s), serviços prisionais e de reinserção social. O que é distinto no caso dos processos de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica é que este enquadramento exclusivamente jurídico do crime sofre alterações e acolhe actores externos. A existência de uma doença do foro mental, com eventuais implicações na prática do crime, convoca para o universo do direito penal as ciências psicoforenses e, em particular, a psiquiatria, para coadjuvar o trabalho judiciário.

É na análise desta especificidade que se situa a presente dissertação. Parte-se de uma questão principal: “como é interpretado e aplicado, pela magistratura portuguesa, o conceito de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica?”, convocando uma série de outras: quem são os actores envolvidos neste processo?; como interagem estes actores?; que saberes são convocados?; o que diz a lei?; quem decide?; como se decide? Estes questionamentos situam-se na intersecção de um vasto conjunto de problematizações teóricas, que se prendem com a relação entre o direito e os outros saberes – nomeadamente a medicina – e, igualmente, com a relação destes diferentes campos de conhecimento com o desvio e o controlo social.

Nesta dissertação pretendo analisar como os diferentes saberes e seus actores agem e interagem no âmbito das competências que são distribuídas entre si, na busca por factos suficientemente credíveis para serem transformados em verdades e aceites enquanto tal. Esta perspectiva permite, igualmente, e de forma mais abrangente, reflectir sobre o lugar do

direito e da medicina, em especial da psiquiatria, no controlo social. A análise da resposta do sistema penal perante os crimes cometidos por indivíduos declarados inimputáveis em razão de anomalia psíquica remete-nos, efectivamente, para uma ampla discussão do judicial e do social.

Os processos judiciais, como diz Holstein,

são concebidos para produzir decisões reconhecíveis pelos participantes e pelos espectadores como sendo mais definitivas, finais, limitadas e significativas que as decisões a que se chega através de outros meios de carácter informal' (2005: 702).

No entanto, e de modo algo paradoxal, o direito processual, ao estabelecer as regras pelas quais os processos judiciais são conduzidos, admite a impossibilidade de atingir uma verdade absoluta, ao criar a ficção da “verdade material”, ou “verdade possível”.

Veritas est indivisa et quod non est plene verum non este semiplene verum sed plene falsum. Este brocardo latino, que assume grande importância para os juscivilistas, traduz-se por “a verdade é indivisa e o que não é plenamente verdadeiro não é semi-plenamente verdadeiro mas plenamente falso” – ou seja, diz-nos que para o direito não há meias-verdades. Contudo, esta visão algo “simplista” não é totalmente linear: o entendimento do que pode ser considerado verdade e os limites daquilo que se procura enquanto verdade no âmbito de um processo varia de acordo com o ramo do direito em causa. No processo penal (diferente do que acontece no âmbito estritamente civil²), o tribunal³ pode encetar todos os esforços para alcançar a verdade, pelo que rege o princípio da investigação: independentemente dos factos e provas que os envolvidos forneçam, pode investigar e ordenar a produção de mais provas para apurar a verdade e, salvo raras excepções, não admite a existência de presunções legais (nada se presume, tudo se prova, neste campo). Aqui entende-se que a “verdade formal” que caracteriza os litígios civis não é suficiente, procura-se a “verdade material”⁴. A (busca da) chamada verdade material conhece como limite apenas as provas proibidas⁵, sendo a liberdade de apreciação dos magistrados limitada, por outro lado, pelas regras a respeito da

¹ A tradução de todas as citações cujo original estava em língua estrangeira é da minha responsabilidade.

² No processo civil, a este propósito, regem o princípio da aquisição processual (só são admitidos no processo, em regra, os factos e as provas que cada parte levar perante o tribunal) e a existência de presunções legais e judiciais que, quer sendo ilidíveis ou inilidíveis, levam a uma “verdade processual” que, em certa medida, é uma verdade artificial ou, nos termos da dogmática processual civil ou juscivilística, “verdade formal”.

³ Aqui entendido em sentido não técnico-jurídico, mas como juiz e Ministério Público em conjunto.

⁴ Nas palavras de Silva, “[e]ste poder-dever do tribunal (...) de procurar oficiosamente a verdade (...) é geralmente justificado pela necessidade de procurar a verdade, pois que ao processo penal não bastaria uma verdade formal, ou seja, a reconstrução dos factos feita apenas com base na contribuição probatória das partes, mas a verdade histórica ou a verdade material” (1996: 79).

⁵ Como as conseguidas de formas não válida, por violarem direitos fundamentais de determinados indivíduos – como uma confissão conseguida através de tortura, ou documentos obtidos em buscas ilegais e não consentidas.

avaliação de determinadas provas. É o caso das provas periciais, que limitam o poder de apreciação do julgador, por a elas ser conferido o peso e a confiança que o direito confere – apenas – à ciência.

Com estas limitações, compreende-se que a verdade material que se procura no âmbito de um processo penal, apesar de procurar ser mais próxima da realidade do que a verdade formal, se assume, ainda assim, como uma verdade possível⁶. Pelo que, quando Lynch (a propósito do caso O.J. Simpson) argumenta, de forma certa, que no tribunal a credibilidade pericial é como que um substituto da verdade (1998: 838), aponta numa direcção interessante: vista daqui, a “verdade material” (que é aqui obtida a partir do parecer do perito) vale mais como (e é mais) “credibilidade” do que “verdade” propriamente dita.

Num processo judicial, numa sala de audiências, o direito solicita por vezes a outras formas de conhecimento que lhe forneçam “a” verdade. Quando está em causa uma situação de inimputabilidade, o juiz convoca saberes terceiros, enquanto se encontra, em simultâneo, sujeito a estritas regras processuais. Mais concretamente, o juiz pode nessa situação requerer a autoridade científica do perito para estabelecer como verdade determinados factos – como se através da ciência médica esta se pudesse atingir mais facilmente. Como Zappulli (2005: 684) observa a respeito dos processos judiciais em que um perito médico forense intervém, esta temática caracteriza-se por uma relação de co-dependência que se estabelece entre perito e juiz, e que se manifesta nas respectivas práticas profissionais. Desta forma, perito psiquiatra e juiz tornam-se, juntos, e em simultâneo, agentes do poder judicial e do poder psiquiátrico ao serviço do controlo social. Será, portanto, interessante verificar como e em que extensão a actuação do perito afecta a actuação do juiz e vice-versa.

Já muitos denunciaram as intenções de supremacia tanto do direito como da “ciência”, em particular da medicina, apontando como ambos têm em comum a ambição de dizer a verdade ou, pelo menos, de

tentar reduzir a incerteza criada pela distância entre um facto e a sua inteligibilidade. Ambos constituem aquilo a que Bruno Latour chama formas de dizer a verdade⁷. Estas apoiam-se, sem dúvida, em aparelhos da administração da prova que poderíamos ver como incomensuráveis (Dupret, 2005: 638).

A este respeito, Foucault (1980) observa como todo o saber/conhecimento é uma combinação de relações de poder e uma busca de informação, não sendo simplesmente

⁶ Como refere Silva, “é necessário ter presente que a verdade no processo não pode procurar-se por quaisquer meios, mas tão-só pelos meios processualmente admissíveis, ainda que dessa limitação possa resultar algumas vezes o sacrifício da verdade” (1996: 79).

⁷ No original, “des formes de véridiction”.

“saber” mas aquilo a que chama “poder-saber”. Este autor enfatiza como as lutas de poder são uma parte intrínseca do próprio saber: sempre que é produzido conhecimento, há uma reivindicação de poder. Nas suas próprias palavras, “não é possível ao poder ser exercido sem saber, é impossível ao saber não engendrar poder” (1980: 52) – daí o neologismo poder-saber. Foucault defende que o saber não é uma procura pela verdade pura, é sim um processo de selecção de informação que permite que algo seja rotulado/designado como “facto”/“verdade” e que passa(rá) por um processo de ratificação, escrutinado por quem detém posições de autoridade e reproduzido nos seus instrumentos de poder (livros e artigos) e avaliado/comentado por outros também com poder – transformando-se assim em “senso-comum”.

Foucault demonstra assim como a verdade não é uma força universal, a verdade é produzida e reproduzida, filtrada por uma complexa rede de relações sociais, mecanismos e interditos/tabus, sendo que, em última análise, não há “a” verdade, há uma “vontade de verdade”, um conjunto de práticas excludentes que classificam e distinguem o que é considerado verdadeiro e o que é considerado falso (1981: 56). O que é falso não será reproduzido e assim cada sociedade institui e perpetua o seu “regime de verdade”, isto é, a produção do discurso é controlada, seleccionada, organizada e redistribuída por pessoas com autoridade e por um conjunto de procedimentos bem definidos. E assim, na “ordem do discurso” e na luta entre diferentes “vontades de verdade” patentes na inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, entram, a par, o direito e a ciência, pois, como ilustram as palavras de Jasanoff,

o relacionamento entre direito e ciência adquire especial importância, visto que o poder do direito de articular normas sociais se torna estreitamente ligado aos esforços da ciência em declarar verdades imutáveis a respeito do nosso mundo físico e de nós mesmos (Jasanoff, 1999: Prefácio, xv).

A temática da inimputabilidade acaba por assumir especial interesse neste campo, por se situar na intersecção de dois caminhos de controlo social: clínico e jurídico-penal. Na sua origem, há mais de um século, controlo social significava especificamente “regulação social”⁸, mas ao longo do século XX evoluiu para outro sentido – mais restrito – de controlo do desvio numa dada sociedade (Deflem, 1994: 355-357; Black, 1976: 1-2; Cohen, 1985: 3; Innes, 2003: 3-4). Ou seja, a forma como esta “minimiza, elimina, ou normaliza comportamentos definidos como desviantes” (Conrad e Schneider, 1992: 7), incidindo assim sobre os

⁸ Desenvolvido no início do século XX por Edward Ross (1901, *apud* Innes, 2003: 16; e Conrad e Schneider, 1992: 7, por exemplo), através deste conceito o autor procurava descrever os processos desenvolvidos pelas sociedades para se regularem a elas mesmas e assim assegurarem a harmonia e união na vida social (Deflem, 1994: 355, 2007; Martindale, 1978: 46-49; Roucek, 1978, 5-12).

mecanismos que são utilizados para reagir face ao desvio, no que se inclui o crime (face ao qual os objectivos são “prevenir, minimizar, detectar”) e, deste modo, assegurando a “obediência dos indivíduos às normas sociais” (Deflem, 1994: 355). Em resumo, o entendimento de controlo social aqui seguido vê-o como consubstanciando

as respostas organizadas ao crime, delinquência e formas próximas de desvio e/ou comportamento socialmente problemático que são correntemente concebidos enquanto tal, quer num sentido reactivo (após o putativo acto ter lugar, ou o actor ser identificado), quer num sentido proactivo (prevenir o acto) (Cohen, 1985: 3).

Assim, estando em causa simultaneamente crime – desvio criminoso – e doença mental – desvio clínico – na inimputabilidade penal em razão de anomalia psíquica, o controlo social encontra terreno de acção privilegiado. Para além de possuírem traços em comum, os objectivos, instrumentos e formas de actuação destas duas formas de controlo convergem com frequência:

[a]lternativas a formas de controlo social tradicionais tais como o tratamento e programas de ressocialização que têm como objectivo substituir medidas punitivas, na actualidade, funcionam como formas complementares de controlo social, proporcionando uma expansão (ou um alargar das malhas da rede) do controlo (Deflem, 2008: 230).

Analisa Foucault que a condição “latente” e “incontrolável” da pessoa com doença mental acabou por levar à génese de um novo tipo de facto criminoso: a perigosidade (1978; 1990a). A relação que assim se estabelece é designada pelo autor como “psiquiatrização do perigo criminal” (1978: 3; 1990a: 128) e pode ser resumida da seguinte forma: como o potencial criminoso da pessoa com doença mental transporta um perigo para a sociedade, o controlo desses indivíduos era necessário e justificado, entrando assim a psiquiatria no campo do direito (1990a: 132). Esta patologização do comportamento considerado desviante comporta uma mudança importante para o direito penal. A tónica passa do facto para o autor⁹, ou seja, o olhar do direito já não se foca no crime cometido (no “facto consumado”), perante o qual é preciso reagir para acalmar a sociedade, mas no “potencial criminoso” do indivíduo (1978; 1990b). Este “crime” (em sentido amplo) não se encontra elencado nas leis penais (homicídio, furto, roubo, fraude, burla, etc.), este crime não consiste numa dada acção ou omissão, isto porque é um crime “de ser”, e não “de fazer”.

⁹A teoria penal moderna caracteriza, de forma (quase) unânime, o direito penal como um direito penal “do facto” e não um direito penal “do agente”, ou seja, que reage à conduta e não à pessoa que a comete. Avaliando as diferenças entre teoria e prática, o autor mais relevante de uma avaliação do direito penal actual como “do agente” é Gunther Jakobs, com a sua teoria do “direito penal do inimigo”, na qual se centra sobretudo nas reacções contra criminosos sexuais (particularmente pedófilos) e, mais recentemente, terroristas (Jakobs, 2007).

Apesar de a origem da actuação “médica” (em sentido amplo) perante a *loucura* ser antiga¹⁰, a ideia de doença mental e a sua aceitação pela sociedade em termos eminentemente clínicos desenvolveu-se gradualmente nos últimos séculos, enquadrando-se, hoje, em processos gerais de medicalização¹¹ e de psiquiatrização¹² das sociedades ocidentais. Para a ascensão da medicina como saber dominante para a classificação e actuação neste âmbito terão contribuído variados factores, tais como a segregação dos indivíduos e o desenvolvimento da psiquiatria e da classe psiquiátrica. Com uma abordagem histórico-filosófica, Foucault veio explicitar detalhadamente, em obras como a *História da Loucura na Idade Clássica* (2005) e *O nascimento da clínica* (1977), como, do século XIV ao século XVII, os corpos socialmente indesejáveis foram segregados em asilos e hospitais para assistência aos pobres e transformação espiritual.

Num tal contexto, o hospital não é terapêutico, não tem função médica, e a medicina não é uma prática hospitalar. A metáfora da nave dos loucos é utilizada por Foucault para falar desta questão. No século XVII, começam a emergir, de acordo com este autor, três modelos de “medicina social”, que pressupunham a medicalização do Estado (modelo alemão), da cidade (modelo francês) e a medicalização dos pobres/operários (modelo inglês). Esta última foi a que se implementou com maior sucesso, definindo assim o rumo da medicina europeia, já que

¹⁰ Alves, na sua detalhada resenha (2011: 26 e ss.), refere os achados arqueológicos de crânios trepanados com mais de 25 séculos, bem como as teorias gregas dos humores, por exemplo.

¹¹ O termo “medicalização” descreve um processo pelo qual problemas não médicos são definidos e tratados como problemas médicos – normalmente como doenças (Conrad, 2007: 4) ou, na definição de Clarke et al., “o processo pelo qual aspectos da vida previamente fora da jurisdição da medicina começam a ser construídos como um problema médico” (2003: 161). Embora tenha sido Parsons, em 1951, o primeiro a conceptualizar a medicina como um agente de controlo social (1992: 259), o conceito de medicalização foi primeiramente utilizado por Zola (1972, 1975), ao teorizar acerca da extensão da jurisdição, autoridade e práticas médicas a áreas cada vez mais vastas da vida das pessoas. Os primeiros estudos sociológicos do fenómeno que se designa como medicalização datam do fim dos anos 60 do século passado e inicialmente centraram-se sobretudo na medicalização do desvio (Pitts, 1968; Conrad, 2007), mas pouco tempo depois verificou-se que o conceito era aplicável a um alargado leque de problemas humanos que haviam entrado na jurisdição da medicina (Freidson, 1970a, 1970b; Zola, 1972; Illich, 1974). Para alguns autores, trata-se de uma das mais importantes transformações sociais do mundo ocidental no século XX (Bauer, 1998; Clarke e Olesen, 1999; Conrad, 2007; Renaud, 1995, todos *apud* Clarke et al., 2003: 161). De acordo com Clarke et al. (Clarke, 1988 e 1995, *apud* Clarke et al., 2003), o processo evolutivo – e a própria natureza da medicalização – conheceu uma nova etapa a partir de 1985, à medida que inovações tecnocientíficas e as transformações sociais associadas principiaram a transformar a medicina num processo “de dentro para fora”. As autoras chamaram a este novo fenómeno “biomedicalização”, termo através do qual pretendem abarcar “[os] processos de medicalização crescentemente complexos, multilocalizados e multidireccionais que nos dias de hoje se encontram em expansão e reconstituição através da emergência de formas e práticas sociais de uma elevada e sempre crescente biomedicina tecnico-científica [em que o prefixo “bio” se refere às] transformações humanas e não humanas possibilitadas por inovações tecnocientíficas tais como [as da] biologia molecular, biotecnologias, genomização, medicina de transplantes, e novas tecnologias médicas” (Clarke et al., 2003: 162). De forma simplificada, pode dizer-se que esta mudança é também ela “de escala”, no sentido em que de evoluções científicas “grandes em tamanho”, pelas quais o ser humano ganhou controlo sobre a “natureza externa”, se passou para um controlo e transformação da “natureza interna” (as autoras dão como exemplo processos biológicos e a formas de vida não humanas) (Clarke et al., 2003: 164). Assim, estas autoras argumentam que, se a medicalização foi co-constitutiva da modernidade, a biomedicalização é “co-constitutiva da pós-modernidade” (Clarke 1995, *apud* Clarke et al., 2003: 164-165).

¹² Foi Castel (1976) quem cunhou o conceito irmão de psiquiatrização, que veio alargar a categorização como doença mental de variados comportamentos, e que, tal como explicado por Alves, “[se] traduz (...) na norma de que as pessoas sentem ou demonstram comportamentos problemáticos devem procurar ajuda especializada junto de profissionais de psiquiatria que avaliam, diagnosticam e definem um tratamento” (Alves, 2011: 61).

permitiu não apenas que todos os modelos ocorressem em simultâneo, mas também o seu cruzamento. Foucault entende que a consequente reorganização hospitalar teve por base não apenas técnicas médicas (“importadas” da botânica – veja-se a divisão, classificação e hierarquização dos espécimes –, e que vão constituir uma medicina do “meio”), mas também uma tecnologia política: a disciplina. Assim, ao longo de várias obras, este autor desenvolve um importante trabalho sobre a questão do controlo social, analisando como ele é também exercido por vários saberes, para além da clínica, tais como o direito, em particular o direito penal.

Com o fenómeno de medicalização/psiquiatrização das sociedades contemporâneas, a medicina e a psiquiatria vieram ganhar poder acrescido. Como sumaria Alves,

Na sociedade de consumo, complexificada e individualizada a um nível radical em que a reflexividade acompanha a imposição de escolhas permanentes (...), a psiquiatria desenvolve o seu carácter de instituição de regulação e de controlo, disseminando o biopoder como resposta à angústia ontológica (2011: 43).

Desde meados do século passado, a crescente influência da medicina e da psiquiatria veio, assim, criar uma “medicalização/psiquiatrização do desvio”, de forma que o desvio moral/ético e legal/criminal se tornou doença. Verifica-se, deste modo, uma mudança na “rotulagem” (Szasz, Goffman)¹³ de determinada conduta e de determinado indivíduo, de mau ou bom para doente ou saudável/normal, através de uma fórmula clínica que se pretende “científica”, “racional”, “técnica”, e portanto “neutra” e “objectiva”, porque pretensamente desprovida de juízos de valor (Jasanoff, 1999; Gonçalves, 2000; Santos, 2000).

A esse respeito, na obra de Conrad e Schneider sugestivamente intitulada *De maldade a doença* (1992), estes autores colocam em destaque como “o maior poder para o controlo social advém da autoridade para definir certos comportamentos, pessoas e coisas”, explicando como uma tal “autoridade” pode ser “abstracta” (por exemplo, “a lei”, ou “deus”), mas é concretizada através de forças institucionais (por exemplo, estatais ou religiosas, retomando os dois exemplos anteriores) (1992: 8). Vários autores têm efectivamente vindo a sublinhar que a medicalização, ao “expandir a jurisdição da medicina”, aumenta o “controlo social médico sobre o comportamento humano” (Conrad, 2007: 8). Ainda nos primórdios do estudo da medicalização, autores como Zola (1972) e Pitts (1968) alertavam para a possibilidade de a medicina vir a substituir outras formas de controlo social: “a medicalização é um dos mais eficazes meios de controlo social e está destinada a tornar-se o meio de controlo social formal mais relevante” (Pitts, 1968: 391). A classe médica, tal como

¹³ Cf., para maior detalhe, Goffman (1995).

apontaram Freidson (1970a, 1970b) e Zola (1972¹⁴), através da crescente medicalização da sociedade ocidental, passou a ser efectivamente “mandatada” para lidar com tudo aquilo que possa ser “rotulado” como doença ou patologia¹⁵. Assim, essas instituições, ou melhor, os indivíduos que as representam, são como que mandatados para definir certos “problemas” como desviantes, designando que tipo de problema está em causa e qual deve ser a resposta. Através do processo de medicalização, as perspectivas, classificações e soluções da medicina tornaram-se dominantes, “eliminando” qualquer tipo de competição, em especial em áreas nas quais a tecnologia clínica conseguiu demonstrar certa eficácia (Mechanic, 1973, *apud* Conrad e Schneider, 1992). No caso específico da saúde mental, é interessante constatar que a sintetização da clorpromazina (o primeiro princípio activo antipsicótico, sintetizado pela primeira vez em 1950) é contemporânea do nascimento da medicalização como conceito sociológico (Parsons, em 1951).

Segundo Conrad e Schneider, podem distinguir-se três formas “puras” de controlo social médico do desvio: (1) a tecnologia médica (que envolve o uso de tecnologias farmacêuticas ou cirúrgicas como formas de controlo do desvio); (2) a colaboração médica (que se foca no posicionamento alargado e “intrínseco” – nas suas palavras – da medicina na sociedade, tendo em conta a colaboração dos clínicos com outras autoridades, fornecendo informações e pareceres técnicos); (3) e a ideologia médica (que envolve a definição de um comportamento ou condição como uma patologia, com o objectivo principal de obter “benefícios sociais e ideológicos acrescidos” pela sua conceptualização em termos clínicos) (1992: 259 e ss.). Especificamente nos processos-crime em que se levanta a questão da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, a colaboração médica ganha especial relevo, pois os actores clínicos são chamados a concretizar, como peritos, conceitos-chave como “doença mental” / “anomalia psíquica” (no caso português) e “perigosidade”, assim como para emitir um juízo de prognose a respeito da perigosidade, tal como aponta Arrigo (2002: 83) a respeito da psiquiatrização do direito penal¹⁶.

Em suma, aquilo que é classificado como doença mental vai-se revelando em diferentes vestes e entendimentos, como construção sociocultural que é, actualmente com cada vez mais

¹⁴ Cf. igualmente Zola (1975), *apud* Conrad e Schneider (1992).

¹⁵ Autores como Illich expressaram, de forma veemente, um crescente receio pela expansão da medicalização e o crescente poder da classe médica: “ao longo da última década a prática médica tornou-se uma grande ameaça à saúde. (...) [A] prática médica patrocina a doença através do reforço de uma sociedade mórbida que não só preserva industrialmente as suas falhas mas engendra o cliente do terapeuta de um modo cibernético. Finalmente, os denominados profissionais da saúde possuem um poder directamente doentio – um efeito que estruturalmente denega saúde” (Illich, 1974: 919).

¹⁶ Cf., para uma resenha actualizada da jurisprudência estadunidense, Arrigo, Bersot e Sellers (2011).

comportamentos subsumíveis ao conceito – e, conseqüentemente, submetidos ao poder disciplinador da psiquiatria¹⁷. Resta saber se e de que forma, numa época e numa sociedade crescentemente psiquiatrizada, comportamentos e indivíduos que sejam classificados como doença e doentes, pelos considerados peritos da área, serão submetidos simultaneamente ao controlo desse saber e ao controlo do direito (aqui, do direito penal, mais concretamente, do sistema jurídico-penal), sempre e quando tais comportamentos possam igualmente ser classificados como crime. É desta problemática que parte a presente dissertação.

O roteiro da pesquisa

No contexto internacional, a produção científica é prolífica quanto à relação entre doença mental e direito. Múltiplos estudos no âmbito das ciências sociais focam diferentes aspectos, desde o papel dos cientistas/peritos no tribunal; a relação entre doença mental e crime, a relação entre diferentes linguagens; retórica(s) e interação verbal no tribunal; doença mental e controlo social, justiça penal e controlo social, etc. A lista é vastíssima¹⁸.

Não obstante, estudos deste teor não são comuns em Portugal. Nem foram publicados estudos, do meu conhecimento, que abordem e cruzem estas temáticas e abordagens em simultâneo. A maioria dos trabalhos publicados no campo internacional aplica-se a contextos que não o português, na maioria das vezes norte-americano, de onde vêm a maioria dos estudos a respeito da relação entre ciência e direito, muito na sequência do trabalho precursor de Sheila Jasanoff (1999). Outro terreno fértil em publicações é o francês (estudos no âmbito da ciência e da técnica sobre o papel do perito¹⁹ na sociedade, em que, por exemplo, se destaca Michel Callon, 1999²⁰), mas quando esta temática em particular é abordada, os autores tendem a centrar-se no papel do perito forense no tribunal, devido a um contexto de contestação do enquadramento legal dos serviços forenses muito específico e datado dos anos 80.

No contexto português, o silêncio nas ciências sociais a respeito da relação entre doença mental e direito penal é marcante, e nas áreas de saber directamente convocadas pela

¹⁷ Cf., a título exemplificativo, Aneshensel e Phelan (2006: 5).

¹⁸ Por exemplo, Atkinson e Drew (1979), Zapulli (2005), Holstein (2005), Dupret (2005), Prins (2005), Lynch e Jasanoff (1998), Lynch (1998), Meyer e Weaver (2006), Lézé (2008), Dietz (1985), Théry (1993), Castel (1991), Conrad e Schneider (1992), para referir alguns.

¹⁹ O perito clínico ou judiciário não se confunde com o perito científico: o primeiro pronuncia-se a respeito de categorias médico-administrativas ou médico-judiciárias (inimputabilidade, anomalia psíquica, perigosidade, por exemplo); o segundo ocupa-se, de modo mais amplo, de “questões sociais que podem ser objecto de controvérsia” (Dodier, 2004, *apud* Lézé, 2008: 4). Em geral, no nosso ordenamento jurídico, o primeiro encontra-se oficialmente inserido num órgão público que presta apoio pericial oficial ao tribunal, de forma exclusiva, ou é um profissional que, embora não pertencendo oficialmente a tais serviços, é por estes mandatado para actuar enquanto tal e em nome da instituição em causa.

²⁰ Cf. igualmente, por exemplo, Callon, Lascoumes e Barthe (2001).

problemática (ciências forenses, em particular psicologia e psiquiatria forense, direito penal e criminologia) o panorama é árido, não no sentido de vazio, mas de escasso e compartimentado. As publicações da área forense a respeito da relação entre doença mental e crime são, em geral, centradas nos problemas específicos que se colocam ao perito forense no âmbito da sua actividade²¹, por vezes complementados por estudos de teor sociográfica²² (apresentação e discussão dos dados estatísticos de determinado serviço, relação de certas patologias com certos tipos de crime²³). Do lado do direito penal, o interesse nas intersecções entre doença mental e crime, mais concretamente, na inimputabilidade em razão de anomalia psíquica e/ou na medida de segurança aplicada nesses casos é não só escasso como maioritariamente centrado em questões dogmáticas e/ou estritamente processuais ou operativas²⁴.

Em suma, parece estar a faltar, no contexto português, uma visão integrada e multidisciplinar: os peritos forenses focam-se na operacionalização de conceitos para melhor proceder aos seus exames; os juristas focam-se de forma abstracta em questões do foro dogmático, por vezes suavizadas por considerações de teor mais processual (em sentido amplo).

O tema da relação entre doença mental e direito penal corre, em Portugal, por diferentes caminhos, todos eles cartografados separadamente. Pelo que nesta dissertação me proponho articulá-los de forma a conseguir traçar e compreender a actuação do Estado, aqui sob as vestes do sistema jurídico-penal, quando colocado perante um crime cometido por um indivíduo “que, por força de uma anomalia psíquica, (seja) incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação” (tal como consta do n.º 1, do artigo 20.º, do código penal português), ou seja, um indivíduo declarado “inimputável” ou “isento de culpa”. Trata-se de um tema repleto de questões ainda não escrutinadas da e para a realidade portuguesa, que procuro analisar através de uma abordagem multidisciplinar, na qual cruzo contributos da sociologia e do direito.

²¹ Cf., por exemplo, estudos sobre a actividade em geral (Pereira e Costa, 2003; Vieira *et al.*, 2009); sobre como elaborar relatórios de psiquiatria forense (Monteiro, 1980; Azevedo, 1987); sobre a avaliação psicológica em contexto forense (Oliveira, 2001; Pais, 2001); sobre como proceder à avaliação da inimputabilidade (Teixeira, 2006a, 2006b; Coelho, 2007; Ferreira, 2011); sobre como responder à questão da perigosidade social (Costa, Pereira e Saraiva, 1989; Costa, 1996); sobre ética em psiquiatria especificamente no âmbito da prática forense (Pereira e Saraiva, 1992).

²² Cf., por exemplo, Serra e Ponciano (1980); Saraiva, Costa e Pereira (1995).

²³ Cf., por exemplo, o já referido estudo de Ferreira (2011); e Ferreira, Costa e Azevedo (1988).

²⁴ Isto é – e apenas para focar alguns dos temas com maior relevo –, se, quando e como pode uma medida de segurança ser aplicada (Antunes, 2002); aplicabilidade do princípio *in dubio pro reo* (Libano Monteiro (1997); compreensão e aplicabilidade de normativos específicos (Neves, 2008 e Almeida, 2000), para nomear alguns dos de maior relevo. Uma vez mais, o ponto de vista é eminentemente (estritamente) jurídico. Mais do que isso, é essencialmente procedimental, mesmo quando são convocados outros saberes, em especial a psiquiatria – tal como Neves (2008) e, em certa medida, Almeida (2000), fazem.

As questões da investigação remetem para a análise de um jogo entre agentes detentores de saberes diversos. O objectivo desta dissertação é deslindar este jogo, percebendo como é que a magistratura portuguesa interpreta e aplica o conceito de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, identificando que saberes e agentes são convocados. Estando em causa a probabilidade de uma doença mental, o regime legal estabelece um quadro de possibilidades para a intervenção de actores exteriores ao tribunal. Tendo em conta o enquadramento teórico atrás esboçado acerca da construção da doença mental nas sociedades contemporâneas, parto da hipótese que a magistratura segue o parecer da perícia forense, assumindo assim que o conceito de inimputabilidade inverte a expectável primazia do direito no tribunal.

A construção do projecto foi realizada a partir de um trabalho exploratório centrado na recolha e análise bibliográfica e documental e complementado com a realização de entrevistas exploratórias a dois magistrados, um judicial e um do ministério público, que, pela natureza diversa da sua actuação (decisão/investigação) e intervenção em diferentes fases do processo penal, poderiam oferecer perspectivas e modos de actuação diferenciados. A natureza multidisciplinar deste tema, em que se destaca a psiquiatria forense, determinou a realização de uma terceira entrevista exploratória a um perito psiquiatra forense com trabalho publicado na área.

O trabalho exploratório orientou a análise para o conceito de inimputabilidade em termos amplos, esboçando os seus possíveis modelos substantivos (ou seja, o que pode ser considerado inimputabilidade) e processuais (isto é, quem pode decidir e como) de inimputabilidade, e explicitando o actual conceito de inimputabilidade na lei portuguesa. Seguiu-se um procedimento similar para os outros dois conceitos que estão na órbita da inimputabilidade e sem os quais não seria possível apreender o quadro completo: a imputabilidade diminuída e a perigosidade, que fundamenta a medida de segurança. Procurou-se saber como é interpretado o conceito de inimputabilidade, assim como os conceitos de imputabilidade diminuída e de perigosidade, pelos diferentes actores envolvidos. Tornaram-se claros os diferentes contextos que podem condicionar a interpretação e actuação dos actores intervenientes: a lei (substantiva, mas sobretudo processual), a formação, a tradição, contextos profissionais e contextos relacionais. O que veio demonstrar que nesta temática é crucial a relação entre profissões (juízes, Ministério Público, advogados, psiquiatras, psiquiatras forenses, psicólogos forenses, assistentes sociais) e entre saberes (direito penal,

psiquiatria forense, psiquiatria, psicologia, psicologia forense, psicopatologia, sociologia – da doença e da saúde, das profissões, do desvio, do controlo –, criminologia, serviço social).

A metodologia centrou-se na análise documental: (1) recolha e análise de processos da primeira instância; (2) recolha e análise da jurisprudência dos tribunais superiores.

A primeira foi feita através de uma amostra de 12 processos consultados em três tribunais judiciais do distrito judicial de Coimbra. A consulta dos processos, na sua forma integral, teve lugar nas instalações do tribunal, em geral nas bibliotecas, e foi realizada exclusivamente por mim. A título excepcional, foram-me ainda fornecidas fotocópias de alguns documentos constantes dos processos (normalmente as sentenças/acórdãos e os relatórios periciais). Os processos consultados correspondem à totalidade de situações em que se discutiu em juízo a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica que correram termos nesses tribunais desde 1995 até ao fim de 2010. Esta baliza temporal do ano de 1995 deve-se não só ao facto de a lei processual (o valor da prova pericial em processo penal, que condiciona as decisões actuais, como referirei) ter mudado nesse ano, mas porque processos mais antigos iriam requerer um esforço acrescido por parte dos serviços da secretaria, ou mesmo não estar já disponíveis (por os arquivos serem periodicamente sujeitos a destruição). São todos processos findos, isto é, em que já houve decisão final, com excepção de um, que à data da consulta se encontrava a aguardar julgamento.

A segunda fonte de análise documental consistiu na recolha de todos os acórdãos dos tribunais superiores (Supremo Tribunal de Justiça e Tribunais da Relação de Coimbra, Évora, Guimarães, Lisboa e Porto) publicados de 1980 a 2010²⁵, através da base de dados do Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça – ITIJ²⁶. Foi constituído um corpo analítico de 167 casos, construído a partir da totalidade de arestos disponíveis nesta base de dados²⁷. Esta base foi seleccionada por ser a única oficial (pertence ao Ministério da Justiça) e a que maior número de acórdãos compila a nível nacional²⁸. O período temporal abrangeu aqui mais 15 anos do que no caso das decisões de primeira instância, dado que o que pretendia da análise de decisões anteriores a 1995 era apenas confirmar a influência das regras processuais

²⁵ Com excepção do Tribunal da Relação de Guimarães, que foi instalado no início de 2002.

²⁶ Disponível em www.dgsi.pt.

²⁷ Cf. Anexo I.

²⁸ No entanto, sofre duas limitações: (1) apesar de a minha recolha ter sido exaustiva, não só não constam dela decisões anteriores aos anos 80 (o que não me pareceu ser essencial, devido à alteração do valor da prova pericial com a reforma de 1995); (2) apesar de ser a base de dados mais completa, nela não são publicados todos os acórdãos destes tribunais, mas apenas aqueles que os serviços de cada tribunal enviam para o ITIJ, sendo que os critérios de selecção são desconhecidos e deverão variar de tribunal para tribunal, através do tempo, e de indivíduo para indivíduo responsável pela selecção.

nas decisões e não basear-me nelas para esboçar um retrato das decisões actuais, pois estão em causa duas realidades processuais distintas das quais só a mais recente, e em vigor, me interessa.

Foram assim obtidas decisões dos três tipos de tribunal com competência penal existentes em Portugal (Tribunais de Comarca, Tribunais da Relação, Supremo Tribunal de Justiça), perfazendo um corpo analítico de 179 casos no total.

Estas decisões poderiam revelar diferenças/especificidades em razão da sua origem (primeira instância e tribunais de recurso; diferentes tribunais da Relação, etc.), mas, no caso da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica e conceitos relacionados – imputabilidade diminuída e perigosidade – não consegui detectar qualquer padrão decisório diferenciado que valesse a pena referir.

Para proceder a esta análise, elaborei uma matriz analítica com as seguintes variáveis: número de ordem, tribunal, relator (para os tribunais superiores), data da decisão final (sentença/acórdão), mobilização, inimputabilidade, imputabilidade diminuída, perigosidade, vários²⁹.

A análise documental revelou-se essencial para apreender a forma como os julgadores chegam efectivamente às decisões, os seus fundamentos e o próprio sentido das mesmas. No entanto, certas questões ficavam por esclarecer: (1) não só a voz principal nas decisões escritas é de magistrados, pelo que as percepções e prática dos peritos não são directamente perceptíveis; (2) como as decisões, mais ou menos sucintas, surgem sob a forma de um texto escrito sujeito a um rígido figurino de regras processuais/procedimentais e expressões tabelares, não deixando transparecer os processos e as interações que lhes estão subjacentes.

Assim, impôs-se a necessidade de ouvir as “vozes” de quem participa nas decisões, pelo que foram realizadas mais seis entrevistas: a três membros da magistratura e a três peritos psicoforenses. As entrevistas foram semi-directivas, com a utilização de um guião de entrevista³⁰, e através delas procurou-se resposta a questões não respondidas pela análise documental.

O conceito central deste trabalho é a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, pelo que é à sua volta (fundamento, definição, evolução, consagração legal, entendimento,

²⁹ Cf. Anexo II.

³⁰ Cf. Anexo III.

aplicação) que se desenrolou. Analisar a questão da inimizabilidade implica, no entanto, uma reflexão sobre outros dois conceitos que estão intimamente ligados: o conceito de imimizabilidade diminuída e o conceito de perigosidade. No primeiro caso, a discussão é similar à que encontramos para a inimizabilidade, a que acrescentam algumas especificidades. O segundo caso, por sua vez, é essencial para compreender a aplicação da medida de segurança enquanto resposta do sistema à situação de inimizabilidade penal em razão de anomalia psíquica.

O texto da dissertação estrutura-se em torno destes três conceitos. No primeiro capítulo, discuto da questão da inimizabilidade, apresentando os modelos teóricos para a sua definição e analisando em detalhe a sua aplicação no sistema penal português, bem como da imimizabilidade diminuída, nos mesmos moldes. O capítulo seguinte centra-se na questão da perigosidade, que é para o direito penal o fundamento da aplicação da medida de segurança. Nesse ponto do texto, afigurou-se necessário um enquadramento teórico crítico adicional perante as questões levantadas, com o qual se inicia a análise. A conexão entre a perigosidade e a inimizabilidade, bem como a interpretação e aplicação do conceito, tanto na doutrina (de ambos os saberes) como na prática forense e na prática judiciária, são tratadas em seguida. Num segundo momento desse capítulo, a medida de segurança ganha relevância, havendo lugar para uma análise das práticas pericial e judicial, precedida de uma resenha analítica da génese e evolução legal desta figura³¹. Finalmente, as questões transversais a estes dois capítulos são abordadas no capítulo final da dissertação, no âmbito de uma resenha das principais conclusões emergentes deste trabalho. Nesse espaço, procuro delinear os pontos de encontro e de desencontro relativos às temáticas abordadas, terminando com uma reflexão mais alargada a respeito de algumas das problemáticas. Assim, neste capítulo conclusivo procedo a uma análise global dos enquadramentos jurídico e psicoforense dos diferentes conceitos, assim como da sua interpretação e aplicação pelos diferentes actores do sistema. De seguida, ofereço uma visão panorâmica das relações, encontros e desencontros que se estabelecem entre estes actores. Termino o trabalho com uma reflexão sobre a relação entre saberes e poderes, e do seu impacto no controlo social.

³¹ Note-se que, estando uma análise detalhada da execução da medida de segurança fora do âmbito desta dissertação (o que significaria debruçar-me sobre a “outra face da moeda”, i.e., responder à questão de como é entendida e executada a medida de segurança pela clínica portuguesa), não pude deixar de fazer algumas referências a propósito da operacionalização do conceito de perigosidade. Para ser possível uma tal análise detalhada, este trabalho tornar-se-ia demasiado longo, ultrapassando em muito o limite de páginas imposto. Por essa razão, acabei por não recolher decisões dos tribunais de execução das penas e das medidas de segurança. A análise documental – breve – que faço da execução da medida de segurança cinge-se às decisões dos tribunais superiores recolhidas que tenham referências a esse respeito, que analiso essencialmente do ponto de vista do direito e da interpretação e aplicação do conceito de perigosidade pela magistratura, complementadas pelas entrevistas realizadas e por informação constante da literatura especializada. Ressalvo que não tem a pretensão de ser exaustiva, pois para tal necessitaria de uma abordagem metodológica diferente.

I. E SE NÃO HÁ CULPA? A INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO E CLÍNICA

Em direito penal, a “ausência de culpa” é também denominada inimizabilidade e consiste na qualidade daquele indivíduo que não pode ser responsabilizado criminalmente pelos seus actos, seja em razão da idade, seja em razão de anomalia psíquica. É do segundo caso, no qual direito e clínica, enquanto formas de controlo social, se encontram, que me ocupo nesta dissertação.

Quando no julgamento de um crime se configura uma situação de inimizabilidade, este deixa de ser apenas uma questão jurídica, limitada a actores judiciários. O campo abre-se a outros actores: os peritos. Entre estes, destacam-se os psiquiatras, que não surgem apenas como clínicos, porquanto são chamados a assumir a luta contra os “perigos sociais” do (crime cometido pelo) indivíduo com doença mental. nas páginas que se seguem, procuro aferir como o sistema jurídico-penal vai definir e aplicar conceitos como “inimizabilidade”, “anomalia psíquica”, ou “inimizabilidade diminuída”. Analiso, de que modo os diferentes actores e os respectivos saberes agem e interagem neste processo, discutindo o seu impacto nas formas de controlo social.

I. A INIMIZABILIDADE EM RAZÃO DE ANOMALIA PSÍQUICA: MODELOS DE DEFINIÇÃO E DE DECISÃO

Quando se discute a inimizabilidade em razão de anomalia psíquica, o papel de cada interveniente na declaração de inimizabilidade depende das opções legislativas de um dado sistema jurídico num dado momento temporal. Como explica Holstein,

[o]s tribunais são (...) contextos multipartidários³², que implicam uma variedade de locutores, mas as regras processuais indicam os limites do processo, especificam que partes têm legitimidade para intervir e pré-determinam as suas formas de participação (2005: 702).

São, assim, relevantes neste contexto dois tipos de modelo: (1) o que define as suas causas/fundamentos – modelo substantivo de declaração de inimizabilidade; (2) e o que define quem é competente para fazer essa declaração – modelo processual de declaração de inimizabilidade³³. Procurarei fazer nas páginas seguintes uma resenha breve de ambos, o que

³² No sentido de haver diversas partes, ou seja, sujeitos processuais.

³³ Esta categorização (“modelos substantivos” e “modelos processuais”) é da minha autoria, e com ela pretendi agrupar e simplificar as formulações e distinções operadas por autores diversos, que falam em modelos, paradigmas, fórmulas teóricas, etc., de acordo com os seus efeitos práticos.

permitirá delinear o enquadramento legal no qual os actores se movem, de forma a compreender como o conceito é interpretado e aplicado.

I. I. MODELOS SUBSTANTIVOS DE INIMPUTABILIDADE: DELIMITAÇÃO DO CONCEITO

Os ordenamentos jurídicos foram aplicando o(s) conceito(s) de “inimputabilidade” ou “ausência de culpa” em razão de anomalia psíquica ao longo dos tempos. Pelo que podem ser observados diferentes modelos substantivos de declaração de inimputabilidade. Os diferentes autores referem-se tanto a “modelos” como a “métodos” ou mesmo “fórmulas legislativas”, existindo múltiplas catalogações que se sobrepõem. Nesta resenha, optei por seguir a divisão mais comum, estabelecida pelo psiquiatra forense espanhol Saldaña (1925, *apud* Ayala, 2003), em: (a) modelo biológico, psiquiátrico, naturalista, descritivo ou etiológico; (b) modelo psicológico ou valorativo; c) modelo misto ou psicológico-normativo. Embora existindo vários sub-tipos dentro de cada modelo, os quais para mais variam e se sobrepõem entre escolas/autores/épocas, optei pela divisão “clássica” de Saldaña, de forma a oferecer em poucos parágrafos um mapa suficientemente detalhado para orientar a discussão³⁴.

No primeiro modelo, para uma declaração de inimputabilidade é condição única e suficiente o diagnóstico clínico que confirme a existência de uma doença mental. Os efeitos desta na consciência ou vontade do indivíduo não são relevantes. Tal como explica Oneca, o modelo psiquiátrico “apenas alude à patologia mental sem tomar em consideração os seus efeitos” (1949: 324, *apud* Ayala, 2003). Este modelo floresceu no seio de uma concepção positivista das ciências humanas, pelo que a “ausência de culpa do agente” se fundava, silogisticamente, nos requisitos de uma idade mínima e de “um mínimo de saúde mental” (Dias, 2007: 562). É apreciada pela certeza e segurança que, de forma tipicamente positivista, oferecia, tanto pela psiquiatria forense (Ayala, 2003: 61), como pelos penalistas: nas palavras de Dias, “esta concepção tinha o mérito de ser simples e precisa” (2007: 562).

Para o segundo modelo, diametralmente oposto ao anterior, o que é relevante para uma declaração de inimputabilidade é a capacidade do indivíduo, ou falta dela, para se deixar motivar pelas exigências do direito no momento em que o crime é cometido, ou seja, o “poder” ter actuado de outro modo, independentemente da causa (Dias, 2007: 564-566). Aqui, a exclusão da culpa advém exclusivamente da constatação da inexistência/anulação das faculdades intelectuais ou volitivas, independentemente da sua causa. Por isso Puig explica: “as

³⁴ Para uma resenha exaustiva dos códigos penais que seguiram e seguem as diferentes concepções/modelos substantivos, cf. Ayala, 2003: 60 e ss.

fórmulas psicológicas referem-se exclusivamente ao efeito de inimputabilidade no momento do facto, sem exigir uma anomalia psíquica do sujeito” (1996: 577, *apud* Ayala, 2003). Assim se vê como este modelo apresenta um forte corte com o anterior, de índole exclusivamente psiquiátrica/anatómica/ naturalística, podendo mesmo dizer-se que é o seu oposto.

O(s) modelo(s) misto(s), como o nome indica, associa(m) os dois anteriores. Assumindo diferentes denominações e formulações ao longo dos anos e de autor para autor, sistema para sistema, etc., oferece(m) uma síntese dos modelos psiquiátrico e psicológico, variando apenas o grau de importância dos elementos correspondentes a cada um. Este modelo, em que os dois factores ou critérios se complementam, ao invés de se excluírem, é o corrente na maioria dos códigos penais da actualidade. Foi sofrendo evoluções ao longo dos anos, aparecendo com pequenas variantes nos diferentes diplomas³⁵.

Comum a todos é a existência de dois requisitos oriundos dos outros dois modelos teóricos, a que se associa um terceiro, de cariz jurídico. Possui, assim, três requisitos, de carácter “psiquiátrico”, “psicológico” e “normativo”, respectivamente, como refere Bordes (1996): (1) uma causa biológica-psiquiátrica, (2) que actua sobre a psique do sujeito (3) incapacitando-o para compreender o carácter ilícito do acto e determinar-se segundo a sua apreciação (*apud* Ayala, 2003: 73).

Como principais benefícios de uma fórmula mista ou mitigada, aponta-se que assim se acrescenta o que estava em falta em ambos os modelos “puros” ou “teóricos”: (a) ao puramente biológico (que se basta com o diagnóstico de uma doença mental por parte da

³⁵ Um modelo com estas características é referenciado de várias formas: biológico-psicológico, bio-psicológico, psíquico-normativo, bio/psicopatológico-psicológico, psiquiátrico-psicológico, biológico-normativo, psiquiátrico-psicológico-jurídico, psiquiátrico-jurídico-pragmático, ou simplesmente jurídico. Actualmente, o termo “psicológico-normativo” é o aceite pela generalidade dos autores da psiquiatria forense e do direito penal. Até há pouco tempo, os autores forenses faziam alusão a elementos “psiquiátricos” e “psicológicos” neste modelo, na sequência dos dois modelos anteriores, de que esta fórmula mitigada seria a síntese. É essa a terminologia tradicional, por isso mesmo utilizada por mim nesta pequena resenha, mas que parece estar a ser abandonada (ou pelo menos discutida), por ser considerada demasiado restritiva, como explica Neves: “O entendimento dominante nos nossos dias vai em sentido diferente: nem só os distúrbios mentais de origem orgânica podem ser considerados forma de doença, nem as referências à capacidade de entender a ilicitude e decidir-se em conformidade pode ser considerada apenas uma alusão a prestação psíquicas” (2008: 24). Este modelo é, assim, actualmente denominado de “psicológico-normativo”, visto que a faculdade de compreender a ilegalidade da própria actuação e em conformidade decidir actuar ou não daquele modo é vista como uma “característica normativa” (Neves: 2008; Welzel, 1970; Jakobs, 1995). Penalistas como Figueiredo Dias falam ainda de um “paradigma compreensivo” (Dias, 2007: 566-574). Seguindo a resenha de Neves (2008: 24 e ss.), a opção pelo conceito “biológico” adveio da perspectiva de que para efeitos forenses “só poderiam ser consideradas (...) as anomalias que tivessem origem em doença ou deformação de natureza física, como acontece com as lesões cerebrais de origem traumática ou a demência resultante de arteriosclerose (o chamado conceito médico de doença mental de K. Schneider)”. A “expressão «elemento psicológico» era usada por se entender que a referência à capacidade para entender a ilicitude e para agir em conformidade incidia apenas sobre a possibilidade de efectuar determinadas prestações psíquicas, a observar empiricamente”. A sua génese advém de vários autores terem entendido que “não é suficiente a existência e a prova de um transtorno mental ou uma patologia cerebral, sendo imprescindível demonstrar que tal entidade nosológica afectou significativamente a capacidade do sujeito para compreender a ilicitude do seu acto ou para ter actuado de uma forma diferente (faculdades cognitivas e volitivas, segundo a terminologia em uso)”, tal como explica o psiquiatra Rodríguez (2000: 118-119, *apud* Neves, 2008).

psiquiatria), a relação com o alcance da sua gravidade e o seu significado para o facto (ilícito, i.e., o crime) concreto; (b) ao puramente psicológico (que se basta com a impossibilidade do indivíduo compreender a legalidade do facto e actuar em conformidade), o factor “biológico” (a existência de uma doença mental), que confere uma maior concretização e, em consequência, maior certeza e segurança jurídicas (Dias, 2007; Jescheck e Weigend, 2002; Mir, 1983, *apud* Ayala, 2003).

O caso português

A primeira referência a uma ideia de “inimputabilidade” no ordenamento jurídico português encontra-se nas Ordenações Afonsinas, onde se prescreve:

[S]e achar que disse mal com bebedice ou sendo desmemoriado ou sandeu deve-o escarmentar de palavra, sem outra pena, pois que o fez estando desapoderado do seu entendimento (Tomo III).

Séculos depois, Portugal não foge à regra neste campo e encontramos no código penal português actualmente em vigor, datado de 1982, uma descrição da “incapacidade de culpa” – da inimputabilidade – em razão de anomalia psíquica de tipo misto.

A redacção do artigo 20.º, do código penal, que regula a inimputabilidade, mantém-se intocada desde a sua entrada em vigor. A opção legislativa final, tomada no pós-25 de Abril, já tinha gerado grandes discussões prévias no seio da comissão reunida para a elaboração de um novo código penal, quase vinte anos antes. De entre as questões discutidas na Comissão de Revisão (cf. as respectivas Actas, publicadas no Boletim do Ministério da Justiça n.º 127, de Junho de 1963), destaco a opção pelo conceito de *anomalia psíquica*, que veio substituir o termo *loucura* anteriormente utilizado, por se entender ser “mais lato e menos clínico”, deixando por essa via maior liberdade ao decisor.

Lê-se nas Actas da Comissão de Revisão em 24 e 25 de Janeiro de 1964 e na Nota Informativa sobre o Projecto de Parte Geral do Código Penal de 1963 que a forma como o actual artigo 20.º se encontra redigido se deve ao facto de os membros da comissão terem entendido “que não compete ao direito penal tomar partido em questões puramente médicas, sendo preferível optar por um critério lato de forma a permitir uma definição puramente normativa da mesma” (posição defendida por Maia Gonçalves). Desta forma, o texto da lei acabou por se manter afastado de querelas teóricas, mais ou menos datadas, e oriundas de diferentes saberes, oferecendo à prática judiciária a possibilidade de conformar o conceito de inimputabilidade em consonância com as situações concretas e os indivíduos concretos. À data, e à semelhança das nossas matrizes penalística e psiquiátrica (ambas de raiz

alemã), os membros da comissão entenderam que a formulação legal que vingou, e que é actualmente vigente, era a que maior margem de adaptabilidade deixava ao julgador, em detrimento da opção por uma concreta corrente de pensamento, naturalmente mais restritiva. O código penal alemão, por exemplo, oferece uma solução descomprometidamente similar, embora falando em “ausência de culpa” ao invés da terminologia “inimputabilidade”. Figueiredo Dias, membro da Comissão e, como discípulo de Eduardo Correia, um dos pais do código penal democrático de 1982, explicou da seguinte maneira a opção tomada:

[S]e bem que deva reconhecer-se que assim se torna mais difícil obter uma apreciável certeza na aplicação, esta decisão legislativa pode reivindicar em seu favor boas razões. Não basta que exista doença mental, pois ela não dita de forma soberana que exista inimputabilidade, sendo necessário que se prove que esta torna o agente incapaz de uma avaliação/determinação perante o ilícito (BMJ n.º 127).

Chegámos assim ao actual artigo 20.º, n.º 1, do código penal português, que apresenta a epígrafe “Inimputabilidade em razão de anomalia psíquica”. Este normativo prescreve o seguinte:

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.

Almeida (2000), numa posição minoritária (rebatida neste ponto, de forma detalhada, por Neves, 2006) vê na previsão legal do código penal português uma enorme – e excessiva, em seu entender – amplitude do conceito de inimputabilidade. Esta autora considera na actualidade a existência, do ponto de vista teórico, de duas opções legislativas: (1) um “modelo restrito de inimputabilidade”, em que apenas pode haver inimputabilidade quando o agente do crime é portador de doença mental (“anomalia psíquica”), comete um crime relacionado com tal patologia, e fá-lo em razão directa de tal patologia; vs (2) um “modelo lato de inimputabilidade”, em que qualquer forma de alteração do estado mental do indivíduo pode ser fundamento de inimputabilidade. Esta autora manifesta o seu “desagrado teórico” pelo “modelo amplo” tal como o concebe, por entender ser extremamente perigoso: o seu maior receio prende-se com a possibilidade de um tal modelo ser explorado numa sociedade “que não tolera o dissenso e o modo de ser diferente dos indivíduos, tratando como doentes aqueles que não se enquadram nos padrões de comportamento tolerados ou que são simplesmente doentes” (2000: 44). No entanto, ao fazer uma análise de jurisprudência publicada sobre a temática, esta autora acaba por concluir que, na prática, a presença de uma doença mental acaba por ser sempre necessária no nosso modelo legal, por essa forma chegando ao mesmo resultado, embora seguindo outro caminho.

Outros penalistas, como Albuquerque, expressam a opinião de que “[o] conceito de anomalia psíquica é utilizado em sentido amplo, incluindo o consumo de estupefacientes e as perturbações da consciência” (2008: 284). Dias, por seu turno, define “anomalia psíquica” como “todo e qualquer transtorno ocorrido ao inteiro nível do psíquico, adquirido ou congénito” (2007: 575). No entanto, logo a seguir a esta definição apresenta um catálogo das “anomalias psíquicas” (detalhado mas muitas vezes desactualizado face à psiquiatria e à psiquiatria forense) que podem fundamentar uma declaração de inimputabilidade, divididas nas seguintes categorias: “as psicoses”; “a oligofrenia”; “as psicopatias, as neuroses e as anomalias sexuais”; “as perturbações profundas da consciência” (Dias, 2007: 575 e ss.).

A possibilidade de termos entre nós um “modelo amplo” (usando o termo de Almeida) é dissecada por Neves (2006) numa obra relativa aos crimes passionais. Este autor conclui que um tal modelo, na ausência de normas escritas que directamente o indiquem, não pode existir e não existe efectivamente entre nós.

Partilho a análise de Neves, pois não só a forma como está elaborado o artigo 20.º, do código penal português, não nos permite ver directamente um “modelo amplo” (com as características apontadas por Almeida), como a densificação operada pela doutrina não consegue preencher esse vazio. Exemplo de um ordenamento jurídico em que se encontra claramente consagrado um “modelo substantivo amplo” é o espanhol, onde relevam as “anomalias ou alterações psíquicas, intoxicações por álcool, drogas ou síndrome de abstinência ou alterações da percepção desde o nascimento”, nos termos da lei (artigo 20.º, do código penal espanhol), o que não sucede no caso português³⁶.

Verei nas páginas seguintes como o conceito de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, com as características apontadas, e respectivos critérios são interpretados e aplicados pela magistratura portuguesa.

I.2. MODELOS PROCESSUAIS DE INIMPUTABILIDADE: ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Quem e como é competente para decidir? Podem ser delineados, em abstracto, três modelos processuais de inimputabilidade: a) um modelo processual clínico, no qual a competência para a declaração de inimputabilidade é do perito; b) um modelo processual normativo, no qual esta é do juiz; c) um modelo processual misto, que conjuga características de ambos e em que

³⁶ Para maior detalhe acerca do modelo substantivo de inimputabilidade em Espanha, cf. González (2010).

a competência para decidir pertence ao juiz, mas depende de uma avaliação prévia por parte de um perito³⁷.

O modelo processual misto é o mais comum nos ordenamentos jurídicos actuais, assumindo diferentes configurações³⁸. Tratando-se a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica de um conceito “puramente legal”, entendem juristas e psiquiatras forenses que, “como tal deve determiná-lo o julgador” (González, 2010: 187-188)³⁹.

Dias (2007) concretiza esta ideia, dividindo de forma mais detalhada as responsabilidades decisórias: (1) para a aferição do “substrato biopsicológico” (composto pelos requisitos “biológico ou psiquiátrico” e “psicológico”), “a primeira e mais importante palavra pertence aos peritos das ciências do homem, sendo aí diminuta, para não dizer nula, a capacidade de crítica material por parte do juiz” (2007: 573); (2) para a aferição do chamado “elemento normativo” da inimputabilidade (nos termos da lei, a “a capacidade de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com essa avaliação”), apesar de o apoio dos peritos ser essencial, “a última palavra pertencerá sempre ao juiz e a sua capacidade de crítica material será irrestrita, nesta parte e medida continuando a caber-lhe com justeza o cognome de *peritus peritorum*” (2007: 574).

Referindo-se à função do perito forense neste âmbito, González é da opinião que este

não deve manifestar-se sobre a imputabilidade do sujeito, não é missão sua informar o tribunal sobre se o sujeito é imputável ou inimputável, mas apenas informar sobre o aspecto médico de tal conceito, sobre a integridade das condições psicobiológicas no momento de cometer a acção. E será o julgador quem determina sobre a sua imputabilidade como entenda por conveniente segundo a informação fornecida pelo perito e a legislação vigente (2010: 188).

O caso português

Da análise do sistema jurídico-penal português resulta que também este acolhe um modelo processual de inimputabilidade do tipo misto. Mas aqui a “mitigação” característica do sistema processual misto é como que levada ao extremo, já que acaba por cair num modelo clínico de *facto*.

A “legislação vigente” que González refere acaba por criar essa cambiante no nosso sistema. Vejamos, com maior detalhe, como o processo decisório é delineado na lei – processual – escrita.

³⁷ Para maior detalhe sobre modelos processuais, cf. Almeida (2000).

³⁸ Para maior detalhe, cf. Almeida (2000) e Ayala (2003).

³⁹ No mesmo sentido, cf. Calabuig (2004: 916).

A regra geral de valoração das provas, consagrada no artigo 127.º, do código de processo penal, é a da livre apreciação pelo julgador. Prevê-se, contudo, uma excepção em relação à prova pericial, dado que esta se presume estar “subtraída à livre apreciação do juiz” (artigo 163.º, n.º 1)^{40 41}. Deste modo, a declaração de inimputabilidade cabe ao juiz, enquanto decisor, mas visto que é necessária prova forense para tomar e fundamentar a decisão, o juiz não pode decidir contrariamente a essa mesma prova forense, a não ser que determine a realização de outra perícia, ao abrigo do artigo 158.º, no. 1, alínea b), do código de processo penal (o que redundaria no mesmo), ou que fundamente a sua divergência. Em que termos pode fundamentar a sua divergência? Como explicam Simas-Santos e Leal-Henriques,

o juízo científico ou parecer só é passível de crítica que seja também material e científica. O tribunal colocado perante um juízo cientificamente provado, se bem que guarde a sua liberdade de apreciação de provas, terá de o apreciar cientificamente (1999: 831).

O que sucederia se o juiz fosse simultaneamente um perito psiquiatra forense, o que parece ser uma hipótese meramente académica. O *peritus peritorum* de que falava Dias (2007: 574), referindo-se ao juiz, acaba, portanto, por ser quase substituído/suplantado pelo perito. Pedindo emprestado um trocadilho de Jeuland (*apud* Dupret, 2005: 621), neste caso a jurisdição do tribunal (“*juris-dictio*”) dá lugar a uma jurisdição do perito (“*audit-dictio*”), já que o perito não se limita a emitir uma opinião ou parecer científico, é o perito que na prática decide. O poder atribuído às ciências psicoforenses, neste caso, evidencia a psiquiatrização da justiça e dos tribunais.

Abaixo procederei à análise da interpretação e aplicação pelos actores do conceito de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, discutindo como este modelo “ultra-mitigado” funciona na prática, em relação com o modelo substantivo.

1.3 DEFINIÇÃO DE INIMPUTABILIDADE

A inimputabilidade em razão de anomalia psíquica é um conceito exclusivamente jurídico, embora necessitando de conhecimentos de outros campos para a sua operacionalização.

⁴⁰ “Artigo 163.º – Valor da prova pericial

1 – O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador.

2 – Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência.”

41 É longa no âmbito do processo penal a discussão acerca do alcance desta norma, isto é, se se trata de uma presunção ou não, e, sendo-o, se se trata de uma presunção *iuris tantum* (ilidível) ou *iuris et de iure* (inilidível). O resultado prático para esta discussão é o mesmo, pelo que me abstenho de a detalhar. Para mais detalhes, cf. Maia Gonçalves (1998: 372 e ss.), Ribeiro (2000: 336 e ss.); Leal-Henriques e Simas Santos (2004: 558 e ss.); Silva (1996: 153 e ss.). Para mim, trata-se de um meio de prova que embora não tendo valor probatório pleno, tem um valor presuntivo pleno, portanto aportando uma presunção *iuris tantum* ou ilidível, que pode ceder perante contra-argumentação.

Tanto os termos “inimputabilidade” como “anomalia psíquica” têm natureza normativa, não biológica ou clínica. Apesar de radicado em outros saberes (com preponderância da psiquiatria forense), é definido pelo direito e para o direito: em suma, “um conceito estritamente jurídico” (González, 2010: 18). No mesmo sentido, Calabuig precisa, classificando-o como “um conceito jurídico de base psicológica” (2004: 918).

Os diferentes actores falam todos do mesmo ao referirem-se à “inimputabilidade em razão de anomalia psíquica”? Em que consiste este conceito efectivamente? E como é avaliado?

Para a doutrina penal portuguesa⁴², os requisitos do artigo 20.º, n.º1, do código penal português, são três, e podem ser resumidos da seguinte forma: (1) o primeiro requisito consiste na “conexão biopsicológica da inimputabilidade”⁴³, ou seja, o agente sofre de uma anomalia psíquica; (2) o segundo requisito consiste na “conexão normativo-compreensiva”, ou seja, a não-consciência ou a incapacidade de agir de outro modo⁴⁴; (3) o terceiro requisito consiste na “conexão fáctica, típica ou temporal”, que redundará no facto de os outros dois requisitos se verificarem no momento da prática do facto (estudo detalhado em Dias, 2007: 581-583). De acordo com a definição do psiquiatra forense Calabuig, a inimputabilidade consiste

[n]o conjunto de condições psicobiológicas das pessoas requeridas pelas disposições legais vigentes para que a (sua) acção seja compreendida como causada psiquicamente e eticamente por aquelas (2004: 917).

Lendo esta definição *a contrario*, encontramos na primeira secção os dois critérios “psiquiátrico” e “psicológico” e na segunda secção o critério “normativo”. Esta definição, seguida pela generalidade dos autores e referida nos manuais práticos de psiquiatria forense, conjuga-se perfeitamente com a definição que é dada pelo direito. Vemos, portanto, que, pelo menos do ponto de vista teórico, ambos os saberes entendem o conceito de “inimputabilidade em razão de anomalia psíquica” do mesmo modo, com o direito a acolher uma visão eminentemente clínica desta realidade. É assim evidente a contaminação do direito penal pela medicina, mais propriamente, da psiquiatria.

Para a avaliação de uma situação concreta por parte do perito psiquiatra forense são convocados vários conjuntos de critérios, construídos por diferentes autores da sua área. Por exemplo, aquele que é visto como mais “clássico” é o de Simonin, que considera ser necessária a conjugação de duas condições para se apurar a inimputabilidade de um indivíduo:

⁴² Para maior detalhe, cf., por todos, Dias (2007).

⁴³ Cf. estudo detalhado em Dias (2007: 574-579).

⁴⁴ Cf. estudo detalhado em Dias (2007: 579-581).

(1) inteligência ou discernimento; e (2) livre vontade ou liberdade. O conjunto de critérios mais seguido pelos peritos (visto actualmente como “o mais consensual”, desenvolvido por Calabuig, cf. Teixeira, 2006a: 8-9; González, 2010: 187-188) aponta quatro condições para se definir a inimputabilidade: (1) um estado mínimo de maturidade fisiológica e psíquica; (2) plena consciência, por parte dos sujeitos, dos actos que se realiza; (3) capacidade de voluntariedade (4); e capacidade de liberdade⁴⁵ (Calabuig, 2004: 917).

Mas qualquer que seja o conjunto de critérios adoptado, o resultado (o parecer sobre a imputabilidade ou inimputabilidade do arguido) será atingido quando

[e]stando definidas pelo perito as situações clínicas que o agente é portador importa saber se essas condições são necessárias e suficientes para produzirem uma alteração substancial da responsabilidade penal no momento do cometimento do acto em juízo (Teixeira, 2006a: 9).

2. O USO DA INIMPUTABILIDADE

Nesta secção debruço-me especificamente sobre as formas pelas quais a possibilidade de se estar perante uma situação de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, determinando a absolvição do arguido e eventual aplicação de uma medida de segurança, surgem no âmbito de um processo-crime.

Antes de mais, é necessário fazer alguns esclarecimentos quanto às possibilidades de ser levantada a questão da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica no ordenamento jurídico-penal português. O enquadramento facultado pelo código de processo penal e as faculdades que o mesmo confere a determinados sujeitos são as seguintes: nos termos do artigo 151.º, do código de processo penal, “a prova pericial tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”, incluindo-se aqui a perícia médico-legal psiquiátrica e psicológica. Nestes casos, o tribunal (o magistrado do Ministério Público na fase de inquérito, ou o magistrado judicial nas fases processuais subsequentes, incluindo o julgamento) encaminha para o Instituto Nacional de Medicina Legal a realização dessa perícia, quando se levantem suspeitas a respeito da imputabilidade do arguido ou arguida. A par destes operadores, a perícia também poderá ser requerida por actores que não os judiciais, tal como prescreve o código de processo penal:

A perícia psiquiátrica pode ser efectuada a requerimento do representante legal do arguido, do cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens ou dos descendentes,

⁴⁵ Enquadrados, por sua vez, em três critérios: (a) qualitativo, com referência às funções psíquicas afectadas, cognitivas e volitivas; (b) quantitativo, com referência à intensidade ou gravidade das alterações; (c) cronológico, com referência à coincidência temporal entre a perturbação e os factos imputados. Para maior detalhe, cf. Teixeira (2006a; 2006b)

ou, na falta deles, dos ascendentes, adoptantes, adoptados ou da pessoa que viva com o arguido em condições análogas às dos cônjuges (artigo 159.º, n.º 3).

Os dados empíricos utilizados nesta análise são as decisões da primeira instância e das instâncias de recurso, visto que em todos os processos da primeira instância consultados e num número considerável de acórdãos dos tribunais superiores essa informação estava disponível. A panorâmica oferecida pela análise documental foi complementada pelas entrevistas realizadas, que vieram, de um modo geral, corroborar a informação já disponível.

O trabalho empírico revela que a mobilização do conceito de inimputabilidade penal em razão de anomalia psíquica pode ser feita de diversas formas, tanto por entidades estatais (tais como órgãos de polícia criminal, magistrados, funcionários dos serviços prisionais ou reinserção social), como pela defesa ou família do arguido. Informação sobre uma doença do foro mental previamente diagnosticada, bem como a maior ou menor proactividade dos operadores judiciais directamente envolvidos no processo (polícias, magistrados, advogados), surgem como os factores que mais determinam o resultado do processo.

Desde logo, havendo historial do arguido no tribunal em causa, normalmente com processos de internamento compulsivo anteriores que correram ali termos. Também ocorrem situações em que o arguido foi já declarado inimputável (ou imputável diminuído) em outro processo ou processos-crime, naquele ou noutra tribunal. A existência de patologia do foro mental prévia documentada, com ou sem períodos de internamento, é também fonte de conhecimento oficioso (i.e., sem que qualquer parte processual – arguido ou assistente – suscite a questão) por parte do tribunal, levando à requisição de perícias psicoforenses. Nestes casos, a questão é levantada mas nem sempre é garantia de declaração, sem mais, de inimputabilidade: os decisores são peremptórios em afirmar que “cada caso é um caso” (expressão bastas vezes repetida durante as entrevistas) e que o estado de inimputabilidade respeita exclusivamente à prática do crime ou crimes em causa. Surgem situações em que é a conduta que o arguido apresenta quando detido pelos agentes policiais ou quando presente aos magistrados (forma de se expressar e comportar, coerência do discurso, linha de raciocínio, expressão corporal, postura perante o cometimento do crime) que levanta suspeitas e leva a que seja requerida prova pericial. A maior ou menor proactividade e sensibilidade dos magistrados e agentes policiais para estes problemas revela-se decisiva. Por vezes é o relatório social da Direcção-Geral de Reinserção Social que primeiramente aponta no sentido da existência de razões para a inimputabilidade do indivíduo. Há ainda situações documentadas em que é o pessoal do Estabelecimento Prisional em que o arguido cumpre prisão preventiva ou efectiva (no caso de estar a cumprir pena por crime anterior) que,

perante o seu comportamento, levantam a questão no tribunal, remetendo ofício comunicando ocorrências para efeitos de se apreciar a eventual inimputabilidade.

A actuação dos tribunais caracteriza-se por uma enorme heterogeneidade, havendo decisões nas quais o facto de o indivíduo padecer de anomalia psíquica grave, previamente diagnosticada e documentada, não leva sequer a que sejam requeridas provas periciais, deixando imediatamente de lado a questão de uma eventual inimputabilidade. A este respeito, no caso n.º 119⁴⁶, encontra-se um acórdão do STJ no qual são anuladas as decisões anteriores, voltando o processo à primeira instância depois de anulada a condenação num processo em que a possibilidade de se estar perante uma situação de inimputabilidade não foi tida em conta pelo tribunal de condenação, não sendo requerida qualquer perícia. Nessa situação, o relatório social tinha apontado no sentido da existência de uma patologia do foro mental grave, eventualmente criadora de inimputabilidade, mas não foi tomado em consideração.

Finalmente, a par da actuação oficiosa do tribunal ou de outras entidades estatais (Serviços Prisionais, Direcção-Geral da Reinserção Social) surgem os casos em que é o arguido – a sua defesa – a levantar a questão. A reacção dos tribunais é igualmente variada nestes casos, indo desde o indeferimento liminar de qualquer requerimento de provas periciais para atestar a personalidade e características psíquicas do arguido, rejeitando sem mais debruçar-se sobre a possibilidade de se estar perante uma situação de inimputabilidade, até à aceitação de sucessivos requerimentos de prova adicionais⁴⁷.

Nas entrevistas surge a percepção de que as situações em que a mobilização é feita pela defesa do arguido têm vindo a aumentar nos últimos anos, e essas são em geral as situações em que o parecer acaba por ser negativo.

Nos últimos anos tem havido uma explosão de pedidos sem que existam motivos justificados para suspeitar de que há uma anomalia psíquica, como dizem os juristas. Tem havido um abuso de pedidos de perícias nos últimos anos. (...) Muitos desses pedidos que não são muito justificados são pedidos por advogados. [entrevista 2 – perito]

[M]uitos pedidos desses que são assim sem grandes fundamentações evidentemente que são os mandatários. Às vezes à última da hora tiram um atestado da cartola. São manobras dilatórias... [entrevista 4 – perito]

De facto, em alguns casos analisados, surgem divergências entre um parecer proveniente do Instituto Nacional de Medicina Legal e a posição de um perito privado, contratado pelo arguido, o que pode indiciar uma estratégia de defesa que passa pela utilização de manobras

⁴⁶ Tal como referido na introdução, a listagem dos 179 casos encontra-se no Anexo I.

⁴⁷ É a situação encontrada em um dos processos consultados na primeira instância (caso n.º 2), em que o julgamento foi sendo sucessivamente adiado ao longo de três anos por essa via.

dilatórias com vista à obtenção de uma absolvição, ou pelo menos à prescrição do procedimento criminal.

Observam-se aqui diferentes tendências, que se interrelacionam: (1) um aumento no número de perícias pedidas ao longo dos últimos anos; (2) um aumento no número de perícias pedidas pela defesa do arguido; (3) quando a questão da inimizabilidade é levantada pela defesa, a pertinência do pedido de perícia e a existência de uma situação de inimizabilidade são mais raras; (4) as situações em que o parecer do perito é negativo (i.e., em que este entende não haver uma situação de inimizabilidade) têm, em geral, origem no/a advogado/a de defesa do arguido e não em entidades judiciais ou outras entidades estatais.

Uma outra constatação é que quando as dúvidas a respeito da inimizabilidade do arguido são levantadas pela sua defesa e/ou é apresentado um parecer de um perito particular, que pretende uma declaração de inimizabilidade, a decisão não é, via de regra, a de inimizabilidade, mas de imputabilidade diminuída. Que na prática não tem qualquer efeito ao nível da escolha e do cômputo da pena. Ou seja, parece que o julgador segue esta via para evitar recursos e/ou decisões anuladas (em sentido amplo), por não ter tomado em consideração a opinião de um perito, mas fá-lo apenas de forma aparente e sem consequências práticas⁴⁸.

Nestes casos de mobilização pela defesa do arguido, a qualidade do seu defensor e, mais do que isso, as suas capacidades económicas (se um advogado especializado é caro, um perito privado também) serão factores decisivos⁴⁹.

Por essa razão, a importância de haver um serviço público de perícias foi destacada nas entrevistas, com os seguintes argumentos: (1) por uma questão de igualdade de acesso (foi recorrentemente referido como as perícias privadas são caras); (2) por os operadores entenderem ser a única forma de garantir neutralidade⁵⁰. Nas palavras de um entrevistado:

É evidente que a perícia privada costuma ser bastante benevolente e um bocado tendenciosa. Por isso é que o nosso sistema não contempla isso. As perícias que eu... normalmente os peritos particulares costumam ser muito tendenciosos. (...) Quem paga paga, não é? É evidente que é complicado ser contratado por alguém e depois dizer que

⁴⁸ São exemplos desta tendência: caso n.º 123; caso n.º 129; caso n.º 152.

⁴⁹ No já referido caso n.º 2, a arguida, defendida por um advogado de renome nacional, alega “sofrer de cleptomania”, surgindo ao longo do processo pareceres sucessivos e contraditórios que confundem os juizes. Até à data em que esta dissertação foi escrita, a magistrada titular do processo ainda não proferiu decisão final sobre o assunto, tendo o julgamento sido adiado sucessivas vezes ao longo de 3 anos pela apresentação de novos pareceres técnicos – realizados por peritos privados – ou requerimentos para que sejam realizadas mais perícias à personalidade. Neste caso, a situação económica da arguida permite-lhe mobilizar esforços acrescidos na sua defesa.

⁵⁰ Em sentido diferente, elencando desvantagens teóricas de (qualquer) perícia oficial, a partir de uma resenha da jurisprudência do T.E.D.H., cf. Sousa (2011: 31-41).

não tem nada, vai tentar encontrar alguma coisa e dizer que tem tudo e mais alguma coisa. Se não tem, passa a ter. (...) é um sistema um bocado perigoso. É muito sensível ao dinheiro. E há muito abuso disso. Às vezes aparecem essas perícias, e têm muito a ver com condições económicas. E isso torna o sistema um bocado enviesado, porque significa que em função do dinheiro, do dinheiro que a pessoa está disposta a investir, vai ter um tratamento mais ou menos favorável. E isso não devia ser assim. Em teoria, no nosso sistema, como é oficial, à partida é isento e acessível a todos. À partida é assim. Mas também, eu trabalho no sistema... [entrevista 3 – perito]

A respeito do momento em que a questão da inimputabilidade é levantada, a análise revela uma enorme diversidade de situações: tanto são pedidas perícias aquando da detenção do indivíduo/ prática do crime, como em sede de investigação (fase de inquérito), fase de julgamento (na própria audiência), em sede de recurso para os tribunais superiores, ou até depois da condenação do/a arguido/a, mas sempre reportando-se ao momento em que o crime foi praticado, não se confundindo, portanto, com situações de doença posterior, que aqui não estou a analisar. Nestes casos em que o problema é levantado muito *a posteriori*, levantam-se questões a respeito da proactividade dos actores judiciais envolvidos.

Por exemplo, durante o trabalho de campo deparei-me com o caso de um indivíduo que apenas posteriormente à condenação foi declarado inimputável, após um processo-crime marcado pela inércia, quanto a esta questão, dos actores judiciais envolvidos. Trata-se do já referido caso n.º 119. Anos após a sua condenação e estando a cumprir pena de prisão efectiva, este indivíduo veio requerer – com sucesso – indemnização por responsabilidade extra-contratual do Estado, pois possuindo já à data da prática dos factos doença mental grave documentada, posteriormente à condenação foi declarado inimputável numa reabertura do mesmo processo. A responsabilidade do magistrado titular do seu processo, o qual o havia condenado, erradamente, sem tomar em consideração a possibilidade da inimputabilidade, foi provada em sede de acção civil de responsabilidade extracontratual do Estado. O arguido sofria de uma psicose paranoíde bem documentada, com vários períodos de internamentos desde a juventude. Este quadro clínico foi ainda agravado por síndrome de stress pós-traumático (o indivíduo era veterano da guerra colonial). Neste caso, a falta de proactividade de todos os magistrados envolvidos foi acompanhada pela do seu advogado e pela dos familiares próximos. A sua defesa, pese embora tendo conhecimento da situação, levantou a questão apenas na contestação, e de forma breve, não encetando esforços adicionais, nem mesmo quando o arguido foi condenado como imputável a uma pena de prisão efectiva que veio a agravar o seu quadro clínico. A situação foi posteriormente reconhecida pelo STJ, que anulou a condenação anterior e atribuiu a este indivíduo uma indemnização em numerário.

Como caso igualmente paradigmático (mas contrastante quanto à reacção do STJ), refiro o caso n.º 164, em que uma arguida “comprovadamente oligofrénica” foi sujeita a uma medida de segurança de prisão preventiva com base apenas na sua confissão, conseguida de forma irregular e sem demais provas que a sustentassem. Constava inclusivamente do processo, à data dessa decisão, que a arguida, entre outras características, “tem a idade mental de 7 anos”. Neste caso extremo, esta pessoa foi mesmo declarada inimputável, mas ainda assim encarcerada em estabelecimento prisional standard até ulterior investigação ter apontado na direcção de outro culpado. Neste caso, tendo a arguida intentado posteriormente acção de responsabilidade civil extra-contratual contra o Estado, o STJ, diferentemente do que sucedeu na situação anterior, entendeu não haver qualquer responsabilidade por parte dos magistrados envolvidos, que teriam agido “no limite das suas possibilidades”.

2.1. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO CONCEITO

Como vimos anteriormente, a decisão judicial a respeito da declaração de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica é condicionada pelas regras processuais de valoração das provas, que tornam a aplicação do conceito a um dado indivíduo e a uma dada situação concreta directamente dependente da valoração pericial.

O modelo processual de declaração de inimputabilidade é, ao primeiro olhar, misto, dado que o poder decisório pertence ao juiz, auxiliado pelo perito. O decisor pode tomar em linha de conta outras provas para delinear e fundamentar a sua decisão (tais como depoimentos e relatórios da reinserção social), mas como as normas a respeito de valoração da prova são extremamente restritivas no que concerne à prova pericial, a decisão acaba por pertencer de facto ao perito psiquiatra forense. A posição que este apresenta ao tribunal a respeito da viabilidade de se estar perante uma situação de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, mesmo se não assume claramente uma forma peremptória, será em princípio transplantada para a decisão de que determina a inimputabilidade do sujeito, sob pena de nulidade.

As entrevistas a peritos e magistrados sublinham a supremacia do parecer do perito. Apesar das cautelas apresentadas relativamente ao poder de decisão sobre a declaração de inimputabilidade – “[e]u não tenho que dizer isso, quem tem é o tribunal”, afirmou claramente um entrevistado – os peritos não deixaram de referir a percepção de que, via de regra, os seus pareceres são na sua quase totalidade seguidos pelo tribunal.

Os magistrados entrevistados, por seu turno, tendo noção dos limites que lhes são impostos pela lei processual, admitem seguir o parecer do perito a este respeito, justificando:

[P]orquê? Porque é isso que a lei diz. [entrevista 5 – magistrado]

A respeito disto eles sabem bem mais do que nós, por isso é que são peritos. [entrevista 2 – magistrado]

Tendo em consideração as condicionantes legais existentes, esperava encontrar nas decisões analisadas uma forte tendência para o tribunal seguir a posição do perito psiquiatra forense. A análise empírica confirmou esta hipótese: as decisões com estas características aparecem de forma transversal nas três instâncias criminais (i.e, tanto nas sentenças/acórdãos da primeira instância, como nos acórdãos dos tribunais de recurso), de forma constante no tempo (em especial desde a reforma processual de 1995, que “fortaleceu” o valor da prova pericial para os termos actuais).

No entanto, a realidade não é homogénea e vale a pena olhar as excepções. O posicionamento a respeito de questões estritamente processuais (aqui, o valor dos meios de prova) acaba por ser causa/pretexto das raríssimas situações em que o juiz questiona a posição do perito a respeito da declaração de inimputabilidade. Antes da reforma processual de 1995, encontram-se mais facilmente decisões de juízes que discordavam do perito nessa matéria e não levam o seu parecer em linha de conta. Mas mesmo na vigência da lei processual actual se encontram situações em que o tribunal não segue, pelo menos de imediato, o parecer do perito. Situações deste tipo são, ainda assim, extremamente raras, tal como referido pelos peritos entrevistados e corroborado pela análise das sentenças e acórdãos recolhidos. São normalmente casos em que o primeiro relatório pericial coloca dúvidas ao tribunal, pedindo-se por regra um segundo relatório, ou em que existem relatórios contraditórios, pedindo-se então um terceiro “de desempate”.

Encontram-se ainda situações em que o tribunal simplesmente não segue a informação constante do relatório pericial. Acontecem normalmente quando o texto produzido, pelo perito não avança com certezas absolutas, deixando no ar alguma incerteza e, conseqüentemente, margem de manobra ao decisor.

Por exemplo, no caso n.º 168, o tribunal foi da opinião de que, tendo o perito fundamentado o seu parecer em factos aportados pelo arguido que não eram verdadeiros, após ouvir o perito em tribunal optou por não seguir o seu parecer técnico. Consta do acórdão respectivo que

[O] parecer (...), porque baseado numa factualidade totalmente desfasada da realidade não tem validade. [caso n.º 168]

Noutro caso (caso n.º 166), o tribunal fundamentou o seu desacordo com o perito no facto de o Relatório Pericial de Psiquiatria se limitar a enunciar probabilidades, sem emitir opinião. Nessa situação, os juizes do Tribunal da Relação do Porto (com os quais concordou o STJ) acabaram por discutir (e retirar) valor probatório a essa prova pericial. O documento emanado pelo perito era do seguinte teor:

Admitindo que na altura dos factos de que é acusado o sujeito estava em surto psicótico agudo deverá ser considerado inimputável. [caso n.º 166]

Perante um parecer que o STJ classificou de “mera probabilidade” e “palpite”, os decisores desse processo acabaram efectivamente por colocar o relatório pericial de psiquiatria fora do âmbito de aplicação ao artigo 163.º, do Código de Processo Penal, deixando-o sujeito à sua livre apreciação. Essa posição é tomada nos seguintes termos:

No caso em reapreciação, o que realmente ocorre é que o Sr. Perito não faz uma afirmação, não emite uma pronúncia sustentada, antes limita-se a produzir um juízo opinativo, adiantando apenas uma mera probabilidade, avançando um mero palpite. A força vinculativa própria da prova tarifada só vale para os juízos técnico-científicos. (...) Ora, não se estando perante a formulação de um juízo técnico científico *tout court*, mas face à emissão de uma opinião, à expressão de uma probabilidade, a mesma não será absolutamente vinculativa. (...) O Sr. Perito não assumiu uma tomada de posição firme e clara, deixando ficar à responsabilidade do tribunal a decisão sobre a imputabilidade ou inimputabilidade do arguido. [caso n.º 166]

Apresento ainda excertos de outras decisões que seguem esta tendência minoritária:

[O] perito que o formulou não emitiu um juízo técnico-científico claro e afirmativo, “livre de dúvidas”, sobre a inimputabilidade do arguido, antes se limitou a uma afirmação de admissibilidade da conclusão de que o examinando deve ser considerado inimputável, o que, como os juízos de probabilidade ou opinativos, se não confunde com o juízo técnico-científico que se presume subtraído à livre apreciação do julgador (art.163, n.º1, CPP). (...) Assim, é ao tribunal que cabe tomar posição sobre a imputabilidade ou inimputabilidade do arguido. [caso n.º 126]

Se o juízo de imputabilidade diminuída, formulado pelo perito, foi emitido como uma probabilidade, e não como um juízo técnico-científico é legítimo ao tribunal, com base em investigação definitiva dos factos, apreciados livremente, concluir pela existência de uma total inimputabilidade. [caso n.º 129]

Encontram-se ainda casos em que perante um “empate técnico” (i.e., perícias divergentes) o juiz não ordena uma terceira perícia e decide por si⁵¹. Por exemplo, no caso n.º 32, os decisores entenderam que

⁵¹ No caso n.º 32, por exemplo, do qual transcrevo, a título ilustrativo, um excerto:

“Analisemos então, à luz do exposto e dos dados constantes do processo, a questão posta nos autos. Esta assenta na existência de duas perícias médicas contraditórias. A primeira, a fls. 159, afirma que o arguido é inimputável. A segunda, a fls. 164, afirma que o arguido sofre de imputabilidade diminuída. Estamos, pois, face a perícias contraditórias, realizadas ambas na mesma área do saber e por peritos de igual credibilidade/formação. É uma das “situações de difícil solução” a que se refere Carlota Pizarro de Almeida, que desaconselha, e bem, a possibilidade de um “desempate” pela realização de uma terceira perícia, que reconduziria a solução do caso em apreço à mera soma de opiniões. Impõe-se, pois, analisar ambas as perícias. Determinante nesta análise será, também, a relação lógico-racional, científica, que se estabelece entre os fundamentos e as conclusões de ambos

não será de desconsiderar o apoio de outros meios de prova que confirmem ou infirmem os relatórios contraditórios. Sem abandonar o campo objectivo inerente a um juízo técnico ou científico, ao tribunal é lícito optar por um dos juízos ou conclusões contraditórios com o apoio de outros meios de prova que comprovem ou iniquem os fundamentos em que se fundaram as perícias. E, no caso concreto, os depoimentos das testemunhas M B e A C confirmam a segunda perícia e desmentem a primeira. [caso n.º 32]

Em alguns casos analisados, a divergência surge entre o parecer proveniente do Instituto Nacional de Medicina Legal e a posição do perito contratado pelo arguido – o que, como já referi, indicia uma estratégia de defesa que passa pela utilização de manobras dilatórias com vista à obtenção de uma absolvição ou, pelo menos, a prescrição do crime.

A decisão dos magistrados é, em geral, no sentido da primazia do parecer oriundo do Instituto Nacional de Medicina Legal (INML): apenas esse, entendem, tem o valor quase-inilidível de prova técnica, contrariamente a um parecer privado, que se mantém inteiramente sujeito à livre apreciação do juiz. Mesmo quando tais pareceres não são privados, mas de funcionários de outros órgãos estatais, a primazia é do parecer oriundo do INML. Por exemplo, num dos casos analisados (caso n.º 159), o perito designado pelo IML pronunciou-se pela não inimizabilidade de um indivíduo com doença bipolar, condenado pelo homicídio do filho (imerso água a ferver antes de ser morto com uma faca), ao invés do perito contratado pela defesa do arguido e [situação incomum] a psiquiatra que o acompanhava no Estabelecimento Prisional em que se encontrava detido, a qual testemunhou em tribunal que

os relatórios. A primeira perícia assenta o seu juízo nas próprias declarações do arguido e na observação feita pelo perito na consulta, para além de exame psicológico, TAC e EEG. E o cerne da conclusão dessa primeira perícia centra-se na afirmação de que o arguido praticou os factos “no decurso de uma crise psicótica aguda”, naturalmente delimitada no tempo. Sabido que o TAC e o EEG foram realizados após a prática dos factos e não podem demonstrar tal “crise psicótica aguda” reportada ao momento dos factos, e visto que o exame psicológico a ele não se refere, nem pode, restam-nos as declarações do arguido para basear tal conclusão, designadamente quando aquele afirma ao perito – fls. 161 – que “ultimamente era violento e há 15 dias (antes do ocorrido) que não tomava a medicação”. É, claramente, fraco suporte factual para assentar a conclusão da inimizabilidade.

“Mais, é deixar ao arguido a possibilidade de definir o resultado da perícia, sem contraditório e sem uma análise conjunta de todos os elementos de facto existentes no processo. Ou seja, o “juízo técnico e científico” que foi emitido pelo perito baseia-se, unicamente, num dado meio de prova processual penal – as declarações de arguido – e não no conhecimento científico assente em dados de facto com igual cientificidade, objectividade, ou, caso se prefira, em dados de facto que possam basear o juízo científico sem a parcialidade das declarações de alguém interessado no resultado da perícia. Ao invés, o juízo técnico e científico assenta num meio de prova consabidamente parcial e que deve ser analisado em tribunal e sujeito ao contraditório. Mesmo que tal fundamento possa ser, e será, elemento a ter em conta numa análise técnica, a circunstância ser o único elemento com relevo nessa análise e conclusão retira-lhe credibilidade técnica ou científica. Assim, visto que as conclusões da primeira perícia assentam num dado factual – declarações do arguido – de cariz marcadamente judicial, as conclusões da primeira perícia, revestidas embora de cientificidade “subjectiva” (o autor é um perito na área científica “psiquiatria”), não apresentam cientificidade “objectiva” e mais não são do que um pré-juízo judicial, realizado por entidade sem competência para tal e conduzindo ao incumprimento das regras de processo respectivas, designadamente, a imediação, a oralidade e, *maxime*, o contraditório. Assim, o elemento de facto em que o Sr. Perito assenta a sua conclusão revela-se clamorosamente insuficiente para fundamentar a conclusão retirada. Já a segunda perícia é clara na afirmação de uma imimizabilidade diminuída com base em elementos mais credíveis, as impressões técnicas provenientes do médico pessoal do recorrente, Dr. ..., levando à conclusão da existência de uma “descompensação psicótica” à data da prática dos factos, apenas reconduzindo à afirmação da “capacidade diminuída” para entender e querer. E esta conclusão, como bem salientado pelo tribunal recorrido que bem fundamenta a divergência quanto ao primeiro juízo “técnico científico” emitido, com apelo aos restantes elementos de prova produzidos, apenas permite afirmar que o arguido é imimizável e que a sua imimizabilidade se encontra diminuída.” [caso n.º 32]

considerava estar-se perante um indivíduo “claramente inimputável”. Embora dando maior relevo ao depoimento dessa psiquiatra do que ao parecer do perito privado, o tribunal acabou por concluir que, em termos processuais, uma perícia (do INML) não tem o mesmo valor que um depoimento de um perito, afirmando que:

[D]o depoimento desta testemunha apenas se pode validamente considerar a matéria relativa ao acompanhamento médico a que tem procedido, e não a sua opinião, por muito respeitada que seja, sobre uma questão técnica objecto de uma perícia. [caso n.º 159]

Em situações nas quais a divergência é no interior do INML, a dificuldade em decidir adensa-se, pois processualmente o valor é idêntico – e em princípio subtraído à “livre apreciação” do juiz. Tal será extremamente raro – assim indiciam os acórdãos recolhidos⁵². A este respeito, os peritos entrevistados têm a percepção de que não só casos em que a opinião apresentada nos pareceres não é respeitada são extremamente raros, como têm lugar mais na primeira instância, com os tribunais superiores a virem, por regra, alterar a decisão, ou ordenando o regresso do processo à primeira instância para um novo julgamento. A sua percepção vai ao encontro do que recolhi da análise documental. Casos destes são minoritários: como se viu, a quase totalidade das decisões judiciais analisadas não questiona a posição do perito.

Assim, a análise documental permite traçar um quadro de actuação, por parte dos magistrados, caracterizado por uma reduzida auto-reflexividade. Ora a fundamentação da decisão é diminuta, com remissão directa para o relatório médico-legal ou documento afim, ou, não havendo uma remissão directa, o decisor limita-se, frequentemente, a reproduzi-lo *ipsis verbis* – tanto com aspas como frequentemente sem aspas, numa apropriação que acaba por ser uma naturalização.

Observei, portanto, uma segunda tendência, de menor relevância que a anterior mas ainda assim relevante, que se prende com a fundamentação das decisões: esta é muitas vezes minimalista a respeito da inimputabilidade, ou com uma remissão directa para o relatório pericial, ou com a sua reprodução literal. As mais das vezes, a sua formulação torna-se de difícil compreensão, pelo vocabulário técnico que reproduz. Em ambas estas sub-modalidades o resultado é idêntico: uma fundamentação de uma decisão de crucial importância⁵³ para o arguido, para o assistente/vítima, respectivos agregados familiares e comunidade em geral, que

⁵² Ainda assim, surgiu um caso (caso n.º 154) em que o relatório de avaliação da psicologia forense do INML se pronunciou pela imputabilidade do indivíduo, ao contrário do exame médico-legal de psiquiatria forense do INML, que entendia estar-se perante uma situação de inimputabilidade. A questão foi sendo discutida até ao STJ, instância que entendeu não ser possível dar primazia a uma das duas totalmente contraditórias provas periciais em detrimento da outra, pelo que sem mais ordenou a anulação de todas as decisões proferidas e a realização de novo julgamento desde a primeira instância, com a realização de novos exames.

⁵³ Uma eventual declaração de inimputabilidade conduz à absolvição, com aplicação de uma medida de segurança, ao invés de uma pena (que poderá ser detentiva).

se apresenta no mínimo hermética, e ininteligível para qualquer cidadão sem formação específica na área, dado o seu elevadíssimo tecnicismo. Por exemplo, são frequentes as referências aos exames a que o indivíduo é sujeito, replicando o jargão e o conteúdo técnico dos documentos periciais. O que sucede em casos como o n.º 146, o qual merece ainda destaque pelo facto de o juiz fazer referência à medicação prescrita ao indivíduo, elencando os nomes dos medicamentos e respectiva posologia, num nível de detalhe elevado mas pouco relevante no contexto, e que não ajuda o cidadão médio à compreensão da situação, dado que o alcance médico dos factos não é explicado:

101º) No estabelecimento prisional o arguido tem vindo a ser acompanhado clinicamente, desde 20/7/01, por síndrome depressivo com ideação suicida, revelando, além do mais, ideias delirantes persecutórias, alucinações auditivo verbais, sensação de estranheza, ansiedade, humor depressivo, com ideias ruminativas, tendo sido sujeito à seguinte medicação: Mutabon D 3cp/dia; Haldol 5 mg 1 cp/dia; Metamidol 10mg 3cp/dia; Normison ou Morfex 30 mg 1 cp/dia; 102º) O arguido foi sujeito a electroencefalograma apresentando traçados de vigília prejudicados por abundantes artefactos oculopalpebrais e de movimento, traçados com ritmo de base alfa irregulares com frequência aproximada de 11/12 Hz de média amplitude, de predomínio posterior, simétrico, reacção de bloqueio ao abrir dos olhos incompleta, isentos de aspectos com significado patológico; 103º) Foi, também, sujeito a tomografia cranioencefálica na qual se concluiu que o arguido não apresenta alterações endocraneanas significativas com tradução tomodensitométricas. [caso n.º 146]

Excepções existem, havendo decisões judiciais nas quais os decisores se esforçam por que a decisão – mais correctamente, a sua fundamentação – seja inteligível para os destinatários directos e indirectos. Esta intenção parece ser necessária para os próprios decisores, procurando assim desbravar o denso jargão psiquiátrico⁵⁴. Em alguns casos, os magistrados servem-se de fontes bastante frágeis para sustentar as decisões. Encontram-se, por exemplo, num acórdão do caso n.º 119, referências a apontamentos policopiados de lições – de há décadas atrás – da cadeira semestral de medicina legal da licenciatura em direito:

⁵⁴ Por exemplo, mais à frente no acórdão que referi na nota 52, os juízes continuam a referir detalhadamente a medicação do arguido, embora agora acrescentado notas explicativas a respeito das indicações terapêuticas (constantes das respectivas bulas) dos princípios activos em causa: “(...) pela GNR de Pombal, foram apreendidas, nomeadamente, uma caixa de comprimidos de marca Risperdal, usada, e uma caixa de comprimidos de marca Cloxam, também usada, fármacos estes que se encontravam na posse do arguido nesse dia (...) e que o mesmo tomava nessa ocasião; 108º) O Risperdal está indicado para o tratamento de uma grande variedade de doentes com esquizofrenia, incluindo primeiro episódio, exacerbação aguda de esquizofrenia, esquizofrenia crónica e outras situações psicóticas, nas quais sejam dominantes os sintomas positivos (tais como alucinações, ideias delirantes, perturbações do pensamento, hostilidade, desconfiança) e/ou os sintomas negativos (tais como, embotamento afectivo, isolamento social, pobreza de discurso); 109º) O Risperdal também pode aliviar os sintomas afectivos (tais como depressão, sentimentos de culpa, ansiedade) associados com a esquizofrenia; 110º) O Risperdal também está indicado como tratamento prolongado para a prevenção de recidivas (exacerbações agudas) em doentes esquizofrénicos crónicos; 111º) Para além disso, está indicado para o tratamento de perturbações no comportamento em doentes com demência em que sejam dominantes sintomas tais como agressividade (violência física e verbal), perturbações da actividade motora (agitação, vaguear) ou sintomas psicóticos; 112º) Quando for necessário sedar o doente, pode-se associar à administração do Risperdal uma benzodiazepina; 113º) O Cloxam é uma benzodiazepina; 114º) As benzodiazepinas só são indicadas quando a doença é grave, incapacitante ou o indivíduo está sujeito a angústia extrema; 115º) As benzodiazepinas podem induzir amnésia anterógrada e podem provocar reacções de inquietação, agitação, irritabilidade, agressividade, ilusões, ataques de raiva, pesadelos, alucinações, psicoses.”) [caso n.º 146]

Como se diz na informação sobre o mérito do pedido de revisão prestada no juízo rescindente nos termos do artigo 484 do Código de Processo Penal, citando o Professor Duarte Santos ("Apontamentos de Medicina Legal", prelecções ao curso do 5.º ano jurídico de 1965/66) (...), a anomalia eventual de que padece o arguido (esquizofrenia paranóide), não obstante tornar os pacientes perfeitamente inimputáveis quando praticam crimes no seguimento do sistema delirante que têm, faz com que eles, no geral, sejam capazes de levar uma vida aparentemente normal, podendo reger perfeitamente a sua vida." [caso n.º 119]

Noutros casos, as fontes são francamente duvidosas, pois que recolhidas através de pesquisas *online* pouco criteriosas. Encontra-se em alguns acórdãos informação não confirmada – nem confirmável, as mais das vezes – coligida em *websites* apócrifos, debitando, entre outras, definições e afirmações gratuitas de carácter supostamente “científico”, ou dados estatísticos de fontes não identificadas:

As estatísticas revelam que o perfil psicológico dos contraventor sexual numa percentagem entre 80 a 90% não apresenta qualquer sinal de alienação mental, sendo penalmente imputável; desse grupo cerca de 30% nem sequer apresenta qualquer transtorno psicopatológico de personalidade, denotando uma conduta sexual no quotidiano aparentemente normal e perfeitamente adequada; só um grupo minoritário de 10 a 20% padece de graves perturbações psicológicas com características alienantes – cfr. Ballone, GJ – Delitos Sexuais (Parafilias), in Psiqweb, disponível in www.psiqweb.med.br. [caso n.º 155]

Há outros casos, contudo, em que o esforço de tradução é evidente, tal como a utilização de exemplos de fácil compreensão para ilustrar um estágio da doença do arguido. O caso n.º 133 é paradigmático. Trata-se de uma decisão, objecto de recurso para o STJ, oriunda inicialmente do tribunal judicial das Caldas da Rainha, a qual é citada no correspondente acórdão desse tribunal superior. Para além de definições das “palavras difíceis” que são utilizadas nos documentos periciais, os juízes das Caldas da Rainha procuraram explicar, de forma didáctica e simples, o diagnóstico de esquizofrenia do arguido constante do relatório médico-legal, baseando-se em publicações da área:

A esquizofrenia é caracterizada por uma mudança de personalidade, com pensamento descoordenado, aparecendo sentimentos e impulsos num ambiente de lúcida consciência, memória e orientação. (...) A perturbação do pensamento é um aspecto característico. A associação normal de ideias está alterada, e ocorrem cenas absurdas ou estranhas. (...) Desilusões, falsas convicções irreduzíveis acontecem frequentemente. O seu conteúdo é variável e pode ser de perseguição, grandiosidade, hipocondríaco, niilista, etc. Podem ser descoordenadas ou sistematizadas, passageiras ou fixas. O doente pode pensar que os anúncios na rádio ou no jornal lhe dizem respeito (...) ou que o seu corpo é afectado por agentes externos. (...) Alucinações, perturbações de percepção, podem ocorrer em qualquer modalidade sensorial, mas a audição é de longe a mais vulgar sob a forma de «vozes» que se podem dirigir ao doente, discutir com ele ou publicitar os seus negócios particulares" - "Enciclopédia Concisa de Psiquiatria", pág. 127. (...) Os delírios, que constituem uma das manifestações da doença, são definidos como "sendo crenças falsas inabaláveis, que podem ocorrer espontaneamente ou surgir

em resultado de uma alucinação" – "Update – Revista de Pós-Graduação em Clínica Geral", 15 de Fevereiro de 2001, pág. 13.". [caso n.º 133]

Estes decisores fundamentam ainda a sua decisão, explicando de forma detalhada, mas simples, como chegaram à conclusão de que as características da doença de que o arguido padece condicionaram de forma inabalável a sua actuação:

[C]onstituem factores de risco para comportamento violento: má adesão ao tratamento, sintomas positivos (alucinações, delírios, agitação), sexo masculino, abuso de drogas, desordens de personalidade subjacentes, história passada de comportamento violento, idade jovem (cf. UPDATE, cit., pág. 14). (...) O estado patológico que afecta o arguido e que o condicionou na prática dos factos determina a ausência de um juízo crítico acerca da natureza ilícita dos actos que cometeu e uma ausência de sentimentos de culpa. Essa situação surge bem patenteada na interceptação das conversas telefónicas efectuadas de e para o telemóvel do arguido, transcritas no apenso I, nomeadamente quando refere que fez o que tinha de ser feito, o que está escrito, quando afirma que não tem culpa do que está a acontecer, quando expressamente refere "eu não tenho culpa! Eu... no meu entender (...) não cometi crime nenhum", que não fez nada de mal, quando repetidamente afirma que está bem, está normal, quando, a pedido do seu primo H para que não faça mais nada, pergunta " não mato mais um ou dois?", que, à observação do primo, de que acha que o arguido errou, este pergunta: "Eu errei?", ou quando afirma "é pena é só matar dois"... Na sua crise delirante, o arguido sente-se o " salvador do mundo"; tem uma missão: corrigir o mal, através da eliminação de pessoas "possuídas pelo diabo", que só ele consegue identificar. Sente que foi enviado por Deus para eliminar os "maus"; ouve vozes, que o mandam matar, e executa essas "ordens" sem a formulação de qualquer juízo crítico. [caso n.º 133]

Verifiquei ainda uma terceira tendência, que diz respeito à base da fundamentação destas decisões de inimputabilidade. Em muitas decisões judiciais recolhidas e analisadas ao longo do trabalho de campo (da primeira instância e dos tribunais de recurso), observei que o critério relevante era a existência de uma doença do foro mental grave, preferencialmente já diagnosticada e prévia à prática do facto ilícito. Bastando um diagnóstico prévio para que o perito convocado reconheça uma situação de inimputabilidade e, em conformidade, o juiz decisor absolva o/a arguido/a, aplicando-lhe uma medida de segurança, se necessário. Inversamente, sem um diagnóstico prévio de uma patologia grave, o pedido de perícia é extremamente raro (por parte do tribunal e mesmo da defesa do arguido), e uma eventual declaração de inimputabilidade igualmente difícil. Pelo que desta análise documental verifiquei que a opção legislativa acerca do modelo substantivo de inimputabilidade, que é de carácter misto, acaba por não ter total correspondência na prática. Encontra-se ainda uma prática silogística que como que institui um "modelo biológico-psiquiátrico" *de facto*: em muitas decisões judiciais o silogismo positivista *arguido = doente mental grave = inimputável* é uma realidade.

A este respeito, contudo, os peritos entrevistados sustentam que a sua prática é diversa, classificando um critério estritamente médico de “extremamente perigoso”. Considerando que o critério legal é misto, declararam pronunciar-se pela inimputabilidade

[quando exista] condição que provoque incapacidade de avaliar da ilicitude e de se determinar, independentemente do quadro clínico. [entrevista 1 – perito]

[n]ão é só um critério biológico, ter esquizofrenia não significa inimputabilidade, significa esquizofrenia. Se à data da prática dos factos a patologia criar aquilo que diz na norma, tudo bem. Se não fizer aquilo, se não comprometer ou prejudicar, já não posso dizer que cumpre os requisitos e não pode haver uma situação de inimputabilidade. [entrevista 3 – perito]

A influência marcante da clínica no direito não é patente apenas na lei escrita e na doutrina penal. A psiquiatrização da actuação da magistratura revela-se nas suas decisões e no seu próprio discurso. De todo o trabalho de campo resulta que estes operadores se vêem como leigos e se assumem menos aptos a lidar com as questões em torno da doença mental do que os clínicos, a quem recorrem e cuja posição, em geral, seguem sem questionar⁵⁵.

3. A IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA

O número 2, do artigo 20.º, do código penal, encerra um conceito comum em muitos ordenamentos jurídicos, a que se convencionou chamar “imputabilidade diminuída”. As decisões acerca de imputabilidade diminuída partilham em geral as características relativas às de inimputabilidade, com algumas especificidades que pretendo agora abordar. De forma breve, procurarei definir este conceito e esboçar as suas principais problemáticas exclusivamente naquilo que me parece importante para esta dissertação.

3.1. O QUE NOS DIZEM O DIREITO PENAL E A PSIQUIATRIA FORENSE: DOCTRINA E LEI ESCRITA

À primeira vista, tendo em atenção apenas o seu nome, parece que este conceito significa uma diminuição da imputabilidade, a que corresponderia uma diminuição da culpa e, conseqüentemente, uma atenuação da pena. No entanto, os penalistas cedo entenderam que uma diminuição da culpa não devia significar imediatamente uma atenuação da pena⁵⁶. Em muitos casos, deveria até significar o contrário, caso o indivíduo considerado imputável diminuído fosse “especialmente perigoso” em virtude das suas características. Nesses casos

⁵⁵ A aceitação dos pareceres por parte dos peritos torna-se ainda mais marcante a respeito da perigosidade, como terei oportunidade de analisar no próximo capítulo.

⁵⁶ A origem da “imputabilidade diminuída” no nosso ordenamento jurídico pode ser encontrada no artigo 2.º, do Projecto de parte geral do Código Penal de Eduardo Correia, de 1963 (Correia, 1963). Nessa altura, porém, referia-se a um conceito de “culpa na formação da personalidade”, que foi abandonado – e que aqui não será abordado.

podia mesmo chegar a aplicar-se em simultâneo uma pena atenuada e uma medida de segurança para responder à referida “especial perigosidade”, num sistema denominado “vicariato na execução”⁵⁷.

A doutrina penal tem evoluído no sentido de precisar o conceito de imputabilidade diminuída como uma imputabilidade “duvidosa”, ou seja, nos casos em que

se comprova a existência de uma anomalia psíquica, mas sem que dela se tornem claras as consequências que daí devem fazer-se derivar relativamente ao elemento objectivo-compreensivo exigido” (Dias, 2007: 584).

Ou, retomando a nomenclatura da lei, quando há dúvidas de que este indivíduo tenha ou não sido “incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação” (*ibidem*).

No mesmo sentido, os manuais de psiquiatria forense estipulam que a este conceito “correspondem todos os defeitos que interessam (às) bases psicológicas da vontade, ou seja, conhecer e querer, mas sem chegar a anulá-la por completo” (González, 2010: 192, baseando-se em Calabuig).

Nestes casos, os penalistas entendem que o arguido poderá ser tratado como imputável ou como inimputável, dependendo de dois factores: (1) “pode[r] ou não “ser censurado” por não dominar (...) os efeitos da anomalia psíquica”; (2) ser preferível para a socialização do agente o cumprimento de uma pena ou de uma medida de segurança, tal como resulta do disposto nos números 2 e 3, respectivamente, do artigo 20.º, do código penal:

2. Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não accidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída.

3. A comprovada incapacidade do agente para ser influenciado pelas penas pode constituir índice da situação prevista no número anterior.

De forma esquemática, a resposta à conduta considerada crime pelo indivíduo nestas circunstâncias pode ser: (1) a aplicação de uma medida de segurança, se for declarado inimputável perigoso; (2) a aplicação de uma pena, a cumprir num estabelecimento destinado

⁵⁷ O ordenamento jurídico-penal português diz-se tendencialmente monista, visto que, em regra, as medidas de segurança se aplicam apenas a inimputáveis, ou, quando aplicadas a imputáveis, não há aplicação simultânea de uma pena. Não obstante, admite-se o internamento de imputáveis em estabelecimento destinado a inimputáveis, nos casos em que o arguido já era portador de anomalia psíquica ao tempo da prática do crime e nos casos em que a anomalia psíquica é posterior a esse momento. Em ambos os casos, o tempo de privação de liberdade cumprido no estabelecimento destinado a inimputáveis é integralmente descontado na pena de prisão aplicada ao arguido, conforme resulta do disposto nos artigos 104.º, n.º 2 e 105.º, n.º 3, do código penal. Trata-se de uma aplicação prática do chamado princípio do vicariato, que procura conjugar os fins das penas, em situações em que são especialmente elevadas as exigências de prevenção (delinquentes especialmente perigosos), com o princípio da culpa e o princípio da igualdade. Para maior detalhe, cf. Dias (2007: 583 e ss.) e Antunes (1993 e 2002).

a inimputáveis (nos termos do artigo 104.º, do código penal); (3) a aplicação de uma pena relativamente indeterminada, se for declarado imputável e a “anomalia psíquica” de que padece “coincida com uma tendência para o crime” (nos termos dos artigos 83.º e ss., do código penal); (4) a aplicação de uma pena atenuada, se for declarado imputável e não perigoso (Albuquerque, 2008: 110 e ss; Carvalho, 2003: 117 e ss.)⁵⁸.

3.2. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO CONCEITO

A imputabilidade diminuída é, portanto, convocada quando há dúvidas por parte do perito (e decisor) a respeito da inimputabilidade de um indivíduo, cabendo ao julgador optar por uma das quatro possibilidades acima elencadas. Das decisões analisadas e das entrevistas conduzidas decorre que se trata de uma situação pouco frequente.

Para os peritos entrevistados é uma das questões mais complicadas da sua actividade, por entenderem tratar-se de “uma situação bastante confusa”:

[O] problema mais complicado (...) é a situação que pode dar lugar à imputabilidade diminuída, portanto a existência de uma patologia que compromete a inteligência ou a vontade, mas não de molde a tornar inimputável. [entrevista I – perito]

Nesse mesmo sentido, o autor e psiquiatra forense João Marques Teixeira aponta:

[F]ace a doentes com alterações graves do seu comportamento em que a dedução sobre a sua total ausência de liberdade de poder comportar-se de modo diferente é relativamente evidente, a não atribuição de responsabilidade sobre o que fazem é deduzida em termos de inimputabilidade sem grandes questões. Mas quando estamos face a situações que podem implicar uma diminuição da responsabilidade, a partir da qual o juiz pode decidir sobre a inimputabilidade do agente, então estamos face a uma situação de grande dificuldade. Uma pessoa nestas circunstâncias sabe o que está a fazer e tem intenção de o fazer. O seu crime emerge a partir dos seus desejos e da sua personalidade. Contudo, pode acontecer que não possa ser completamente responsabilizado pelos seus actos (Teixeira, 2006b: 9).

O próprio termo “imputabilidade diminuída” é causa de perplexidade para os peritos entrevistados, ainda mais do que “inimputabilidade” e “anomalia psíquica”. Nesse mesmo sentido, os manuais de psiquiatria forense alertam para as dificuldades que este conceito levanta para o perito (veja-se como González alerta para as dificuldades daquilo que classifica de “realidade jurídica” mas “um termo psicologicamente inadequado”, *in* González, 2010: 19).

Das entrevistas decorre que os peritos se pronunciam em geral pela imputabilidade diminuída nas situações mais dúbias, em que não vêem nem uma situação clara de inimputabilidade, nem uma situação de imputabilidade, mas em que as características analisadas no indivíduo vão para além de poder conferir atenuantes ou agravantes para a prática dos factos:

⁵⁸ Cf., para uma resenha histórica da culpabilidade no cometimento de crimes, Carvalho (2010).

Muitas vezes viramo-nos para aí porque de facto são situações em que eu tenho dúvidas se a pessoa é imputável. Eu tenho dúvidas. Tem a patologia, mas... não posso dizer é imputável. Não posso dizer que há um compromisso da faculdade de se determinar. E também não posso dizer que há atenuantes. Como não sou eu que declaro, é o tribunal... Por isso atiro para o tribunal. Atiro para o tribunal porque não é isso que o perito faz, é o tribunal. Não há o compromisso total, há o compromisso parcial, e também não é atenuante. [entrevista 4 – perito]

Como se entende por este excerto, os peritos não entendem a sua posição a este respeito como definitiva, relegando para o juiz a decisão final de declarar ou não a inimputabilidade, o que já tinha verificado a respeito da inimputabilidade. Por outro lado, ficou patente ao longo das entrevistas que os peritos se orientam mais para o lado da inimputabilidade do que da imputabilidade, enquanto que o contrário sucede com os magistrados. Acresce ainda que, não sendo o perito peremptório a respeito da inimputabilidade do sujeito, os magistrados, por regra, não tomam essa posição “desacompanhados”.

A análise documental identifica claramente esta tendência. Dos casos analisados resulta o seguinte quadro: (1) o conceito de imputabilidade diminuída é convocado raramente, e as decisões em que se opta pela imputabilidade diminuída são ainda mais raras; (2) quando o perito avança com um parecer no sentido da imputabilidade diminuída, o julgador por regra não decide pela inimputabilidade. Nesses casos, o julgador opta: (a) pela imputabilidade diminuída, com diminuição da pena⁵⁹; (b) pela imputabilidade diminuída, com aumento da pena⁶⁰; (c) pela imputabilidade diminuída, que vem excluir a qualificação do crime⁶¹; (d) pela imputabilidade mas com atenuantes ao nível da culpa que vêm diminuir a pena⁶²; (e) face às incertezas do perito, pela imputabilidade sem atenuantes ao nível da culpa⁶³.

Nos casos analisados, as incertezas que rodeiam a imputabilidade diminuída, por parte do julgador, podem ser de dois tipos. (1) O julgador equaciona a inimputabilidade e a imputabilidade diminuída. Nesses casos, como já referi, estando “desacompanhado” do perito,

⁵⁹ Por exemplo, caso n.º 158.

⁶⁰ Por exemplo, caso n.º 162; caso n.º 119 (crime de infanticídio); caso n.º 157 (crimes de maus-tratos, homicídio qualificado e profanação de cadáver de irmã dependente com deficiência mental e física grave). Pode acontecer o arguido pretender diminuição da pena e esta ser mesmo aumentada, como sucedeu no caso anterior.

⁶¹ Por exemplo, caso n.º 137.

⁶² Por exemplo, caso n.º 136 e caso n.º 147. Neste último, os julgadores entenderam que “(...) embora não tendo uma diminuição da imputabilidade, (é) nitidamente pouco dotado do ponto de vista da inteligência e da capacidade de percepção emocional, o que não pode deixar de actuar como atenuante bastante impressiva ao nível da culpa.” [caso n.º 147]. Trata-se de um caso de crime de tráfico agravado e detenção de arma proibida.

⁶³ Por exemplo, caso n.º 148 e caso n.º 165. Estes casos redundaram, em sede de recurso, na nulidade da decisão da primeira instância. Ambos são exemplos da tendência (já referida) observada nas decisões em sede de inimputabilidade, de seguir sempre o parecer do perito e, quando a primeira instância não o faz, em sede de recurso os tribunais superiores acabam por anular (em sentido amplo) essa decisão. No segundo caso, o tribunal a quo (tribunal recorrido) ignorou “a circunstância de o relatório pericial considerar que o arguido é portador de uma entorse caracterizada que transporta e que lhe rouba a margem de manobra no governo de si, autorizando a proposta de uma imputabilidade diminuída” [caso n.º 165]. Esta decisão foi por esta razão, tal como a outra, considerada nula.

o julgador em geral opta pela imputabilidade diminuída, com o regime-regra da imputabilidade e a aplicação de uma pena. Nestes casos, equaciona-se em geral a não agravação/qualificação do crime (hipótese mais comum), ou a existência de atenuantes ao nível da pena (hipótese menos comum). (2) O julgador equaciona a imputabilidade diminuída e/ou a atenuação especial da pena. Este segundo tipo é mais comum do que o anterior.

II. E O PERIGO? CONTROLO SOCIAL E ENCARCERAMENTO

4. O CONCEITO DE PERIGOSIDADE

O conceito de perigosidade é fulcral para a análise da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica: é a perigosidade que fundamenta juridicamente a reacção do Estado à prática de um facto tido como crime quando o seu agente é incapaz de culpa (inimputável), como foi abordado no capítulo anterior. A reacção do direito é a medida de segurança, na qual me centrarei num ponto autónomo deste capítulo. Por agora, pretendo analisar como é que o conceito de perigosidade se articula com a questão da inimputabilidade, remetendo para a questão, mais ampla, do controlo social.

Diz Foucault que, ao longo do século XIX, a condição da pessoa com doença mental, pelo facto de nela ser latente, independente da sua responsabilidade e do seu controlo, deu origem, na prática, a um novo tipo de facto criminoso. O potencial criminoso desse indivíduo, consubstanciando um perigo para a sociedade, justificava o controlo. Desse modo, a intervenção da psiquiatria foi sancionada e acolhida pelo direito (1978; 1990a; 1990b). Buscando as raízes desta mudança nos conflitos oitocentistas entre escolas penais positivistas, escolas penais tradicionalistas, diferentes correntes da psicologia, da psiquiatria e da criminologia, este autor aponta a ideia geral de “defesa social”, proposta por Prinz no início do século XX⁶⁴ como momento-chave “revolucionário” neste processo, através da introdução do crucial termo “ser perigoso”, baseado no “risco” (1978: 11-16; 1990a: 148-150). Risco este que, explica, “o direito assimila através da ideia de uma responsabilidade sem culpa, e que a antropologia, ou a psicologia, ou a psiquiatria, podem assimilar através da ideia de imputabilidade sem liberdade” (1990a: 149). Foucault denuncia esta realidade como profundamente paradoxal: apesar de ser perigoso não ser “nem um crime”, de acordo com os códigos penais de matriz anglo-saxónica ou napoleónica, “nem uma doença”, “nem um sintoma”, apesar da “perigosidade não ser uma noção psiquiátrica”, a avaliação de um indivíduo suspeito de ser inimputável passa pelas respostas do psiquiatra, perante o tribunal, a respeito da sua perigosidade. Conclui este autor que “*utilizamos*, de forma muito óbvia, e desde há mais de um século, a noção de perigo, através de um perpétuo movimento, em ambos os sentidos, entre direito penal e clínica” (1990b: 190-191).

⁶⁴ Mais concretamente, tendo a sua génese na sessão de Setembro de 1905 da União Internacional de Direito Penal (*apud* Foucault, 1990a: 149).

Como referem Arrigo (2002) e Morse (1978a, 1978b), na linha desse autor, os “loucos” podiam ser vistos como criminosos especificamente pelo perigo que representavam. Assim nasceu a perigosidade: a psiquiatria do século XIX criou-a e, com a força do direito, esta foi criminalizada. A perigosidade marca assim, indelevelmente, a relação entre a psiquiatria e o direito penal, relação esta que Foucault designa por “psiquiatrização do perigo criminal” (1978: 3). Analisando o seu processo histórico, o autor observa como o crime deixa de ser objecto apenas do direito, passando a integrar a psiquiatria. Sendo cometido um crime, quando este é cometido por pessoa considerada inimputável, não basta julgar e condenar o facto tipificado na lei e cometido com culpa (como sucede nos demais casos). Tornou-se necessário avaliar (“julgar”, em termos amplos) o criminoso, não pelos seus actos, mas pelo seu potencial, por ser “perigoso”, institucionalizando-se (em termos amplos) esse indivíduo por “ser quem é”. Assiste-se, assim, à patologização do comportamento desviante.

Entende Foucault que a actuação do direito passou a ser, deste modo, muito facilitada, pois deixou de ser necessário determinar se o agente do crime actuou livremente, logo, com culpa, bastando relacionar o facto cometido ao “risco criminoso consubstanciado pela sua personalidade” para o tornar legalmente responsável (1978: 14-16; 1990a): “ele é responsável porque ele é, pela sua própria existência, criador de um risco, mesmo se culpa, pois não está dentro dos limites da sua livre vontade a opção pelo bem ao invés do mal.” (1990a: 148).

Pode ver-se aqui uma mudança no objecto do olhar do direito penal, do facto para o autor do crime; o importante não é o crime cometido, mas o seu agente, mais concretamente, o potencial de crimes existente naquele indivíduo: “[o] direito penal conhecia apenas dois termos, crime e pena. A nova criminologia reconhece três, crime, criminoso e meio repressivo.” (Garofalo, *apud* Foucault, 1978: 2), à revelia dos princípios basilares do direito penal moderno que pretendeu, desde a sua génese, responder ao crime, de forma imparcial, e não ao seu agente, cortando assim radicalmente com o anterior sistema, refém de privilégios de classe do Antigo Regime (Beccaria, 2009).

Esta tendência consolidou-se através de um complexo enquadramento científico-legal. Não é apenas o sistema legal em si, mas todo o *apparatus* científico que emerge, responsável pela distinção ente o normal e o perigoso. O criminoso não é apenas alguém que deve ser julgado e punido pelos seus actos, mas alguém que deve ser examinado e controlado, classificado, normalizado, excluído. Neste contexto, o papel preponderante que a psiquiatria atingiu como garante da “higiene social”, actuando quando a ordem pública é ameaçada, é evidente:

O crime tornou-se então uma questão importante para os psiquiatras, porque o que estava em jogo era não tanto um campo do saber mas uma modalidade de poder a ser assegurada e justificada. Se a psiquiatria se tornou tão importante no século XIX foi não apenas por aplicar uma nova racionalidade médica ao distúrbio mental ou comportamental, mas também porque funcionou como uma espécie de higiene pública (1978: 6).

Autores como Mason e Mercer (1999), seguindo esta linha de pensamento, explicam assim que a ideia da perigosidade individual do risco permitiu à psiquiatria entrar no domínio do controlo da criminalidade (a par com o direito penal), permitindo ainda que o “castigo” sofresse uma mudança: do corpo para a mente do criminoso. Por essa razão, Arrigo explica esta mudança da seguinte forma: aquilo que anteriormente era atingido através do ostracismo e da expulsão passou a ser conseguido pela instrumentalização da “ciência clínico-legal”, ou seja, uma regulamentação “inventiva”, fruto da “colaboração conspirativa” entre psiquiatria e direito (2002: 82-83). Foucault vai mais longe, vendo este processo como bidirecional, não estático e não apenas num sentido. Ou seja, este autor entende que passou a existir uma estreita relação de partilha mútua e continuada entre os dois campos de saber:

[E]sta transformação teve lugar não apenas da medicina para o direito, como a pressão do conhecimento racional em sistemas prescritivos mais antigos; mas operou igualmente através de um mecanismo perpétuo de convocação e de interacção entre saber médico ou psicológico e a instituição judicial (1990a: 149).

O conceito de poder-saber de Foucault assume assim um papel preponderante nesta temática. Arrigo reflecte sobre o assunto, afirmando que é desta forma que a tese do controlo social de Foucault funciona a respeito da psiquiatria e da tomada institucional de decisões: a ciência médica surge como o “avatar da justiça psiquiátrica”, “a auto-mandatada polícia da higiene pública”, que “se arroga a posse de um conhecimento privilegiado” que lhe confere legitimidade para exercer este tipo de controlo social (2002: 83). Assim, o sistema jurídico-penal acaba por contar com a psiquiatria para definir os conceitos de “doença mental” (ou, no caso do sistema português, “anomalia psíquica”) e “perigosidade” e, para além disso, para emitir um juízo de prognose a respeito do último (Arrigo, 2002: 83).

Com efeito, o julgamento de um crime nestes moldes já não é apenas uma questão jurídica, respeitante apenas a actores judiciais, mas um imbrincado edifício de instituições científicas, de práticas, de peritos. Como peritos, os psiquiatras não são apenas profissionais clínicos, assumem e são chamados a assumir a luta contra os “perigos sociais” do crime do indivíduo com doença mental. Por essa razão, Foucault afirma que o papel dos psiquiatras no sistema penal não é decidir se um indivíduo é responsável pelas suas acções, mas sim responder à questão “este indivíduo é perigoso?”. Para este autor, o conceito de “perigosidade” é,

portanto, utilizado como critério para “remover da sociedade” indivíduos com os quais “não se sabe o que fazer” (1990b: 190-191). Deste modo, a construção social da perigosidade individual está indelevelmente ligada à emergência da criminologia e da psiquiatria (Cohen, 1985).

Em obras como *Os Anormais* (1999), Foucault explica como, com a introdução da opinião dos psiquiatras como peritos em tribunal, o castigo deixa de ser aplicado do ponto de vista do crime cometido, mas sim como o crime passa a ser avaliado de uma perspectiva psicólogoico-moral. Os criminosos passam a ser “vigiados e punidos” pelo seu incontável e potencial perigo para a sociedade. É, na verdade, este potencial – e não o facto cometido – que justifica o controlo e a tentativa de transformação do indivíduo. Assim, para Foucault, o “indivíduo perigoso” (1978; 1990a; 1999b) assume um papel essencial:

Quando um homem surge perante os seus julgadores com nada mais do que os seus crimes, quando não tem nada mais a dizer do que “foi isto que eu fiz”, quando não tem nada a dizer acerca de si mesmo, quando não faz o favor de confessar algo como o segredo do seu próprio ser ao tribunal, então a máquina judicial deixa de funcionar (1990a: 151).

O conceito de perigosidade não é estático, mas um constructo social conexionado com valores referentes a identidades sociais, baseado em atributos, expectativas, *standards* comportamentais, expectativas, etc., que variam com o tempo e de sociedade para sociedade. A avaliação de uma pessoa como perigosa (em termos abstractos) remete para o reconhecimento de determinados atributos num dado indivíduo. Atributos esses que poderão igualmente variar em contextos diferentes. Já nos anos 60 e 70 do século passado, as teorias do interaccionismo simbólico e as teorias da reacção social chamaram a atenção para a questão do desvio. A Escola de Chicago colocou ênfase na importância da construção social do crime, da relação entre o comportamento e os processos criminais, e dos processos de desvio secundário. Noções como diversidade cultural, desvio normativo, controlo social ou reacção ao desvio trouxeram uma análise crítica de conceitos como “perigosidade”, “estado perigoso”, “indivíduo perigoso” ou “classe perigosa”.

A associação entre doença mental e violência “é apenas um dos muitos estereótipos negativos e atitudes preconceituosas mantidos pelo público relativamente a pessoas com doença mental” (Arboleda-Flórez, 2008: 1). Este autor, ao debruçar-se sobre o estigma da doença mental nas sociedades contemporâneas, explica como

[a]s percepções culturais da doença mental consideram que esta representa uma ameaça tangível à saúde da sociedade, pois engendra dois tipos de medo: o medo de uma ameaça imediata como um potencial ataque físico, e o medo que provavelmente todos partilhamos de poder estar a perder a nossa própria sanidade mental. Para mais,

considerando como a pessoa doente mental é estereotipada, conceptualizada e rotulada como preguiçosa, inútil e, conseqüentemente, um fardo para o sistema, a doença mental poderá ser igualmente percebida como oferecendo uma ameaça às crenças e sistema de valores partilhados pelos membros do grupo (2008: 4).

Os múltiplos estudos de teor mais ou menos sociográfico⁶⁵ que procuram basear em dados estatísticos a relação entre determinadas patologias e certos tipos de crime são um exemplo. O papel dos *media*, com especial destaque para a imprensa “sensacionalista”, também não é despiciendo na actualidade, tal como analisa Morrall (2000: 191-196). Este autor, ao analisar criticamente o “detalhe sociográfico” no qual se funda a relação entre doença mental e crime, no seio daquilo a que chama de “indústria da saúde mental” ou “negócio dos loucos”, constata:

Os loucos que matam estão numa categoria sócio-legal diferente da dos homicidas “normais”. Aqueles que são vistos como dementes, seja no momento ou após o evento, são impelidos para um estrato de desvio distinto e desonroso. Eles são os perigosos “sem razão”. Estes canalhas são vistos como uma “dupla ameaça” – loucos e maus! (Morrall, 2000: x).

O mesmo se aplica à institucionalização destes indivíduos, seja esta devida ou não à prática de um crime (ou seja, através da medida de segurança de internamento). Foucault acaba por concluir que aqui o cerne da questão não é o perigo que o indivíduo com doença mental representa, mas sim a sua *diferença*. Diferença esta que o Estado procura colmatar ou, pelo menos, apartar dos cidadãos ditos normais através da sua colocação em estabelecimentos distintos (1975; 1978; 1990a; 1990b; 1994).’ Uma tal intervenção por parte da psiquiatria procura “elear” a pessoa considerada doente mental aos “standards de saúde” vigentes na sociedade em causa e/ou, em particular quando a clínica não consegue fornecer uma solução, confiná-la por um período de tempo tido como adequado (Arrigo, 2002: 82-83).

O “desterro” através da institucionalização acaba por ser uma continuação das “naves dos loucos” de antanho, usando a imagética de Sebastian Brand, recuperada por Foucault, entre outros. Como refere Arboleda-Flórez, “a num nível mais prático, o estigma associado à doença mental também poderá ser atribuído aos locais tradicionalmente diferenciados para tratamento dos doentes mentais” (2008: 4). A este respeito, Goffman afirma que

[n]os muitos casos em que a estigmatização do indivíduo está associada com sua admissão a uma instituição de custódia (...), a maior parte do que ele aprende sobre o seu estigma ser-lhe-á transmitida durante o prolongado contacto íntimo com aqueles que irão transformar-se em seus companheiros de infortúnio (1994: 34).

⁶⁵Nos quais se inclui um vasto número de publicações de psiquiatras e psicólogos que fornecem dados a respeito da sua actividade, bem como manuais de direito penal.

No caso do inimputável perigoso, o internamento a que é sujeito é duplamente estigmatizante, pois que é o ponto de encontro entre o encarceramento do criminoso e a institucionalização do doente mental.

Arrigo descreve detalhadamente o fenómeno apelidado de “transcerceração” (2002)⁶⁶, o qual “implica o encaminhamento contínuo do criminoso com doença mental entre o sistema de saúde mental e o sistema jurídico-penal” (2002: 106). Desse modo, explica Arrigo, o indivíduo declarado inimputável é alternada e perpetuamente alojado em instituições de controlo institucional, seja este civil (estabelecimentos de saúde) ou criminal (estabelecimento prisionais), tornando-se assim “prisioneiro da reclusão”. Este processo de transcerceração, conclui, acaba por coactar, de modo substancial, a capacidade dos indivíduos nesta situação de vir a alterar o seu papel, ou de “renegociar a sua identidade”, obtendo desse modo um estatuto de “desviante” (“mau”/“louco”, etc.) virtualmente inalterável, que acaba por os reduzir ao silêncio por via de processos concomitantes de afastamento, confinamento e estigmatização, dando assim vida a uma punição que é simultaneamente penal, social e psicológica (Arrigo, 2002).

O conceito de disciplina como tecnologia política, desenvolvido por Foucault, surge neste contexto como fulcral. A este respeito, este autor tinha vindo a concluir que a reorganização hospitalar operada no século XVII teve por base não apenas técnicas médicas, a disciplina, analisando, ao longo de várias obras, como o controlo social é exercido por vários meios/saberes/disciplinas (para além das médicas, tais como o direito, em particular o direito penal), e apercebendo-se, igualmente, de que a disciplina não existe apenas na prisão, mas que se manifesta em outros locais (o asilo, o hospital, a fábrica, o exército, a escola). A disciplina assenta no controlo espacial dos indivíduos, na gestão disciplinar dos corpos, na vigilância contínua sobre os indivíduos (recorde-se o panóptico de Bentham), no registo contínuo e individual das actividades do indivíduo⁶⁷. Em obras como *Vigiar e Punir* (1975; cf. também 1978 a este respeito), Foucault defende que, com o advento do direito penal moderno, se dá uma mudança qualitativa na punição, mais concretamente nas formas de punir (nas penas, portanto: de corporais – tortura, mutilação, morte, sempre públicas –, passando-se ao encarceramento e à vigilância), que corresponde a uma mudança na forma de

⁶⁶ Para maior detalhe relativamente à realidade estadunidense no que concerne à transcerceração, cf. o estudo empírico (com uma resenha actualizada da jurisprudência estadunidense) de Arrigo, Bersot e Sellers (2011).

⁶⁷ Como destaca Santos (2000: 264-266), para Foucault, a disciplina é um poder que não vive através de uma estrutura horizontal, que não possui um “centro”, mas é sim um poder que perpassa, de forma horizontal, os sujeitos, que são simultaneamente objectos. O poder disciplinar com estas características é, para Foucault, distinto do poder jurídico do Estado moderno, pensamento que é, aliás, fundamento de algumas das críticas apontadas por Santos a este autor.

controlo/vigilância: o poder social deixa de estar representado no corpo dos monarcas (logo, um poder exercido “de cima para baixo”, literalmente) para ser exercido no corpo social. Para este autor, as instituições correcionais através das quais a disciplina se manifesta produzem corpos dóceis e úteis, seja através do trabalho, seja através do isolamento, sendo a punição ajustada em conformidade. O papel da psiquiatria no seio deste processo de “higiene social” é fulcral:

A psiquiatria viu-se imediatamente a si mesma com uma função permanente de ordem social, utilizando os asilos para dois fins: em primeiro lugar, para tratar os casos mais óbvios e mais embaraçosos mas, ao mesmo tempo, para proporcionar como que uma garantia, uma imagem de cientificidade, ao fazer o local do confinamento parecer um hospital (Foucault, 1990b: 180).

Esta mudança caminhou, efectivamente, a par e passo com a génese do direito penal moderno, que veio fornecer duas distintas vias de resposta ao crime – pena e medida de segurança –, assim garantindo a resposta apropriada a cada situação, bem como a própria possibilidade de resposta a cada situação, como se verá mais adiante neste capítulo, a propósito da medida de segurança.

5. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO CONCEITO DE PERIGOSIDADE

5.1. PERIGOSIDADE E INIMPUTABILIDADE

Na área da criminologia, foi Garofalo quem, em 1880, tentou pela primeira vez definir o estado perigoso enquanto tal, englobando (1) a “capacidade criminal ou temibilidade” (definidas como o fracasso de um indivíduo em responder a intimidar-se perante as advertências da comunidade); e (2) a “adaptabilidade ou capacidade de inserção social” (i.e., de que forma e em que medida um indivíduo é capaz de se adaptar adequadamente ao seu meio ambiente) (*apud* Calabuig, 2004: 952).

O conceito de perigosidade tem duas dimensões: criminal e social. A perigosidade criminal reconduz-se a um prognóstico de que dado indivíduo cometa um crime, para o que é necessário que tenha previamente tido outra conduta que a lei sanciona como crime. A perigosidade social diz respeito ao prognóstico de que um indivíduo cometa eventualmente factos danosos, pelo que é mais ampla, englobando tanto factos delitivos como outros dos quais advenha um dano social e não criminal. Atendendo às suas características (incerteza sobre o que pode consubstanciar um “dano social”, carácter exclusivamente “preventivo” – não se exige a efectiva prática de um crime para o Estado actuar –, e violação do princípio da presunção de inocência, por exemplo), é a primeira que prevalece no campo do direito penal

e da criminologia. É esta perigosidade criminal que surge como pressuposto da medida de segurança, dado que está em causa a prática – passada e futura/potencial de um crime (Calabuig, 2004: 952-953; González, 2010: 350-351).

O conceito de perigosidade é tido como essencial pelo direito para a questão da inimputabilidade. Resolve, para o pensamento jurídico-penal, o problema fulcral de fundamentar o encarceramento do indivíduo destituído de culpa, dando-se assim resposta a necessidades preventivas. Sejam estas de prevenir a prática de mais crimes por aquele indivíduo (a chamada prevenção especial) ou de conferir segurança a uma comunidade abalada pela prática de um crime e/ou manter a confiança dessa mesma comunidade nas instituições estatais (a chamada prevenção geral). O direito penal é definido como a *ultima ratio* de actuação do Estado, no sentido de que, de entre as suas possíveis respostas – mesmo nas vestes de poder judicial – é a mais gravosa, pelas suas consequências (condenação, pena/medida de segurança), pelo que se entende só poder intervir em casos extremos (i.e., crimes graves). As palavras lapidares de Beccaria marcaram indelevelmente o direito penal moderno desde a sua génese, definindo as suas características:

[P]ara que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis (2009: 163).

Este conceito de “perigosidade” é assim consideravelmente mais recente do que o de “inimputabilidade” ou “ausência de culpa” no seio do direito penal.

5.2. A PERIGOSIDADE NA LITERATURA E NA PRÁTICA FORENSE

O perito forense Calabuig, num famoso tratado da especialidade, define o estado perigoso como “aquele comportamento do qual com grande probabilidade pode derivar um dano contra um bem juridicamente protegido” (2004: 952).

A frase de Shaw “o conceito de perigosidade é um conceito perigoso” (*apud* Morgado *et al.*, 1989: 399) foi recorrente nas entrevistas realizadas, revelando um campo no qual os profissionais sentem inúmeras dificuldades práticas.

O próprio conceito, que é de natureza normativa e não clínica, é amplamente discutido – e considerado discutível. A “perigosidade” foi um dos exemplos dados nas entrevistas para demonstrar a desactualização do direito, neste caso do direito positivado no código penal e no código de processo penal, face à evolução das ciências psicoforenses. Foi também utilizado, de forma recorrente, para ilustrar as diferenças abissais existentes entre as expectativas de ambos os lados: o direito quer certezas, factos que possam consubstanciar

uma “verdade material” que é delineada e fixada no processo, e a psiquiatria ou psicologia forenses muitas vezes não conseguem fornecer tais respostas. Indo mais longe, um perito entrevistado considerou este conceito de perigosidade como “desatualizado, atávico até”.

A avaliação da perigosidade revela-se como de elevada complexidade para os peritos, “pois relativamente à perigosidade (...) as perícias psiquiátricas são frequentemente incapazes nesta matéria de responder às perguntas do Tribunal com certezas” (Vieira, 2002: 95). Foi este o sentimento presente durante a pesquisa, com os peritos a reiterarem como é difícil tentar prever os comportamentos futuros de um indivíduo. Um entrevistado comparou mesmo este exercício de prognose a “tentar fazer futurologia”.

A avaliação da perigosidade utiliza métodos que comportam instrumentos de avaliação *standartizados*, que consistem em indicadores estatísticos e tabelas analíticas que são aplicadas aos indivíduos, com as quais se procura complementar a visão estritamente clínica, através de uma abordagem estatística. São comumente utilizados por psicólogos. De entre estes, destacam-se os instrumentos desenvolvidos por Sheldon e Gklueck, por Drapkin, e por Schied, ou por Maywerk e Schaab (referidos em Manita, 2001; Pinatel, 1975; Webster, 1984; Montandon e Harding, 1984). Mas apesar da sofisticação e complexidade que atingem, estes instrumentos aplicam-se com dificuldade a diferentes realidades, pois “variam muito de uns países para os outros, em função da realidade sociológica, educacional e económica de cada um deles” (Calabuig, 2004: 959). Com efeito, considerando as diferentes realidades sociais de países como o Reino Unido, França, Estados Unidos (de onde são oriundos muitos instrumentos) e Portugal, compreende-se que tais indicadores e tabelas sejam realmente desadequadas. Da pesquisa decorreu efectivamente que, na prática forense, estes instrumentos de avaliação da perigosidade são vistos com um certo grau de desconfiança: as tabelas de previsão parecem ser utilizadas com parcimónia, “até porque a maioria desses instrumentos não se adapta à realidade portuguesa”, sublinhou um perito entrevistado. Assim, apesar da variedade e complexidade dos modelos desenvolvidos, a maioria dos autores e dos actores continua a vê-los como “erróneos”, “falaciosos” e mesmo “perigosos” (Webster, 1984; Montandon e Harding, 1984; Pinatel, 1975; Manita, 1998, 2001; Vieira, 2002). González sumariza:

apresentou-se uma multitude de esquemas de prognóstico de reincidência e tabelas de previsão que procuraram dar um suporte estatístico, se bem que temos o problema da variabilidade da realidade sociológica, educacional e económica de uns países para os outros, e igualmente temos que considerar que estas tabelas de previsão definem um colectivo e não um indivíduo, o que dá lugar a uma multitude de erros” (2010: 364).

Manita equaciona mesmo o uso de tais indicadores, “interroga[ndo] ou questiona[ndo] [o] próprio conceito ou [a] legitimidade da sua utilização” (2001: 44). Pronunciando-se igualmente no sentido das limitações destas tabelas, Vieira chega a sublinhar que “de acordo com vários estudos”, psicólogos, juízes, assistentes sociais “ou mesmo professores do ensino superior”, sem formação específica de psiquiatria forense, não terão “maior acuidade na predição da perigosidade” do que os psiquiatras (2002: 81).

Pelo que outras fontes de informação são tidas como tão ou mais importantes para fazer este juízo de prognose. Calabuig (2004: 959 e ss.) destaca que para um perito fazer um prognóstico a respeito da perigosidade de um indivíduo declarado inimputável, é necessário combinar as observações clínicas com outros factores, tais como “sociais, educacionais, laborais, etc.”. Complementando esta posição, González salienta a importância de outros saberes e de uma abordagem multidisciplinar na avaliação da perigosidade: “é, definitivamente, um estudo multidisciplinar, que, para além de médicos forenses ou legistas, pode implicar psicólogos, psiquiatras, assistentes sociais, profissionais de centros penitenciários e outros.” (2010: 364). Por exemplo, este último autor e perito forense aponta a importância dos antecedentes de delinquência, culturais, educacionais, sociais, económicos e laborais, entre outros, mediante informação complementar obtida de diferentes organismos, estatais ou não.

Já Manita salienta o valor do certificado do registo criminal e da própria história de vida do indivíduo, que entende serem os instrumentos mais fiáveis. Esta autora, ao fazer uma aturada resenha dos instrumentos de “avaliação da perigosidade que funciona(m), simultaneamente, como instrumentos de prognose da conduta criminosa”, acaba por observar que “[o] melhor predictor, segundo diferentes autores, continua a ser o registo criminal do sujeito ou, redefiniríamos nós, a sua própria biografia criminal, a sua trajectória desviante, a sua história de vida” (2001: 44). De facto, decorreu da pesquisa que, para proceder a esta avaliação (que é, na verdade, mais um juízo de prognose que uma avaliação propriamente dita), os magistrados se baseiam primordialmente no parecer dos peritos psiquiatras e psicólogos forenses, mas também em depoimentos de testemunhas (das vítimas, de familiares, de pessoas do círculo de sociabilidades do arguido, entre outras) e, acima de tudo, no Certificado do Registo Criminal, que permite verificar se o indivíduo tem um historial de crimes similares. Este instrumento, muito utilizado nos casos em que não se discute a questão da inimputabilidade, é portanto também convocado nestas situações. É efectivamente visto como um importante instrumento de previsão pelos actores – mas apenas poderá ser utilizado quando exista uma história de prática de crimes anterior.

Temos aqui mais um ponto de encontro entre a estigmatização do criminoso e a estigmatização do doente mental. Neste caso, a “marca” indelével do certificado do registo criminal que distingue o criminoso “de carreira” dá razão – e volume – ao receio que o doente mental, com todo o potencial perigoso, suscita: trata-se da “dupla ameaça do louco e mau”, recuperando as palavras de Morral (2000) atrás referidas.

Em consonância com as dificuldades práticas identificadas ao longo do trabalho, a falta de certezas nesta matéria é frequentemente referida na literatura da especialidade. Por exemplo, de acordo com Vieira, os juízos de prognose dos psiquiatras chegaram “a 40% ou mesmo 95% de falsos positivos”, concluindo que “actualmente, os mais pessimistas afirmam que a predição de actos perigosos pelos psiquiatras é correcta... pelo menos num terço dos casos” (2002: 95).

Perante as dificuldades sentidas pelos actores, a cautela na emissão destes pareceres parece ser a regra na prática forense: é patente em várias decisões analisadas a ausência de respostas taxativas por parte dos peritos consultados. A literatura da especialidade recomenda mesmo essa postura. Por exemplo, Pereira, Costa e Saraiva (1989, baseando-se em Fernandes da Fonseca, 1987) salientam que o perito deve, na elaboração de relatórios,

pronunciando-se os médicos-peritos pela existência ou não de “perigosidade”, (...) seguindo as orientações tradicionais de reconhecidos tratadistas no âmbito forense, (...) aconselhando que tal juízo seja sempre antecedido da palavra “provável”, graduando, inclusivé, essa probabilidade, consoante as características do comportamento em causa (1989: 404).

Mesmo quando o parecer a respeito da perigosidade se afigura como possível, Vieira explica que a sua validade é sempre limitada no tempo: se um juízo de prognose a respeito do controlo da perigosidade pode até ser viável para semanas ou mesmo meses, já não o será por períodos mais longos. Nas suas palavras:

A prognose psiquiátrica da perigosidade (...), para ser fidedigna, só pode ser a curto prazo, devendo ainda restringir-se à probabilidade da prática de factos concretos e para um conhecido ambiente em concreto. Fazer prognose de outra forma, é mera futurologia e arbitrariedade, sendo preferível talvez deitar uma moeda ao ar, lançar cartas de Tarot ou olhar para uma bola de cristal (2002: 96).

Ao longo da análise documental e das entrevistas tornou-se claro que há situações em que os peritos se recusam a responder a questões deste teor, deixando a sua recusa por escrito nos relatórios remetidos ao tribunal. Um perito entrevistado declarou que já aconteceu recusar responder a questões colocadas pelo tribunal, “por não ser possível fazer uma avaliação suficientemente sustentada” [entrevistado – perito 3].

Há por isso actores que procuram evitar as dificuldades que esta prognose lhes suscita abordando a questão da perigosidade de uma forma “construtiva”, ou seja, eminentemente clínica, pela via do tratamento. Esta opção foi encontrada em alguns casos analisados, para além de ter sido defendida por entrevistados:

Fora das situações em que há muitos indícios psicológicos, pelo tipo de patologia psiquiátrica, por condicionantes psicológicos, que o indivíduo vai repetir (...), a formulação que eu aprendi é dizer ao juiz: “se é perigoso? Não sei, trata-se e depois vemos.” (...) Porque é a maneira mais... há muitas escalas, mas na prática vamos deixar-nos de conversas. [entrevista 3 – perito]

Eu tento sempre responder pela via do tratamento. Se se trata é uma coisa, se não se trata é outra coisa. Normalmente eu respondo em função do tratamento. Evidentemente que critérios psicológicos de perigosidade... não existem! Há estatísticas, há trabalho, há percentagens das situações. Mas normalmente os tipos que são realmente perigosos não são declarados inimputáveis. [risos] E há uns critérios, mas se eu conseguisse fazer previsões não estava aqui. “Este senhor tem este problema, por isso metam-no na prisão porque daqui a uns 5 anos vai matar alguém.”? Isso não acontece! É evidente que há alguns contextos em que podemos dizer: se não os tratam, ou internam imediatamente, como tem uma patologia grave, não tem noção de que está doente, é muito agressivo... Há casos desses, mas é muito raro. Muitos dos nossos doentes, a partir do momento em que começam a medicação, deixam de ser perigosos. Portanto a resposta que damos à questão é perigosidade depende do tratamento. Se fizer o tratamento, não vai ser perigoso. Há muitos factores, eu acho que há coisas em que é muito perigoso um psiquiatra ou um psicólogo meter-se porque não sabe o que avaliar, por exemplo, os condicionamentos sociais... factores sociais que já não têm a ver com uma patologia psiquiátrica, tem muitas vezes que ver com contextos sociais, circunstâncias da vida, falta de suporte social... Isso não podemos avaliar nós. Porque estamos a meter-nos noutras terrenos, como o da sociologia, e estamos a fazer juízos que não são baseados na nossa vivência científica ou à luz da psiquiatria. [entrevista 1 – perito]

5.3. A PERIGOSIDADE NA PRÁTICA JUDICIÁRIA

As tensões identificadas no discurso apontam para a necessidade de observar na prática judiciária a interpretação e aplicação do conceito de perigosidade, assim como a interacção entre os agentes do sistema.

Definição no sistema jurídico-penal português

Especificamente no nosso sistema jurídico-penal, o conceito de perigosidade como fundamento da medida de segurança apenas veio a encontrar existência legal nos anos cinquenta, por meio do Decreto-Lei n.º 39688, de 05 de Junho de 1954, que veio nesse ano regulamentar as perícias médico-psiquiátricas e introduzir alterações ao código penal então vigente. No seu artigo 68.º foi então consagrado que

Os doentes inimputáveis que tenham cometido um facto previsto na lei penal a que corresponda pena de prisão por mais de seis meses, e que pela natureza da afecção mental devam ser considerados criminalmente perigosos, mormente em razão da tendência para perpetração de actos de violência, serão internados em manicómios criminais.

O critério estabelecido em 1954 parece ser, à semelhança dos modelos subjectivos de inimputabilidade, eminentemente “biológico ou psiquiátrico”, no sentido em que importante é a existência e natureza/características do distúrbio de que o indivíduo em causa é portador. Este é, de facto, o único critério previsto na lei para esta avaliação da “perigosidade”.

No projecto de código penal de Eduardo Correia (Correia, 1963: 124) vê-se já uma gradação no sentido de uma maior preocupação com outros factores para além da doença vista em abstracto, tais como “o conjunto da personalidade” do indivíduo. É também patente a tentativa de tornar a aplicação da medida de segurança mais “objectiva”, no sentido de, por essa via, se prevenir especificamente a prática de novos crimes e não apenas encarcerar, de forma preventiva, os portadores de determinada doença que cometam um único crime:

Aquele que for declarado inimputável, nos termos dos artigos 17.º e 18.º, e tiver cometido um facto ilícito descrito num tipo legal de crime, será, na respectiva decisão judicial, mandado internar em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança, sempre que do conjunto da sua personalidade e do seu facto se mostre que, em razão da sua anomalia psíquica, é criminalmente perigoso, na medida em que seja de esperar que venha a praticar outros factos graves criminalmente ilícitos (artigo 123.º).

Finalmente, no código penal de 1982, numa formulação que se mantém inalterada até hoje, veio a estipular-se que

Quem tiver praticado um facto ilícito típico e for considerado inimputável, nos termos do artigo 20.º, é mandado internar pelo tribunal em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança, sempre que, por virtude da anomalia psíquica e da gravidade do facto praticado, houver o fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie. (artigo 91.º, n.º 1)

Passou-se, assim, a considerar os efeitos da doença, privilegiando o resultado ao invés da causa. Perdeu-se a referência expressa “ao conjunto da (...) personalidade” do indivíduo, mas acrescentou-se o “fundado receio”, agora com traços mais limitados: surgiu a terminologia “outros factos da mesma espécie”, ou seja, a prática de crimes similares, e já não crimes graves em geral. Por um lado, não basta ser portador de uma doença mental, ou possuir certos traços de personalidade), havendo assim um alargamento do espectro de possibilidades, já que os critérios passam a ser, cumulativamente, (1) a doença e (2) a possibilidade de serem cometidos crimes similares. A referência ao “fundado receio” de que tal aconteça, se, por um lado, deixa toda a liberdade para que as provas sejam apreciadas, por outro, não fornece critérios para se proceder a um tal juízo de prognose. Nesse sentido, a

respeito da formulação acolhida na lei, Pereira *et al.* reflectem que “[o] nosso código, para além da exigência da gravidade, nenhuma orientação dá, deixando-se ao julgador muita latitude de apreciação” (1989: 401).

O processo-crime

Distribuição de competências e responsabilidades

A avaliação da “perigosidade” tem um enquadramento muito diferente e levanta questões de interpretação e aplicação diversas das que vimos no capítulo anterior a respeito da interpretação e aplicação dos conceitos de “inimputabilidade em razão de anomalia psíquica” e “imputabilidade diminuída”.

O papel do perito neste campo é diferente daquele que assume para a declaração de inimputabilidade. Neste caso, entendem a generalidade dos teóricos do processo penal e dos operadores, para a aplicação e manutenção da medida de segurança fundada na perigosidade, o magistrado já não se encontra vinculado ao parecer do perito. Ou seja, para aferir do perigo de o arguido vir a cometer outros crimes, o juiz poderá, sem qualquer constrangimento para além da necessidade de fundamentar a sua decisão em termos gerais, basear-se em todas as provas por igual – a prova documental do registo criminal, depoimentos de testemunhas, declarações do próprio arguido, objectos recolhidos na cena do crime, etc. Entende-se não se tratar de um juízo técnico-científico abrangido pelas regras processuais relativas à prova pericial⁶⁸, pois a própria lei, ao referir-se especificamente ao juízo sobre a perigosidade, deixa margem para a utilização de variados meios de prova, bem como relatórios periciais de várias entidades⁶⁹. Trata-se de uma posição que se tornou dominante após um acórdão do STJ de 25 de Outubro de 1995, sendo actualmente a seguida nos tribunais^{70 71}. Os operadores judiciais entrevistados seguem igualmente esta posição, mas

⁶⁸ Cf. o artigo 163.º, do código de processo penal (já referido a respeito da inimputabilidade).

⁶⁹ O artigo 160.º, do código de processo penal, rege a denominada “perícia sobre a personalidade”, que “pode relevar” e é um instrumento normalmente requerido pelo tribunal para tratar esta questão, a par das perícias médico-legais e forenses (reguladas no artigo 159.º, do código de processo penal). Neste normativo prevê-se especificamente a realização destas perícias a “serviços especializados, incluindo os serviços de reinserção social, ou (...) especialistas em criminologia, em psicologia, em sociologia ou em psiquiatria” (n.º 2), para o que “(o)s peritos podem requerer informações sobre os antecedentes criminais do arguido” (n.º 3).

⁷⁰ Aresto publicado na Colectânea de Jurisprudência de Acórdãos do STJ III, tomo 3, p. 211, do ano de 1995. Para maior detalhe, cf. Maia Gonçalves (1998) e Ribeiro (2008).

⁷¹ Encontra-se em decisões anteriores, que eram contudo minoritárias, tal como no caso n.º 101, no qual se decidiu que “Tendo como alicerce os depoimentos de testemunhas, do ofendido, de familiares do arguido, todos residentes próximo dele, de um agente da GNR, conhecedor da conduta habitual do arguido e, considerando ainda, o Relatório às Faculdades Mentais, pelo Centro de Saúde Mental, que concluiu ser o arguido “inimputável, embora não perigoso para a ordem e segurança públicas”, é possível o tribunal decidir, em contrário a essa perícia, que ele é “perigoso para o património em geral das pessoas residentes próximo de si” e que deve ser internado em estabelecimento de segurança.” [caso n.º 101]. O caso n.º 32 (decisão posterior, de um tribunal diferente), por exemplo, segue expressamente a orientação do caso anterior.

apesar de entenderem ter aqui maior liberdade na valoração das provas, resulta da análise documental e das entrevistas realizadas, que os magistrados solicitam em geral que os peritos se pronunciem sobre esta questão⁷².

A pesquisa permite identificar a forma como a magistratura portuguesa chega efectivamente às decisões sobre a perigosidade, os seus fundamentos sentidos. Assim, identificam-se três tendências dominantes na forma como o conceito é interpretado e aplicado: (1) na maioria dos casos, havendo inimputabilidade, há perigosidade; (2) a situação de perigosidade é afirmada em directa correlação com a patologia de que o arguido é portador; (3) a posição do perito é em geral seguida pelo decisor⁷³. Uma quarta tendência (4) é a utilização das características da doença como critério principal para avaliação da perigosidade. Tal como aconteceu nas decisões a respeito da declaração de inimputabilidade/imputabilidade diminuída, este retrato delineou-se de forma uniforme no tempo (datas das decisões) e no espaço (três instâncias) ao longo da minha análise.

No caso n.º 115 encontrei um exemplo tabelar destas quatro tendências em simultâneo. Trata-se de um caso de dois homicídios qualificados, um do pai do arguido, outro de um desconhecido que lhe prestava serviços de electricista. Neste caso, o decisor (1) aceitou na totalidade o entendimento pericial a respeito tanto da inimputabilidade como da perigosidade, (2) declarando o arguido inimputável, também o considerou perigoso, (3) fundamentou a sua decisão a respeito da perigosidade de forma extremamente sucinta e utilizando sem mais o texto do relatório à personalidade do arguido, num estilo similar ao visto para a declaração de inimputabilidade, (4) a patologia deste indivíduo é causa e fundamento único da sua perigosidade. Esta decisão é fundamentada da seguinte forma:

Desde os 29 anos de idade que o arguido apresenta sintomatologia psicótica, que se pauta por delírios acentuados de temática persecutória e envenenamento, grandeza e desconfiança, desmandos de comportamento com ameaças e agressões frequentes aos familiares, solilóquios, maneirismo, embotamento afectivo, isolamento. É assim portador de uma esquizofrenia paranóide. Tal patologia afecta, de forma determinante, as condições dos seus actos, colocando-o na situação de incapacidade do livre exercício da vontade, impedindo-o de poder avaliar o alcance desses mesmos actos e as suas consequências e de valorizar o seu carácter ilícito ou lícito, o que efectivamente sucedeu em relação aos factos descritos. Pelo estado actual da sua psicose e pela conduta que tem exibido, são de admitir novas acções delituosas, o que lhe confere um

⁷² Pereira et al. (1989: 404) observam ainda que, “muitas vezes, por rotina”, a resposta a esta questão é apresentada nos relatórios psiquiátricos médico-legais.

⁷³ Verifiquei ainda que este modo de decidir ocorre tanto aquando da decisão inicial em sede de julgamento, como nos casos de re-avaliação periódica da situação do arguido internado. Estes últimos são raros nas decisões recolhidas, visto que em geral constam apenas do despacho original, oriundo dos tribunais de execução de penas. Como já referi inicialmente, visto que o estudo da execução da medida de segurança ficava já fora do âmbito desta pesquisa, despachos desse teor foram apenas analisados quando referidos e citados em acórdãos dos tribunais superiores, e quando estava em causa especificamente a avaliação da perigosidade.

grau de alta perigosidade, necessitando de tratamento psiquiátrico contínuo. [caso n.º 115]

Os termos utilizados, oriundos directamente da psiquiatria, espelham a forma como os decisores judiciais aceitam e seguem o parecer do perito. Este é um excerto tanto do relatório pericial (citado no acórdão) como da decisão em si mesma, pois os magistrados “apropriam-se” do texto pericial, repetindo-o num ponto diferente do acórdão, agora como se fossem palavras suas.⁷⁴

De facto, a análise dos acórdãos e sentenças recolhidas ao longo do trabalho de campo revela que a maioria das decisões analisadas segue de perto, sem contestar, o parecer técnico a respeito da perigosidade. Sendo que a aceitação generalizada do parecer do perito por parte dos magistrados ocorre num campo em que não é obrigatória pelas regras processuais, contrariamente ao que sucede com a declaração de inimputabilidade. O apoio do perito neste campo é visto como “fulcral”, recuperando o termo utilizado por um entrevistado. Por um lado, existe um confronto entre saberes disciplinares que, neste caso, desqualifica os magistrados e os remete para um papel secundário. Por outro lado, a sua inserção sócio-profissional atribui-lhes um lugar de poder que conflitua com esta dimensão e lhes define responsabilidades de decisão cruciais para a comunidade.

Assim, o papel preponderante e, mais do que isso, monopolista que a psiquiatria assumiu no controlo social da doença mental, e dos indivíduos considerados perigosos em particular, impõe o seu conhecimento privilegiado ao direito, que assim cede terreno à clínica. Nas palavras de um magistrado entrevistado:

A saúde, a doença, as suas consequências e tratamentos estão para além do meu saber. Tenho que ter suficiente humildade para reconhecer as minhas limitações e por isso respeito as posições de quem sabe mais do que eu nessa matéria. [entrevistado – magistrado 2]

Às dificuldades acrescidas pelo facto de serem leigos na matéria acresce o facto de estes actores serem o receptáculo de expectativas hetero e auto-impostas: a magistratura está sujeita, a montante, à pressão da comunidade, e, a jusante, a um sentimento de responsabilidade social que lhe é inculcado pelas funções que exerce como órgão de soberania. A “ordem jurídica”, a “paz social” e a própria confiança dos cidadãos no sistema de justiça são vistas pelos próprios como sendo da sua responsabilidade, funcionando como interface entre o Estado e a comunidade. Assim, o juiz do tribunal de condenação acaba por se sentir e ser visto como responsável directo pela libertação do indivíduo declarado inimputável, sujeito ao

⁷⁴ Por economia de espaço, como são ambos iguais, apresento o excerto apenas uma vez.

escrutínio público e ao julgamento por parte da comunidade da comarca, em caso de reincidência.

O caso n.º 8 constitui um exemplo paradigmático: um indivíduo, declarado inimputável perigoso, cometeu um crime de homicídio qualificado e outro de tentativa de homicídio. Sendo o arguido já visto pela comunidade como perigoso⁷⁵, a vítima mortal a sua própria mãe⁷⁶ e a outra vítima um soldado da GNR (que havia ocorrido à cena do crime para auxiliar a vítima), e tendo os crimes ocorrido em local público⁷⁷ e com contornos especialmente violentos⁷⁸, tratou-se de um evento que deixou a comunidade profundamente abalada. Actualmente, o tribunal de julgamento continua a ser confrontado com pedidos para a não libertação do arguido. Estes pedidos são endereçados formalmente por familiares das vítimas e por elementos do corpo da GNR local, bem como por moradores daquela localidade. A situação aparece como particularmente preocupante para juiz e funcionários judiciais porque essa decisão já não é da sua competência, pertencendo ao tribunal de execução das penas territorialmente competente e aos peritos do estabelecimento em que o indivíduo se encontra internado. Não obstante, juiz e funcionários são frequentemente interpelados – e responsabilizados – a respeito da pendente libertação, deixando-os numa situação de potencial perda da confiança da comunidade e de serviços com os quais trabalham quotidianamente (GNR em especial, mas igualmente funcionários do Centro de Saúde) na actuação daquele magistrado em particular, e da justiça em geral.

A tendência de os decisores declararem a perigosidade sempre que há inimputabilidade, tendo como fundamento primordial as características da doença do arguido, está relacionada com as diferentes pressões, endógenas e exógenas, a que a magistratura se encontra sujeita. Por outro lado, independentemente da origem e dos fundamentos destas decisões, o potencial perigoso do doente mental sustenta a propensão para o securitarismo.

Um exemplo é o caso n.º 163. O indivíduo em causa era um idoso do sexo masculino, doente oncológico em fase terminal. Este encontrava-se confinado a uma cama, totalmente dependente de terceiros para os mais básicos cuidados de higiene, mas apesar do seu estado debilitado de saúde, continuou a ser considerado perigoso. Perante os pedidos das filhas do arguido para que acabasse os dias em casa, os peritos mantiveram um quadro abstracto de

⁷⁵ O arguido era sujeito de processos-crime e internamentos compulsivos anteriores.

⁷⁶ Tratava-se de uma pessoa de elevada respeitabilidade na localidade onde residia.

⁷⁷ Os factos desenrolaram-se no wc de um Centro de Saúde, em horário de expediente.

⁷⁸ Por exemplo, o arguido partiu três portas de madeira maciça trancadas “sem qualquer instrumento para além das suas mãos e pés”, “esfaqueou e retalhou” o corpo da mãe, queimando-o em seguida com gasolina que tinha transportado numa garrafa de plástico.

perigosidade, o qual foi seguido pelo decisor. A fundamentação apresentada centrou-se nos contornos do crime cometido (homicídio da cónjuge) e da doença mental. Nesse sentido, os operadores foram da opinião de que este indivíduo teria obrigatoriamente que ser mantido em internamento durante longo tempo, independentemente do seu estado de saúde e esperança de vida diminuta. Apresento em seguida um excerto ilustrativo do teor da decisão:

A declaração de perigosidade e aplicação da medida de segurança de internamento dependem, fundamentalmente, da formulação de um juízo de prognose baseado no conteúdo de perícias psiquiátricas e sobre a personalidade, nas estatísticas científicas e na experiência e no bom senso do julgador. No caso vertente o juízo de prognose formulado pelas instâncias teve por suporte perícia psiquiátrica cujo relatório e conclusões apontam no sentido de que o arguido AA sofre de perturbação delirante crónica e demência, perturbação paranoica que se caracteriza pela crença de ser objecto de conspiração, fraude e perseguição, a qual, atenta a génese e dinâmica do ilícito típico perpetrado, o torna portador de uma perigosidade acima da média da população em geral, perícia complementada pelos esclarecimentos prestados em audiência pelo perito subscritor, segundo os quais a actividade alucinatória do arguido poderá dirigir-se a novos alvos, sobretudo no seio da família, criando relativamente aos mesmos novos sentimentos de perseguição e de traição. Ora, atento o conteúdo e sentido da perícia psiquiátrica a que o arguido AA foi submetido e a gravidade do facto cometido, nada há a censurar ao juízo de prognose formulado pelas instâncias, bem como à aplicação da medida de segurança de internamento, medida que se mostra indispensável, adequada e proporcional (...). [caso n.º 163]

Ao longo do trabalho de campo deparei-me com situações que vão mais além nesta tendência “securitária”, isto, é, em que os operadores judiciais entendem ser de aplicar ou manter o internamento, mesmo quando os peritos não o vêem como essencial. Em geral, tais decisões são fundadas em questões de natureza processual, ou por se entender o internamento necessário para “defesa da ordem jurídica” e da “paz social”.

Um exemplo é o caso n.º 132. Nesta situação, apesar de os psiquiatras encarregados deste arguido serem do entendimento de que o mesmo se encontrava “cl clinicamente compensado da sua perigosidade”, podendo ser sujeito a medida de segurança não detentiva, o julgador foi de entendimento diferente. Mais concretamente, entendeu que não era a altura processualmente definida para reavaliar a medida de segurança de internamento, pois a última avaliação havia ocorrido há menos de 2 anos (prazo legalmente previsto), pelo que seria necessário protelar essa avaliação e eventual libertação. Neste caso, a justificação é de cariz fundamentalmente procedimental, embora coadjuvada por considerandos a respeito da eventual necessidade de outros meios de prova para se aferir da perigosidade.

Casos mais raros são aqueles em que os magistrados decidem contrariamente aos peritos no sentido de não existir perigosidade que justifique internamento. No caso n.º 143, por exemplo, os julgadores optaram pela suspensão do internamento apesar de a perigosidade do

arguido ser afirmada pelos peritos, entendendo que os eventuais perigos para a sociedade eram compensados pelos benefícios terapêuticos do regime ambulatorio. Os juizes do STJ justificaram a sua posição nos seguintes moldes:

Acresce que, embora estejamos perante factos correspondentes a crimes contra as pessoas (art.ºs. 91.º, n.º 2 e 98.º, n.º 2, do CP), nada aponta no sentido de que o tratamento em regime aberto se mostre incompatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social. De qualquer modo, a suspensão do internamento tem mecanismos de compensação, na medida em que será sempre possível, durante o prazo de duração - 5 anos no caso concreto -, fazer recolher o arguido à clausura se o regime de tratamento ambulatorio se vier a mostrar insatisfatório [caso n.º 143].

Uma magistrada entrevistada sumariou do seguinte modo a sua posição:

O facto de o perito dizer que não é perigoso não me deixa mesmo descansada. Até que ponto o doente se vai manter compensado ou não, e durante quanto tempo, depois do tratamento? Porque sabemos que este tipo de doença não se cura, é controlada... e até um determinado ponto... (...) Outra questão ainda é que a decisão judicial não se dirige apenas ao arguido, tem também como destinatários a vítima e a própria comunidade. Mesmo que o perito ao fim de 2 meses diga que está compensado e que já não existe perigosidade, dificilmente se pode considerar a libertação. Por um lado, quanto à vítima, está em causa a sua protecção e segurança. E em relação a toda a comunidade, de uma forma mais lata, a manutenção da paz e da ordem pública. Mais do que sentir pressão social, tenho a preocupação de uma decisão dessas, sendo precipitada, colocar pessoas e/ou bens em risco. Incluindo aqui o próprio arguido! Na perspectiva da comunidade, podia sentir-se uma situação de desigualdade perante outros indivíduos imputáveis que ficam presos. E... o próprio arguido, ao voltar à comunidade tão rapidamente, sem tempo de as pessoas esquecerem, entre aspas, ser visto com receio... ou, mais do que isso, com hostilidade pela comunidade, podendo ser objecto de estereotipação, ou mesmo alvo de justiça popular, entre aspas... (...) É a mesma ideia que pode estar subjacente à prisão preventiva de um imputável, por exemplo, (...). [entrevista 6 – magistrada]

A prognose de perigosidade surge como o ponto em que há maior dissenso entre peritos. Não obstante, é aqui que há maior consenso entre peritos e magistrados. Em suma: o parecer que os primeiros vêem como menos fiável é aquele que é mais pretendido – e seguido – pelos segundos.

Este verdadeiro paradoxo surge, para mais, numa situação em que o magistrado não se encontra processualmente obrigado a seguir este parecer. Uma tal aceitação por parte da magistratura é assim vista com alguma incredulidade pelos peritos, tomando em consideração a “reduzida fiabilidade” da previsão respeitante à perigosidade. Nas palavras de um entrevistado:

Se eu disser ao tribunal “este individuo é perigosíssimo”, ele aceita imediatamente, e aquilo não tem valor científico e é perfeitamente discutível. São as previsões, como de perigosidade, (...) que os juristas aceitam, acreditam piamente, mas sabemos que não têm fiabilidade nenhuma, nenhum fundamento científico. E são aquelas em que há diferenças de entendimento brutais. Curiosamente, são aquelas que as pessoas do

direito aceitam mais. Precisam mais, e se o perito diz que sim, estupendo. [entrevista 4 – perito]

Este jogo de dissenso que se torna consenso espelha como os magistrados se escudam, nestas situações mais complexas, por detrás da decisão dos peritos e, de uma forma mais lata, como o direito usa outro saber como forma de legitimação das suas decisões: esta psiquiatrização do sistema jurídico-penal demonstra o poder da ciência psiquiátrica que, na posse de um conhecimento privilegiado, surge como mandatada para exercer o controlo social, de forma higiénica, contra os perigos sociais do crime cometido pelo doente mental. O direito conta assim com a clínica para concretizar os conceitos técnico-jurídicos plasmados na lei – aqui, a perigosidade, mas também a inimputabilidade e a imputabilidade diminuída, como se viu no capítulo anterior.

6. A MEDIDA DE SEGURANÇA

Tal como referido anteriormente, uma análise detalhada da execução da medida de segurança está fora do âmbito desta dissertação. No entanto, afigura-se necessária a sua análise no âmbito do conceito de perigosidade, que fundamenta a sua aplicação e manutenção. A análise documental relativa à execução da medida de segurança cinge-se aos acórdãos recolhidos com referências à medida de segurança aplicada ou em execução, e não contempla decisões dos tribunais de execução das penas e das medidas de segurança. Esses arestos são analisados essencialmente do ponto de vista da interpretação e aplicação do conceito de perigosidade pela magistratura. Esta análise documental foi ainda complementada pelas entrevistas realizadas e por informação constante da literatura especializada.

6.1. GÉNESE LEGAL E EVOLUÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Como já se viu acima, a perigosidade surgiu nos códigos penais da modernidade por imperativos eminentemente práticos: fundamentar a aplicação de uma medida de segurança (internamento, por princípio) a um indivíduo declarado inimputável, já que sendo incapaz de culpa por definição, a reacção *standard* do estado ao crime (a pena) não podia ser aplicada.

O fundamento último de privação da liberdade que a pena encerra só podia ter como causa a prática de um crime *com culpa*: assim determina o princípio da culpa (*nulla poena sine culpa*), pedra angular do direito penal moderno. Pelo que os doutrinadores entenderam que as penas, fundadas na culpa e com (elevadas) finalidades retributivas, tal como eram delineadas na era do iluminismo, não podiam proporcionar uma resposta apropriada aos crimes

cometidos por indivíduos demasiado jovens ou portadores de doença que os impedisse de culpa.

Ainda assim, o “potencial perigoso” do indivíduo simultaneamente doente mental e criminoso não poderia deixar de ter uma reacção por parte do Estado, fosse esta de tratamento e de “recondução do indivíduo aos *standards* de normalidade” ou, mais realisticamente, de o separar dos “normais”, “através da sua colocação em estabelecimentos distintos” (Foucault, 1965, 1978, 1990a):

O propósito [dessa] sanção não será, portanto, punir um sujeito de direito que, voluntariamente, violou a lei; o seu papel é o de reduzir tanto quanto possível – seja ou pela eliminação, ou pela exclusão, ou por restrições várias, ou por medidas terapêuticas – o risco de criminalidade representado pelo indivíduo em questão (Foucault, 1990a: 148).

Após longas querelas teóricas, a medida de segurança surgiu pela primeira vez no Anteprojecto de Código Penal da Suíça, de 1893, estruturada por Stoos. Seguiu-se o Projecto de von Liszt e Kals, de 1911, e posteriormente muitos outros códigos. Este dualismo (pena e medida de segurança) encontra-se em muitos códigos penais da actualidade, como o suíço, o alemão, o austríaco, o italiano, o espanhol e o português. Note-se que já no Projecto de Código Penal português de 1789, Mello Freyre alertava para a inutilidade da punição aplicada aos indivíduos com doença mental⁷⁹. Com diferentes fundamentos (por estes indivíduos serem “incapazes de culpa” por definição, a sua “perigosidade” tomou o lugar da culpa como fundamento da pena) e finalidades (prevenção, não retribuição), a medida de segurança surgiu, deste modo, como contraparte da pena (Barreiro, 2000; Dias, 2007; Antunes, 2002).

Com o advento do direito penal moderno, fruto do iluminismo, a punição pela prática do crime deixou de ser corporal (tortura, mutilação), embora a morte se mantivesse (e mantenha, em vários ordenamentos jurídicos), apesar de “amaciada” por ser prescrita para os crimes mais graves e através de formas mais “humanas” de tirar a vida ao criminoso. O afastamento através do desterro deixou igualmente de existir. A pena de prisão passou a ser a prática corrente, com limites temporais muito variáveis que foram diminuindo com o decorrer do tempo, eventualmente complementada pelos trabalhos forçados⁸⁰.

Em Portugal, as chamadas “penas cruéis e infamantes” (castigos físicos públicos) foram abolidas com a Constituição liberal de 1822, embora a pena de morte se mantivesse. Esta foi

⁷⁹ Para maior detalhe, cf. Rodrigues, 2000: 32 e ss.

⁸⁰ Para a evolução legal, veja-se, na doutrina das penas e das medidas de segurança, por exemplo, Dias (2007), Roxin (2004), Bettioli (1977), Beccaria (2009), Jescheck e Weigend (2002), Maia Gonçalves (1998; 2009). A respeito exclusivamente da medida de segurança de internamento e da sua – falta de – evolução, cf. Antunes (2002).

totalmente abolida apenas (embora Portugal tenha sido precursor nesta medida) em 1867, na extensa reforma que alterou o código penal de 1852 e que se destacou pela suavização (para a época) das penas previstas⁸¹.

Actualmente, as sanções penais previstas no código penal português (de 1982, com sucessivas revisões) são a pena de prisão e a pena de multa, estando estas expressamente previstas para o sancionamento dos crimes elencados na parte especial do código penal⁸². Não obstante, esse diploma prevê uma panóplia de penas de substituição, que podem ser aplicadas e executadas em substituição das penas principais. Ao longo dos anos, as sucessivas revisões do código penal têm vindo a alargar o leque de penas de substituição e ampliar o seu âmbito de aplicação. Nos termos da lei, as finalidades de prevenção especial de socialização são decisivas, pelo que o tribunal só deve afastar a aplicação da pena de substituição se e quando a pena de prisão se revelar efectivamente necessária e as penas de substituição não se mostrarem adequadas e suficientes. As finalidades de prevenção geral limitam na prática os objectivos socializadores, na medida em que as sanções penais devem sempre permitir a tutela dos bens jurídicos e a defesa da ordem jurídica. A lei penal não estabelece um critério de preferência entre as penas de substituição, cabendo ao julgador optar pela mais adequada para alcançar as finalidades preventivas da punição⁸³.

Ao longo das alterações sucessivas ao elenco de penas ao dispor do julgador, nota-se o esforço do legislador para fomentar a aplicação destas penas, apelando-se à responsabilização do condenado perante a sociedade e o Estado e ao envolvimento da sociedade na sua reintegração.

Assim, desde a sua génese iluminista, as penas evoluíram no que respeita às suas finalidades e modalidades. No caso português, pena de morte, castigos físicos, desterro, prisão perpétua, ficaram para trás, e a duração máxima de pena de prisão a que um indivíduo pode ser

⁸¹ Por exemplo, a pena de morte foi substituída pela prisão celular perpétua; a pena de trabalhos públicos perpétuos pela de prisão maior celular por 6 anos, seguida de degredo por 10 anos; a pena de degredo perpétuo pela de prisão maior celular por 4 anos, seguida de degredo por 8 anos; e a de trabalhos públicos temporários pela de prisão maior celular por 3 anos, seguida de degredo por tempo de 3 até 10 anos.

⁸² A chamada “parte especial” é a secção de um código penal em que são previstos os crimes, com referência à conduta que os consubstancia e à pena que a sua prática implica.

⁸³ As penas de substituição podem ser (1) privativas ou (2) não privativas da liberdade. (1) As penas de substituição privativas da liberdade previstas são a prisão por dias livres (artigo 45.º do código penal), o regime de semidetenção (artigo 46.º) e o recentemente criado regime de permanência na habitação, com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância (artigo 44.º), que se traduz no cumprimento da pena de prisão no domicílio com vigilância electrónica e é aplicável em alternativa às penas de prisão até um ano ou a penas superiores, desde que o remanescente a cumprir não exceda um ano. (2) As penas de substituição não privativas da liberdade são a admoestação (artigo 60.º), a suspensão da execução da pena de prisão, simples ou mediante a imposição de deveres, regras de conduta ou regime de prova (artigos 50.º e seguintes) e a prestação de trabalho a favor da comunidade (artigo 58.º e seguintes).

condenado actualmente é de 25 anos, em caso de concurso de crimes⁸⁴. Existem agora variadas penas alternativas ao encarceramento, menos criminógenas do que este. São mais imaginativas e chegam a ter finalidades adicionais, de foro ressocializador e mesmo terapêutico. Em Portugal, este padrão de evolução é muito claro na lei escrita, em especial na última reforma do código penal, de 2007⁸⁵.

A medida de segurança, no entanto, mantém-se “estagnada”, à margem desta evolução. Veja-se a formulação “do artigo 91.º, do actual código penal:

Artigo 91.º – Pressupostos e duração mínima [das medidas de segurança]

1 – Quem tiver praticado um facto ilícito típico e for considerado inimputável, nos termos do artigo 20º, é mandado internar pelo tribunal em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança, sempre que, por virtude da anomalia psíquica e da gravidade do facto praticado, houver fundado receio de que venha a cometer outros factos da mesma espécie.

2 – Quando o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime contra as pessoas ou a crime de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a 5 anos, o internamento tem a duração mínima de 3 anos, salvo se a libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social.

Analisando este normativo, observa-se que (1) não só não prevê nenhuma medida de segurança para além do internamento (ou seja, uma medida de segurança privativa da liberdade, ao contrário do que sucede com as penas); (2) como não está adaptado às actuais possibilidades terapêuticas (em especial psicofarmacológicas, neste caso), que permitem, na maioria das vezes, uma intervenção com sucesso e rapidez no controlo do estado perigoso do indivíduo⁸⁶.

O seu enquadramento legal segue a mesma linha. (1) A duração do internamento é por natureza indeterminada, estando a libertação condicionada à “cessa[ção] do estado de perigosidade que lhe deu origem” (artigo 92.º, n.º 1). Encontra-se ainda balizada por um mínimo de 3 anos, se estiver em causa criminalidade de média ou elevada gravidade (i.e., se lhe corresponder uma pena de prisão de mais de 5 anos) e por um máximo que corresponde ao limite máximo da pena prevista para o crime cometido. Estes dois limites temporais são, nos termos da lei escrita, flexíveis: no seu mínimo, se tiver cessado a “perigosidade criminal” do indivíduo e “a sua libertação se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social”; no seu máximo, se o crime cometido for grave (isto é, se lhe corresponder uma pena

⁸⁴ Vários crimes – graves – julgados em simultâneo.

⁸⁵ Por exemplo, em certos casos de violência doméstica, o arguido pode ver a sua pena de prisão suspensa, adstrita ao cumprimento de deveres de conduta de cariz terapêutico, como a frequência de programas de tratamento para agressores.

⁸⁶ Para maior detalhe a este respeito, cf. o estudo detalhado de Antunes (2002).

de prisão de mais de 8 anos) e a sua perigosidade “for de tal forma grave que desaconselhe a sua libertação”, caso em que o internamento será sucessivamente prorrogado por períodos de 2 anos⁸⁷. (2) Concedendo outro – ligeiro – abrandamento à rigidez do quadro legal, este internamento pode ser suspenso (à semelhança do que sucede com a pena de prisão), “se for razoavelmente de esperar que com a suspensão se alcance a finalidade da medida” (artigo 98º, n.º 1, *in fine*). Resta saber se estes mecanismos são utilizados, de que forma, e se são suficientes.

Em suma, a medida de segurança não tem acompanhado nem a evolução do foro legal, nem as evoluções terapêuticas da psiquiatria actual. Importa agora analisar a sua aplicação.

6.2. A PRÁTICA DOS ACTORES PSICOFORENSES⁸⁸ E JUDICIÁRIOS

O código penal português, diferentemente do que se passa com as penas, não prevê expressamente nenhuma medida de segurança não privativa da liberdade (só há referência ao internamento, para os casos de “perigosidade”) e não permite, pelo menos de forma clara, formas alternativas na sua execução para além da suspensão do internamento⁸⁹.

Do trabalho de campo decorreu que o desenho legal da medida de segurança é fonte de forte contradição entre o posicionamento de peritos e de magistrados. A assincronia entre a evolução da psiquiatria e a evolução do direito penal cria assim uma das poucas situações em que ambos os campos não estão de acordo ou, pelo menos, em actuação coincidente, criando um dissenso que parece ser praticamente intransponível.

⁸⁷ Cf. artigos 91.º e 92.º.

⁸⁸ Refiro-me aqui aos peritos forenses.

⁸⁹ Alguns operadores referem como a manutenção do internamento por longo período é a regra neste sub-grupo dos doentes inimputáveis. Como já referi, uma análise sociológica da execução da medida de segurança, que permitiria explorar esta problemática e estas – e outras – condicionantes encontra-se fora do âmbito deste pequeno trabalho.

Vieira, médico psiquiatra e consultor do Serviço de Psiquiatria Forense do INML na Delegação de Lisboa, sumariza esta tendência do sistema: “O problema principal, e que na realidade pragmática é frequente, reflecte-se no risco de uma medida de segurança se transformar numa pena que tendencialmente, além do mais, será perpétua, já que os inimputáveis são segregados pelo duplo estigma criminosos e “malucos”. (2002: 93). No seu entendimento, as características de grande parte dos utentes do seu serviço são “difícilmente compatíveis com delinquência”, mas não obstante há uma declaração de perigosidade e, consequentemente, o internamento, mantêm-se. Para este especialista, a defensividade de todos os envolvidos e a inércia do sistema poderá ser, em nosso entender, uma das causas da discrepância entre a ‘perigosidade’ e a perigosidade” (2002: 136). Descrevendo uma realidade que lhe é familiar, Vieira aponta algumas causas sistémicas: “(...) amarga é a realidade. Os inimputáveis ditos perigosos arrastam-se anos e anos nos serviços hospitalares, quase a todos servindo a sua alegada “perigosidade”: ao médico assistente que faz informações sumárias e pouco claras (além de atrasadas) ao Tribunal; ao enfermeiro que conhece o doente há anos (contrariamente de um outro que poderá vir se este for libertado) e diz que “ainda o outro dia ficou agressivo e teria sido um problema se não fosse a sua pronta e diligente intervenção”; ao perito nomeado que evita responsabilizar-se por uma afirmação de não perigosidade “é que nunca se sabe...”; aos familiares que quantas vezes vêm explorando economicamente os bens do doente, que vêem como um “fardo”; aos habitantes da mesma aldeia “se ter cá um criminoso já é mau, então um maluco...”; ao I.R.S., que se o inimputável for libertado fica ainda mais sobrecarregado de relatórios; ao Tribunal pressionado pelo número de processos ou comunicação social e a quem todos irão tentar responsabilizar se algo correr mal; ao próprio inimputável, que apesar de tudo e vendo-se rejeitado, “tem cama, mesa e roupa lavada”. (Vieira, 2002: 94). Para maior detalhe, cf. Vieira (2002: 13-137).

Assim, da pesquisa decorreu a insatisfação dos peritos forenses perante o que consideram ser um “claro atraso evolutivo” do direito, em especial face às actuais possibilidades terapêuticas:

[o] que eu criticaria muito do sistema é a execução da medida de segurança, que não está de acordo com os tratamentos da medicina psiquiátrica actuais. Não tem nada a ver com o que é que são os tratamentos actuais (...). Isso de facto levanta muitos problemas. A pessoa estar não sei quantos anos internada sem necessidade por estar controlada, quando ao final de uns meses o problema está controlado... Isso posso assegurar eu! Com um tratamento tipo compulsivo, entre aspas. (...) São questões em que a lei está muito desadequada, desactualizada. Acaba por ser injusto (...). [entrevista 3 – perito]

Actualmente, devido aos avanços na psicofarmacologia, um arguido declarado inimputável e considerado perigoso poderá cessar o seu estado de perigosidade em pouco tempo e estar assim em condições de ser libertado, com a adequada intervenção terapêutica. Nesses casos, defendem os peritos entrevistados, esse indivíduo poderá ser “quase de imediato” colocado em liberdade. O código penal (artigo 91.º, n.º 2, *in fine*), ao permitir a libertação do indivíduo logo que cesse o estado de perigosidade, se e quando esta “se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social”, abre a porta a essa possibilidade.

No entanto, a actuação dos magistrados vai em sentido contrário. As já referidas pressões endógenas e exógenas a que a magistratura se encontra sujeita estarão na base deste posicionamento. De tal forma que a confiança no saber especializado da ciência psiquiátrica é posta em causa. Nas palavras de alguns entrevistados:

Não [referindo-se a uma libertação rápida, nos moldes acima explicados]! Isso não seria prudente. Acho que ao fim de tão pouco tempo pode ser precipitado concluir que já está compensado e por isso já não é perigoso. Todos temos a experiência, no âmbito de processos de internamento compulsivo, de haver sucessivas alterações de estado de saúde, alternando períodos de compensação com períodos de descompensação. Em face de factos muito graves, há que dar tempo para ver se realmente não há risco de reincidência. [entrevista 5 – magistrado]

Ah, mas o perito é perito, mas não prevê nem garante o futuro. Eles próprios o dizem! [entrevista 6 – magistrado]

Ou seja, o crédito científico da psiquiatria a respeito da perigosidade do doente mental é seguido quando subscreve as necessidades securitárias do sistema penal. Reiterando a posição de “garante da segurança jurídica e da paz social” dos tribunais, uma magistrada entrevistada esclareceu:

Está em causa a vida e a segurança das pessoas e este tipo de decisão não pode ser tomado de ânimo leve e precipitadamente. Se morrer alguém, não o posso fazer voltar à vida... são coisas que não têm remédio... (...) Todos conhecemos situações em que se subvalorizou o perigo e as consequências foram dramáticas. (...) Há que lembrar que há pessoas cuja vida e integridade física pode ser posta em causa. Tem que se ponderar os

interesses do arguido com a protecção da própria vítima e da comunidade. [entrevista 6]

As expectativas da comunidade abalada pelo crime, bem como eventuais necessidades de protecção do próprio arguido de situações de justiça popular são preocupações reais dos magistrados no terreno, tal como foi acima já detalhado.

A análise da aplicação da medida de segurança revela uma reconfiguração de posições no jogo saber/poder de magistrados e peritos, mostrando uma área de dissenso entre uns e outros, que contrasta com o observado relativamente à perigosidade.

A execução da medida de segurança: algumas questões

Apesar dos limites da lei escrita, a pesquisa mostrou que têm por vezes aplicação medidas alternativas ao internamento, que decorrem tanto na altura da decisão (quando a medida de segurança é imposta), como ao longo da sua execução. Trata-se fundamentalmente da medida de suspensão do internamento/regime ambulatorio (artigo 98.º, do CP) e a libertação para prova (artigo 94.º, do mesmo diploma), as quais são vistas como benéficas por peritos e também por magistrados. Defende Mullen que

[a] resposta mais eficaz aos riscos de comportamento perigoso por parte de doentes mentais não é o regresso a políticas de mais controlo e internamento, mas sim o incremento do cuidado, apoio e tratamento a pacientes dentro da comunidade (1997, *apud* Vieira, 2002: 143).

Do lado da prática judiciária portuguesa, o caso n.º 124 é uma decisão paradigmática, marcando muitas decisões posteriores ao estabelecer que:

Se o inimputável, sendo perigoso, é incurável, deve haver uma ponderação de interesses que balancem entre a importância dos valores que o inimputável, em liberdade pode afrontar e violar, e a gravidade da sua definitiva segregação social. Assim, se for possível a cura ou a garantia da necessária segurança da sociedade por meio de medidas de segurança não detentivas, tudo indica que isto se faça. [caso n.º 124]

Este entendimento foi encontrado ao longo do trabalho de campo, por exemplo, no caso n.º 143, a posição dos magistrados envolvidos foi nesse sentido. A suspensão do internamento do indivíduo declarado inimputável foi decidida, apesar de ser aceite a sua perigosidade: tanto os juizes da primeira instância como os de recurso foram do entendimento de que os eventuais perigos para a sociedade eram compensados pelos benefícios terapêuticos do regime ambulatorio. Os juizes do STJ foram mesmo do entendimento de que tinham o poder-dever de actuar daquele modo:

Neste contexto, será sempre preferível a opção por um regime ambulatorio, devidamente acompanhado, desde que se antevêja que essa via, preferível a todos os títulos aos regimes fechados, possa conduzir a resultados positivos. Como o sistema

"joga" com previsões ou prognoses, por natureza sempre aleatórias, contém naturalmente um certo risco, na medida em que, no domínio das doenças do foro mental, é sempre de esperar desvios susceptíveis de contrariar todas as previsões. Mas mesmo assim não há que recuar quando essa suspensão possa oferecer uma possibilidade, ainda que mínima, mas necessariamente sustentável, de surtir efeito. **E mais: constitui até um poder-dever do julgador determinar essa mesma suspensão se for razoavelmente de esperar que assim se atinge a sua finalidade que é a protecção de bens jurídicos através da reintegração do agente na sociedade e da neutralização da sua perigosidade por via da cura.** (...) Por outro lado não se antolha que, submetido a internamento efectivo, venha a encontrar melhor apoio para a sua cura, sabido como é que o isolamento da família e o afastamento dos universos habituais de vivência gera muitas vezes, especialmente nos pacientes de foro psíquico, impulsos de violência que prejudicam a recuperação desejada." [caso n.º 143] [destacado meu]

Porém, noutros casos em que se decide no sentido do não internamento do arguido, a fundamentação é mais sucinta. O caso n.º 120 fornece um exemplo extremo: nesse processo, o internamento do arguido ficou suspenso, apesar dos pedidos da vítima, que era vizinha do indivíduo (moravam no mesmo prédio, local onde tinham sido consumados os crimes). Em causa estavam dois crimes de violação. Esta vítima recorreu para o STJ da decisão, por "não conseguir viver na sua casa" com receio do arguido. Numa situação como esta, seria expectável que a fundamentação para recusar os pedidos da vítima e suspender o internamento (mantendo-se assim o arguido a morar no local do crime e junto da vítima), fosse detalhada e fortemente argumentativa. O que não acontece, sendo a fundamentação muito sucinta, em contraste com o exemplo anterior:

A preservação da dignidade do arguido deve ser salvaguardada e nesse ponto não nos merece censura o decidido [suspensão do internamento], mas atendendo aos elementos atrás referidos, particularmente à perigosidade por si revelada, à natureza da doença de que sofre, e às consequências que o seu comportamento é susceptível de manifestar, para a sociedade, apontam para a necessidade de uma vigilância menos afastada no tempo, como foi decidido no acórdão e no acompanhamento participado do Instituto de Reinserção Social. [caso n.º 120]

Por vezes são levantados obstáculos às alternativas ao internamento, quando sugeridas pelo perito, por parte dos tribunais. Estas "saídas precárias" são ainda vistas pelos operadores como utópicas face ao actual quadro legal, com suspeita e algum receio (Vieira, 2002: 139). A necessidade de controlo ou, mais correctamente, de validação destas opções por parte do tribunal aparece como essencial, quanto mais não seja do ponto de vista legal, mas revela-se difícil na prática.

Estão aqui em jogo diferentes tempos, os quais são de difícil coordenação: os tempos da justiça, marcados por prazos processuais e formalidades várias, vs os tempos da medicina psiquiátrica, em que as necessidades terapêuticas não se compadecem com tais formalidades⁹⁰.

O enquadramento jurídico da questão é complexo e não isento de lacunas, tanto legais como interpretativas. Embora exista o Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 98/89, pelo qual é salvaguardada a autonomia técnica nos cuidados de tratamento (o que permitiria que os clínicos do estabelecimento de internamento fossem totalmente competentes para a execução da medida de segurança), o seu alcance (em duplo sentido) é reduzido e mesmo dúbio: (1) não só este parecer não é uma lei, com força obrigatória geral, sendo apenas obrigatório para os magistrados do Ministério Público e não para os magistrados judiciais (os quais têm o poder decisório nestas matérias); (2) como é discutível que a cessação do internamento se inclua na mera execução da medida de segurança, ou que uma posterior sujeição ao regime ambulatorio seja uma medida de segurança ela mesma, passível de ser substituída pelo clínico que a executa e não pelo tribunal responsável pelo processo.

Mesmo entendendo que estariam em causa “saídas precárias” (à semelhança do que acontece na execução das penas de prisão) e não a cessação do internamento/substituição da medida de segurança imposta pelo tribunal através da liberdade para prova (como acontece nas penas de prisão, uma vez mais – esta hipótese encontra-se prevista no artigo 94.º, do CP), tal como indica Vieira,

levanta[m-se] alguns receios entre os psiquiatras quanto à legitimidade, ou não, de, sem autorização expressa do Tribunal, consentir saídas destinadas a reabilitação psiquiátrica decorrentes das *leges artis* actuais (2002: 138-139)⁹¹.

Este autor densifica a sua posição reflectindo sobre as responsabilidades que detém, enquanto médico, para com o seu paciente e para com o objectivo final que é a reabilitação deste:

O médico assistente destes doentes fica desde logo sujeito a um poderoso paradoxo: ou obedece ao tribunal, cumprindo a ordem de reabilitar e por isso é forçado a desobedecer, deixando sair dos muros do hospital (pois cientificamente não é possível reabilitar de outro modo); ou então desobedece, não reabilitando os inimputáveis, caso

⁹⁰ Conclui Vieira: “[e]sta é uma condição que a literatura científica internacional aponta como imprescindível para o sucesso de um tratamento comunitário de doentes mentais sujeitos a medidas de segurança: a autorização judicial para o clínico poder de imediato reinternar, se considerar necessário” (2002: 139).

⁹¹ Este autor e clínico sustenta a sua posição apresentando ainda procedimentos internos do serviço em que exerce funções (Unidade de Inimputáveis de Lisboa), os quais entende terem não só auxiliado o processo decisório do tribunal de execução de penas como, conseqüentemente, a recuperação dos indivíduos em causa. Por exemplo, informa que, no relatório de avaliação periódica (cf. artigo 93.º, do código penal), os seus serviços incluem uma rubrica em que integram informações de todos os técnicos da equipa assistencial, especificando-se aí os factores de risco de reincidência que foram trabalhados e quais os aspectos que necessitam ainda de vigilância futura, tanto em regime de internamento como já em ambulatorio. Vieira entende ser esta uma metodologia apropriada e que conduz a resultados positivos, sendo inclusivamente aceite pelos magistrados do tribunal de execução das penas competente (“pois nos últimos dois anos permitiu que 16 medidas de segurança fossem flexibilizadas, sendo judicialmente autorizadas saídas dos inimputáveis do perímetro hospitalar (...)” (Vieira, 2002: 138-139).

estritamente queira obedecer à ordem de não deixar os inimputáveis cruzar os muros da instituição psiquiátrica (2002: 95).

Aqui está um exemplo do conflito de deveres que assola o perito psiquiatra ou psicólogo. Com um duplo papel que o faz ter em simultâneo, deveres perante o tribunal, como perito, e deveres perante o paciente, como clínico – que por vezes se afiguram como antagónicos.

CONCLUSÕES

Como se viu ao longo dos capítulos anteriores, no campo dos processos de inimputabilidade, as relações entre áreas de saber e entre corpos profissionais assumem especial relevo. Nas palavras de dois peritos psiquiatras forenses, "[o] diálogo entre representantes de disciplinas tão diferentes nem sempre é fácil" (Pereira e Saraiva, 1992: 251)⁹². Numa terra-de-ninguém entre reinos de tecnicidade (psiquiatria forense vs direito penal, peritos vs magistrados), são pedidas respostas sobre assuntos jurídicos a peritos que as não compreendem completamente ou não têm resposta possível, e que o fazem em termos técnicos que, por sua vez, os magistrados não compreendem totalmente. Outros saberes aparecem como auxiliares do direito, chamados a produzir um parecer sobre conceitos que lhes são estranhos. Sendo chamados a fazê-lo numa linguagem que possa ser compreendida pelo direito – até mesmo transformada em direito, como direito aplicado –, mas sem renunciar aos seus próprios termos. Por seu lado, citando Dupret (2005: 623-624), colocado perante questões de teor científico, o sistema jurídico tem que produzir decisões que sejam igualmente científicas – e fazê-lo de uma forma que os sujeitos da decisão e a sociedade em geral possam entender o parecer científico e a decisão que nele se baseou.

Mas como ocorre efectivamente este processo? Como são construídas as relações entre saberes e entre profissionais? Foram estas questões que orientaram a presente dissertação, cujas principais conclusões procurarei sumariar.

Vimos como a lei portuguesa acolhe modelos mistos de inimputabilidade. Verificámos, no entanto, uma diferença entre modelo substantivo e modelo processual. O primeiro, de acordo com a análise documental, acaba por se reduzir, na maioria dos casos, a um esquema silogístico *arguido = doente mental grave = inimputável*; o segundo é mitigado pelo valor das provas periciais, caindo num modelo clínico *de facto*. A lei escrita aparece como desadequada, ou mesmo contraditória, face à realidade que pretende regular. No final, como as virtualidades que possui não são plenamente aproveitadas pelos operadores do sistema judicial, são deixadas de fora situações que poderiam consubstanciar uma inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, nos termos da lei, e/ou não fornecida uma resposta adequada a esses indivíduos.

⁹² Com uma posição similar, embora do lado da magistratura, cf. os comentários a respeito das incertezas dos médicos e da dificuldade de prova dos pressupostos da inimputabilidade, a propósito de um esboço do enquadramento normativo da inimputabilidade por J. Costa (2011).

As situações de imputabilidade diminuída são ainda mais raras, e encontram-se muitas vezes associadas a uma mobilização não oficiosa pelo tribunal, por parte da defesa do arguido. Apesar disso, o resultado final não é particularmente afectado, pois o efeito redutor na medida da pena é pouco significativo, se não nulo: se os peritos vêm na imputabilidade diminuída ainda inimputabilidade (mais correctamente, uma *possível* inimputabilidade), os magistrados vêem-na como imputabilidade, na ausência de indicação expressa de que se trata de uma situação de inimputabilidade, e tratam-na como tal.

Por seu turno, os requisitos (cumulativos) para a declaração de perigosidade do arguido inimputável e consequente aplicação de uma medida de segurança são actualmente: (1) a existência de uma doença do foro mental e (2) a possibilidade de o indivíduo, por esse motivo, vir a cometer crimes do mesmo género. Estes critérios para se proceder ao juízo de prognose a respeito da perigosidade são coadjuvados pela referência a um “fundado receio” de que tal venha a acontecer. As tensões e dificuldades levantadas a respeito deste conceito pelos operadores espelham as questões retratadas na literatura técnica sobre o assunto. Num tal contexto, a latitude que a legislação penal deixada ao julgador e ao perito que o auxilia na sua decisão acaba por ser contraproducente, no sentido que as decisões consultadas demonstram que o critério de existência de uma doença mental é de longe o mais importante para esta avaliação, surgindo também o conteúdo do certificado de registo criminal com algum relevo, particularmente para os magistrados (em especial quando pretendem ser mais securitários do que o perito). Desta forma, o amplo espectro de possibilidades que a lei escrita parece oferecer reconduz-se aos fundamentos mais restritos (e restritivos) possíveis: doença e cadastro. Espelhando as dificuldades de proceder a estes juízos de prognose, os peritos convocados por vezes não os fazem. Para mais, apesar de ser uma questão em que o julgador tem toda a liberdade para valorar as provas e decidir, segue em geral o parecer do perito, aventurando-se raramente para além dos seus limites e, ao fazê-lo, actuando de forma ainda mais preventiva do que o perito.

Observa-se, assim, uma forma de controlo social da doença mental levada ao extremo – precisamente porque auxiliada pelas amplas possibilidades facultadas pelo sistema jurídico-penal. No campo da perigosidade e da medida de segurança, de uma forma ainda mais extremada do que na declaração de inimputabilidade ou imputabilidade diminuída. A análise revela o predomínio de uma atitude ultra-preventiva nos modos de lidar com a pessoa com doença mental, em que o internamento/encarceramento quase-preventivo controla espacialmente estes indivíduos, disciplina-os, segrega-os por princípio, associando medicina

social e punição criminal, de uma forma higiénica, como forma de reagir aos perigos sociais advenientes da criminalidade relacionada com doença mental. Estes indivíduos, transcarcerados (Arrigo, 2002) mercê da perigosidade que lhes é atribuída, acabam por ser reduzidos a processos concomitantes de confinamento, segregação e estigmatização, de forma tendencialmente intermitente e/ou perpétua (seja apenas por via penal ou também por via “civil”), como *desviantes*, pois que fortemente cerceados na sua capacidade de (re)negociação identitária. Não há pena no caso da inimputabilidade, mas, deste modo, a punição resultante não é apenas penal, mas também ela social e psicológica.

A resposta propriamente dita do sistema – a medida de segurança – apresenta-se estagnada no campo estritamente legislativo, em forte contraste com os desenvolvimentos em termos de modalidades e finalidades das penas, operados por penalistas e por legisladores em particular nas duas últimas décadas. Algumas destas novas penas, aliás, acabam por conquistar território tradicionalmente pertencente à medida de segurança, por servirem algumas finalidades comuns, como no caso de alguns crimes de violência doméstica.

Este parece ser mais um reflexo da tradicional invisibilidade e incompreensão da doença mental. Deste modo, o direito penal e o sistema jurídico-penal globalmente considerado aparecem como guardiães de uma visão sanista, num duplo sentido. Por um lado, a prioridade e atenção da doutrina e da produção legislativa são dadas aos crimes cometidos por aqueles que não sofrem de patologia mental. Por outro, a ausência de alternativas à medida de segurança de internamento e o vazio legal da sua execução (que dita um *continuum* de isolamento) demonstram como o objectivo final ainda passa pela separação da pessoa com doença mental dos demais cidadãos. Por outras palavras, se os objectivos terapêuticos são efectivamente postos em causa pela ausência de mecanismos legais que permitem uma execução clinicamente apropriada da medida de segurança, a segregação puramente securitária acaba por ser um cenário real (Arrigo, 2002).

A medida de segurança, nos seus moldes actuais, acaba assim por se revelar como uma nave dos loucos pós-moderna. É certo que, ao longo do trabalho de investigação verifiquei que alguns actores, perante o vazio legal e as necessidades terapêuticas, equacionam alternativas na execução daquilo que é a medida de segurança de internamento. Mas esta actuação ocorre não só fora do âmbito da lei, como é, por esse motivo, tímida e circunscrita a alguns meios. Sem âncora legislativa e práticas regulamentadas, a medida de segurança flutua ao sabor das práticas e entendimentos de actores isolados. Portador de um duplo estigma, aquele que é declarado inimputável carrega a invisibilidade social característica da “loucura” para um

sistema penal já de si selectivo. Os seus múltiplos apodos e posicionamentos (doente, paciente, criminoso, arguido, inimputável, incapaz de culpa, internado, encarcerado...) e o conseqüente tratamento (em sentido amplo) a que é sujeito, sendo variados, são sempre um reflexo, uma forma, de controlo social e de segregação. A força disciplinadora mantém-se e actua simultaneamente em diversas frentes:

[O] sistema lança-os em várias direcções, umas vezes rotulando-os como criminosos, outras vezes como pacientes, outras ainda como desviantes. Estes rótulos servem frequentemente para descartar as verdadeiras responsabilidades e são um meio conveniente de racionalizar o nosso desconforto, ambivalência e não envolvimento. Estes exercícios são, claro está, preenchidos pela nossa relutância em enfrentar as questões do tratamento versus punição. Ilustram igualmente alguns dos dilemas inerentes à distinção entre normalidade e anormalidade, doença e pecado, cuidados e controlo (Prins, 2005: 2-3).

A ausência de mudança ao longo do tempo revela-se em diferentes campos, pois também na prática judiciária pude observar estagnação: por exemplo, foi impossível detectar tendências de mudança na prática dos tribunais. A inexistência de tendências de transformação nas decisões analisadas (que cobrem um largo espectro temporal), quer ao longo do tempo, quer de (tipo de) tribunal para (tipo de) tribunal, é significativa.

Relativamente à relação entre os actores do sistema, este trabalho permitiu identificar algumas questões-chave: (1) as especificidades do exercício da perícia médica; (2) os problemas das temporalidades diferenciadas do jurídico e do clínico; (3) a definição do campo leigo e científico; (4) as linguagens e o problema da tradução.

Em primeiro lugar, relativamente ao exercício do trabalho do perito, identifica-se uma dificuldade por parte do perito psiquiatra forense, devido à duplicidade de papéis que representa: clínico e perito. Ambas as actividades exigem deveres para com o paciente e para com o tribunal, respectivamente, e a perícia a um arguido cuja imputabilidade em razão de anomalia psíquica é discutida pode assumir contornos difíceis, se não irreconciliáveis: Pereira e Saraiva apontam a necessidade de o perito ser objectivo e preciso no seu diagnóstico, o que, dizem, não é facilmente conciliável com a “atitude compreensiva” e de “identificação com o outro” que é própria do médico enquanto tal (1992: 251). Um perito entrevistado, exercendo em simultâneo prática clínica, reiterou que, em caso de dúvida nas respostas a dar ao tribunal, “respondo como clínico, com tudo o que isso implica.” [entrevista 3].

Por outro lado, relativamente à dimensão das temporalidades, os tempos da lei processual e/ou exigidos pelo tribunal não são necessariamente os tempos exigidos para uma avaliação psiquiátrica e acção terapêutica, e nenhum é indulgente para com o outro. Pode por vezes ser

difícil ao perito responder às questões colocadas dentro das restrições temporais impostas pelas normas processuais, ou, o que é mais comum, nos prazos reduzidos com que são requeridas as perícias. Nas entrevistas a peritos foi recorrente a admiração por “haver processos que se arrastam durante anos nos tribunais”, mas para os quais “são pedidas perícias para ontem” [entrevista 3], o que percebem como frequente.

Ainda a respeito dos tempos, verifiquei, ao longo do trabalho de campo, que muitas vezes são pedidas perícias após um lapso de tempo considerável, mesmo de anos, depois de os eventos terem lugar, o que poderia colocar dificuldades acrescidas para a realização de perícias. No entanto, um perito entrevistado [entrevista 4] esclareceu que uma dilação temporal não é negativa, pelo contrário, em especial quando haja um historial clínico que seja possível seguir e/ou familiares ou pessoas próximas do indivíduo que seja possível entrevistar. Nesta perspectiva, um lapso temporal alargado trará consigo uma distanciação que permite fazer um retrato mais completo e mais fidedigno dos contornos dos eventos e do circunstancialismo do indivíduo em causa.

Relativamente à construção dos campos de saber, há a notar várias questões. Espelhando as dificuldades sentidas pelos peritos, em especial em sede de previsão da perigosidade, relatei como pode acontecer não haver resposta, pelo menos conclusiva, do perito às questões colocadas pelo tribunal. Nesses casos, o magistrado acaba por ter que decidir sem o apoio das “certezas” da ciência. Um perito entrevistado chegou a dizer, a esse respeito, que “há terrenos em que os juristas pretendem que seja o psiquiatra a exercer justiça. E não é isso [que o perito faz].” [entrevista 1].

De forma muito marcante ao longo da pesquisa – e de forma especial (e paradoxal) a respeito da prognose de perigosidade – pude observar como os magistrados se escudam nas opiniões dos peritos. Vê-se aqui como o direito se serve de um juízo científico alheio como forma de legitimação das suas decisões. Olhando pelo lado dos magistrados, surgem não só os condicionalismos inerentes ao facto de serem leigos nestas matérias, mas as responsabilidades perante a comunidade e o facto de estarem sujeitos a elevadas pressões externas, como interfaces que são entre o Estado – poder judicial – e essa mesma comunidade. Neste contexto, a psiquiatrização do sistema jurídico-penal é evidente: o conhecimento visto como privilegiado que possuem as ciências psicoforenses, em particular a psiquiatria, confere-lhes o poder para actuar perante os perigos que a pessoa simultaneamente doente mental e criminosa comporta – o qual é, por sua vez, devolvido à sala de audiência.

Os factos relatados nestes processos judiciais alimentam-se de várias linguagens, o que implica um esforço de compreensão por parte dos actores envolvidos. Esta é uma das questões mais delicadas da relação entre magistrados e peritos⁹³: a comunicação linguística dos peritos requer um esforço de tradução entre saberes, sem o qual alcançar a almejada “verdade material” é consideravelmente problemático – e alcançar uma decisão justa ainda mais. Diz Zapulli (2005) que a especificidade técnica/científica de determinados saberes (psicologia/psiquiatria forense, mas também balística, toxicologia e outras ciências forenses) implica, num processo judicial, que estas ciências, ao invés de representarem um obstáculo ao desenvolvimento normal da justiça, garantem e enquadram a produção da verdade material. Idealmente, as palavras utilizadas pelo perito, embora modificadas para um público “leigo”, seriam adequadas aos princípios do senso-comum, colocando-se ao serviço do conhecimento leigo do mundo social. Contudo, esta autora apresenta na sua obra casos como os de um perito que, ao ser entrevistado, renuncia a apresentar os factos de forma simplificada, portanto inteligível para o indivíduo comum, porque pretende *reivindicar a legitimidade* do seu *status* profissional. Isto acontece, de acordo com a mesma, porque a actividade do perito forense se reveste de uma competência reforçada em relação aos leigos, através de conhecimentos científicos/técnicos específicos e prática acumulada, que não podem atingir a sua plenitude através da linguagem comum. No entanto, apesar da especificidade terminológica, deverá haver sempre espaço para explicações simplificadas, perceptíveis para leigos, de modo a que a decisão do tribunal seja facilitada (os magistrados são, à partida, leigos nestes assuntos) e o produto final (sentença/acórdão) seja (como deveria ser em todos os assuntos) perceptível pelo público em geral, no qual estão incluídos os operadores judiciais e os indivíduos especificamente afectados (arguido, vítima, familiares), que são na verdade os destinatários da mensagem.

Viu-se como os peritos sentem dificuldade em por vezes compreender o que é pedido pelo tribunal, ou mesmo dar uma resposta às questões colocadas. Os conceitos centrais de “inimputabilidade em razão de anomalia psíquica” (desdobrado em “inimputabilidade” e “anomalia psíquica”) e “imputabilidade diminuída” revelam-se problemáticos na prática, dado serem – complexas – construções normativas. A dificuldade de compreensão de termos e formulações legais de natureza externa ao seu saber e à sua formação (embora baseados na psicologia e na psiquiatria), foi sendo ressaltada ao longo das entrevistas realizadas a peritos.

⁹³ Especificamente a respeito das diferenças entre discurso jurídico e discurso psiquiátrico (embora em contexto francês), cf. trabalhos percursores como o da psicóloga Monique de Bonis (1986) e do jurista e filósofo Michel Van de Kerchove (1986).

Acresce ainda que estes vêm os conceitos e as formulações utilizadas na lei escrita como desactualizados “em várias décadas” face ao estado evolutivo actual da psicologia e da psiquiatria:

É evidente que eu posso dizer que alguns dos conceitos que estão subjacentes às perícias estão, do ponto de vista psiquiátrico ou psicológico, ultrapassados. Mas eu não tenho culpa. De facto, as novas ideias, as novas correntes da psiquiatria não têm entrado no direito. Mas também não têm entrado no conhecimento do homem da rua ou no conhecimento geral. Portanto, eu não tenho culpa de que a nossa psiquiatria não chegue à pessoa da rua. Há-de lá chegar... É normal, os códigos não podem... o conhecimento científico está sempre a evoluir. Para mim, o que temos é uma solução de compromisso para a prática. O tribunal pergunta se o senhor tem isto e isto e a gente vê. O conceito da culpa... essas coisas para nós são chinês... Para nós, “culpa” é uma coisa, “responsabilidade” é outra. (...) Eu acho que é uma solução de entendimento, mas que daqui a uns anos pode evoluir... [entrevista 4 – perito]

Com estes constrangimentos, será que, no topo de tudo, os conceitos convocados mantêm a sua integridade ao longo do percurso que fazem, em que partem da esfera do direito para a esfera das “ciências da mente” (Teixeira, 2006a) para voltar à esfera do direito? Será que acabam por ser compreendidos à partida? E será que a resposta na chegada é perceptível? Sendo que, como vimos, na vasta maioria dos casos analisados as decisões judiciais são fundamentadas através de citações directas dos relatórios periciais, deles é impossível aferir do verdadeiro grau de compreensão por parte dos magistrados. Das entrevistas realizadas decorre que muitas vezes os magistrados sentem grandes dificuldades em compreender os relatórios periciais, razão pela qual ou os seguem sem mais (se “confiam” verdadeiramente no saber do perito) ou contactam os peritos para prestar esclarecimentos adicionais. Procurando evitar dificuldades na compreensão dos seus relatórios, um perito entrevistado declarou que elabora relatórios diferentes para “consumo interno” (para utilizar entre colegas) e para enviar ao tribunal, maioritariamente para ser melhor compreendido e, mais do que isso, por receio de ser mal compreendido. Este entrevistado explica que a falta de conhecimentos dos operadores judiciários pode levá-los a não compreender certas avaliações, que são complexas e mais do que a mera soma das suas partes, pelo que receia que certos resultados parciais dos exames periciais possam ser mal compreendidos, ou mesmo mal aproveitados por advogados. O receio de haver fugas de informação nos tribunais também não é despiciendo. Por estas razões, para o tribunal seguem versões reduzidas, simplificadas, em que certos pontos menores, discordantes do todo ou de mais difícil compreensão, são suavizados ou mesmo omitidos, em prol de um resultado final mais compreensível e menos propenso a interpretações incorrectas ou mesmo abusivas.

Quanto aos relatórios periciais propriamente ditos, deparei-me ao longo da pesquisa com documentos com uma linguagem francamente hermética do princípio ao fim. Paradoxalmente, manuais e artigos da especialidade salientam a necessidade de simplificar o discurso nas perícias (por exemplo, Pais, 2001; Scott, 1955, *apud* Azevedo, 1987). As decisões judiciais, por sua vez, adicionam ao jargão dos peritos complexidade jurídica adicional, sendo profícuos em expressões tabelares do direito misturadas com citações e repetições dos relatórios periciais. O resultado final acaba por ser algo que necessita de uma dupla tradução para ser compreendido pelos seus destinatários. Na falta de uma produção jurisprudencial mais dirigida ao cidadão comum, o papel de interface dos advogados surge como essencial. A problemática da inimputabilidade é efectivamente um ponto de contacto entre saberes, linguagens, formas de poder/de exercício de poder, profissões/classes profissionais. Como tal, um terreno propício ao exercício de tradução (Santos, 2002; 2007). O advogado poderá ser entendido como um tradutor, fazendo a ponte entre as partes directamente envolvidas no processo e os decisores. Quanto à relação perito-magistrado, num tal contexto, o papel da formação assume-se como primordial. Os actores envolvidos necessitam de conhecimentos oriundos de outros saberes, que os tornem capazes de actuar (e decidir, no caso dos magistrados) de forma conhecedora e ponderada. A este respeito, resulta da pesquisa que, não obstante os actores periciais e judiciais entenderem não terem tido uma formação adequada neste campo, esta será efectivamente essencial para uma boa actuação em situações tão complexas como aquelas em que se discute a inimputabilidade de um indivíduo. O que não existe actualmente, nem para magistrados, nem para peritos forenses. Os conhecimentos dos respectivos saberes são ensinados, mas os dos outros saberes que aqui entram em contacto não. O desconhecimento de parte a parte parece ser a regra; falha que alguns actores pretendem colmatar com a prática, com estudo individual e auxílio de terceiros. Nas palavras de um perito entrevistado:

[É] realmente muito difícil, a lei obriga a fazer um exercício para o qual não estamos treinados. E também obriga o juiz a fazer um exercício para o qual não está treinado. Obriga-nos a fazer uma interface. É a entrar por uma área que não é a nossa, a cada um. Os médicos, na área do direito. Os juízes, na nossa área. E, tal como acontece com os juristas, são terrenos em que não estamos à vontade. E isso passa pela formação. Na formação de cada um de nós. Antes de vir para aqui, e antes de se fazer muito esforço, não se sabe realmente nada a este respeito. As pessoas não vêm preparadas. Eu não vim preparado. Preparei-me e ainda me preparo, todos os dias. [entrevista 3 – perito]

O papel de uma formação abrangente e multidisciplinar surge, deste modo, como essencial.

Do quadro traçado resulta que a visão foucaultiana do controlo disciplinar para a criação de corpos dóceis, em que a punição é adaptável a diferentes situações, se adequa ao caso dos

indivíduos declarados inimputáveis em razão de anomalia psíquica. Desde logo, não pode haver pena porque não existe culpa por definição e considera-se que estes “não podem ser influenciados pelas penas” (é precisamente esta a fórmula do artigo 20.º, n.º 3, do código penal). Pelo que o direito penal engendra e o Estado, sob as vestes do poder judicial (da jurisdição penal, mais concretamente), aplica uma resposta alternativa ao crime cometido por estes indivíduos: a medida de segurança. A medida de segurança de internamento que substitui a pena, por seu turno, mantém-nos isolados, e o tratamento a que são sujeitos no seu âmbito mantém-nos dóceis.

Assim, numa situação de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, o direito cede espaço à clínica. Tanto a montante – a (quase) total dependência que o julgador tem do parecer do perito psiquiatra para declarar um indivíduo inimputável e perigoso – como a jusante – o silêncio da lei quanto à execução da medida de segurança e a alternativas/cumprimento do conseqüente internamento. O espaço que um perde ganha a outra, de forma proporcional, de forma que a área total de actuação do controlo social se mantém incólume. Esta é precisamente a perspectiva de Donald Black (1976). Este autor pretende criar uma teoria geral de todas as formas de controlo social, que define como o “manusear” do certo e do errado através da definição e da resposta ao comportamento desviante. Segundo o seu pensamento, sendo o direito inversamente proporcional a outras formas de controlo, outras instituições que também exercem controlo social reduzem a necessidade do direito, e vice-versa – tal como sucede com o direito e a clínica nas situações de inimputabilidade.

Estando em causa a prática de um crime por indivíduo entendido como portador de uma doença mental e declarado inimputável, vimos assim como duas formas de controlo social convergem, de uma forma que revela a medicalização/psiquiatrização, neste caso, do direito e do sistema jurídico-penal. Nestes processos-crime, a colaboração médica (Conrad e Schneider, 1992: 259) ganha especial relevo, pois que os actores clínicos são chamados a concretizar, como peritos, conceitos-chave como “doença mental” (“anomalia psíquica”, no caso português) e “perigosidade”, assim como para emitir um juízo de prognose a respeito desta última (Arrigo, 2002: 83).

Relativamente ao relacionamento entre o direito e a “ciência”, embora as intenções de supremacia de ambos (em especial da clínica) – relacionadas com a ambição que ambos possuem de atingir/dizer a verdade (Dupret, 2005) – seja uma característica essencial, vários autores têm realçado a crescente – necessidade de – aproximação/mimetismo do direito à

ciência (Jasanoff, 1999; Santos, 2002; Gonçalves, 1991; S. Silva, 2008; Costa, 2003; Machado, 2007). A respeito das relações entre o direito e a “ciência”, Jasanoff tem vindo a destacar a necessidade demonstrada pelo direito de se aproximar desta (1999) e, no mesmo sentido, Santos (2000) analisa como a relação entre ambos se caracteriza pelo domínio da ciência, sendo patente o mimetismo do direito face à mesma. Especificamente no contexto português, vários estudos empíricos conduzidos na área têm ido ao encontro desta visão⁹⁴, embora especificamente no que concerne ao sistema judicial português, Santos (2011) tenha vindo a destacar como no seio dos seus actores, em especial quanto à formação dos magistrados, outros saberes para além do direito são tradicionalmente negligenciados.

Nas situações de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, deparei-me com uma subordinação quase total do direito à medicina: na avaliação das características de determinado sujeito para poder ser considerado responsável criminalmente pelos seus actos, o direito aceita sem mais a posição da monopolista psiquiatria forense. Sob outro ponto de vista, mais casuístico e *micro*, temos aqui um julgador que aceita e segue por regra a posição tomada pelo perito forense. Note-se, aliás, que esta vinculação do julgador a outras ciências que não o direito não é exclusiva da psiquiatria forense, ou sequer da medicina, englobando outros saberes que, quando convocados sob as vestes do perito, se impõem ao direito devido a regras processuais e, na sua ausência/silêncio, à reverência dos magistrados perante o saber especializado dos peritos.

A crescente visão biomédica dos comportamentos desemboca num quadro de controlo social eminentemente clínico-psiquiátrico, com este saber a encontrar terreno fértil na construção e controlo de um desvio que é de dupla origem: crime e doença mental. Por um lado, se é o direito penal que dita (prevê, classifica e “julga”) que comportamentos são crime, são as ciências psicoforenses que conformam, em abstracto, essas previsões legais, e que ditam, em concreto, quem e em que circunstâncias irá cair no seu campo de actuação, como inimputável. São as ciências psicoforenses que, numa encruzilhada entre crime e doença, acabam por definir se o controlo é jurídico-penal (“apenas” crime) ou é também “seu” (crime directamente motivado por aquilo que classifica como doença), porque detentoras do monopólio da construção e da classificação da doença mental.

De forma mais abrangente, pode dizer-se que esta tendência se insere num processo de psiquiatrização do direito penal, que assim se revela a jusante nas decisões judiciais. Mas tem

⁹⁴ Como Costa (2009), Machado (2007) e Silva (2008), com esta última a destacar a “elevada receptividade dos juristas ao progresso científico e tecnológico” (2008: 96).

também lugar a montante, com uma evolução doutrinal e uma previsão legal imbuídas de um modelo biomédico patente nos discursos e nas práticas dos actores judiciais que tomam as decisões, formando um todo condicionado pela clínica e que, por sua vez, em seu nome condiciona.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albuquerque, P. (2008) *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica

Almeida, C. (2000) *Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática*. Coimbra: Almedina

Alves, F. (2011) *A doença mental nem sempre é doença. Racionalidades leigas sobre saúde e doença mental*. Porto: Afrontamento

Aneshensel, C. e Phelan, J. (2006) “The Sociology of Mental Health. Surveying the Field”, in Aneshensel, C. e Phelan, J. (2006) (eds.) *Handbook of the Sociology of Mental Health*. Nova York: Springer, 3-18

Antunes, M. (2002) *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*. Coimbra: Coimbra Editora

Arboleda-Flórez, J. (2008) “The rights of a powerless legion”, in Arboleda-Flórez, J. e Sartorius, N. (eds.) (2008) *Understanding the Stigma of Mental Illness: Theory and Interventions*. Chichester: John Wiley & Sons, pp. 1-18

Arrigo, B. (2002) *Punishing the Mentally Ill: A Critical Analysis of Law and Psychiatry*. Albany: State University of New York Press

Arrigo, B.; Bersot, H.; Sellers, B (2011) *The ethics of total confinement: a critique of madness, citizenship, and social justice*. New York: Oxford University Press

Atkinson, J. e Drew, P. (1979) *Order in court: The organization of verbal interaction in courtroom settings*. Londres: Macmillan

Ayala, E. (2003) *La imputabilidad del enfermo psíquico: un estudio de la eximente de anomalia o alteración psíquica en el código penal español*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid

Azevedo, M. (1987) “O relatório de Exames de Psiquiatria Forense”, *Psiquiatria Clínica*, 8, 1, 35-39

Beccaria, C. (2009) (3.^a ed. portuguesa, 1.^a ed. 1766) *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian

Bettiol, G. (1977) *Direito Penal. Parte Geral. Tomo IV*. Coimbra: Coimbra Editora

Black, D. (1976) *The Behavior of Law*. New York: Academic Press

Black, D. (1983) “Crime as Social Control”, *American Sociological review*, 48, 1, 34-45

Bonis, M. (1986) “Langage naturel et expertise psychiatrique. Les marques de quantité dans la description des sujets expertisés: précision ou exactitude ?”, *Droit et Société*, 3/1986, 303-315

Calabuig, J. (2004) (6.^a ed.) *Medicina Legal y Toxicologia*. Barcelona: Masson

Callon, M. (1999) “The Role of the Lay People in the production and dissemination of Scientific Knowledge”, *Science, Technology and Society*, 4, 1, 81-94

Callon, M., Lascoumes, P., Barthe, Y. (2001) *Agir dans un monde incertain: essai sur la démocratie technique*. Paris: Editions du Seuil

Carvalho, A. (2003) *Direito Penal – Parte Geral. Questões fundamentais*. Porto: Universidade Católica Portuguesa

Carvalho, A. (2010) “Conceito de culpa jurídico-penal”, in Carvalho, A. (2010) *Temas jurídico-penais*. Coimbra: Coimbra Editora

Castel, R. (1991) “Savoirs d’expertise et production de normes”, in Chazel, J. E Commaille, J. (org.) (1991) *Normes juridiques et régulation sociale*. Paris: LGDJ

Clarke, A. et al. (2003) “Biomedicalization: Technoscientific Transformations of Health, Illness, and U.S. Biomedicine”, *American Sociological Review*, 68, 2, 161-194

Cohen, Stanley (1985) *Visions of Social Control: Crime, Punishment, and Classification*. Cambridge: Polity Press

Conrad, P. (2007) *The medicalization of society. On the transformation of human conditions into treatable disorders*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press

Conrad, P. e Schneider, J. (1992) (2.^a ed., revista e aumentada) *Deviance and medicalization. From badness to sickness*. Philadelphia: Temple University Press

Correia, E. (1963) *Código Penal – Projecto da Parte Geral*. Policopiado

Costa, F. (1996) “Perigosidade e medidas de segurança. Reflexões a propósito de um caso de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica”, *Revista da Associação para o estudo, reflexão e pesquisa em psiquiatria e saúde mental*, 1, 1, 57-66

Costa, J. (2011) “A relevância Jurídico-penal das perturbações da personalidade no contexto da inimputabilidade”, *Julgar*, 15, Coimbra Editora, 53-81

Costa, S. (2003) *A justiça em laboratório. A identificação por perfis genéticos de ADN: entre a harmonização transnacional e a harmonização local*. Coimbra: Almedina

Deflem, M. (1994) “Social Control and the Theory of Communicative Action.” *International Journal of the Sociology of Law*, 22, 4, pp. 355-373

Deflem, M. (2007) “The Concept of Social Control: Theories and Applications.” Paper presented at the International Conference on “Charities as Instruments of Social Control in Nineteenth-Century Britain,” Université de Haute Bretagne (Rennes 2), Rennes, France, Nov.22-23. Disponível em www.mathieudeflem.net (consultado em Maio de 2012)

Deflem, M. (2008) *Sociology of Law. Visions of a Scholarly Tradition*. Cambridge University Press

Dias, J. (2001) *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora

Dietz, P. (1985) “Why the experts disagree: variations in the psychiatric evaluations of criminal insanity”, *Annals of the American Academy of Political and Social science*, 477, 84-95

Dupret, B. (2005a) “Présentation du Dossier Droit et expertise dans une perspective praxéologique”, in *Dossier Droit et expertise dans une perspective praxéologique* (2005) (coord. Dupret, B.), *Droit et Société*, 61/2005, 619-625

Dupret, B. (2005b) “Le corps mis au langage du droit: comment conférer à la nature une pertinence juridique”, in *Dossier Droit et expertise dans une perspective praxéologique* (2005) (coord. Dupret, B.), *Droit et Société*, 61/2005, 627-652

Ferreira, C., Costa, F., Azevedo, M. (1988) “Homicídio. Casuística do Instituto de Medicina Legal de Coimbra, C. M. L. C., (1974-1986)”, *Psiquiatria Clínica*, 9, 2, 93-100

Ferreira, P. (2011) “Revisão de Exames Médico-legais sobre a Avaliação da Inimputabilidade”, *Hospital Júlio de Matos*, 24, 18-22

Foucault, M. (1972) *Histoire de la folie à l'âge classique*. Paris: Gallimard

Foucault, M. (1975) *Surveiller et punir: naissance de la prison*. Paris: Editions Gallimard

Foucault, M. (1978) “About the concept of the “dangerous individual” in 19th-century legal psychiatry”, *International Journal of Law and Psychiatry*, 1, 1, 1-18 (tradução de Alain Baudot e Jane Couchman)

Foucault, M. (1990a) “The Dangerous Individual”, in Lawrence D. Kritzman (Ed.) *Politics, Philosophy, Culture: Interviews and Other Writings of Michel Foucault, 1977–1984*. New York: Routledge, 125-151

Foucault, M. (1990b) “Confinement, Psychiatry, Prison”, in Lawrence D. Kritzman (Ed.) *Politics, Philosophy, Culture: Interviews and Other Writings of Michel Foucault, 1977–1984*. New York: Routledge, 178-210

Foucault, M. (1994) (4.^a ed.) *Naissance de la clinique*. Paris: PUF

Foucault, M. (1999) *Les Anormaux. Cours au Collège de France (1974–1975)*. Paris: Gallimard/Seuil

Freidson, E. (1970a) *Profession of medicine*. New York: Harper & Row, Publishers Inc.

Freidson, E. (1970b) *Professional dominance*. Chicago: Aldine Press

Goffman, I. (1995) “Stigma and social identity”, in Herman, N. (1995) (org.) *Deviance: a symbolic interactionist approach*. Boston: General Hall, 503-507

Gonçalves, M. (1991) “Ciência e direito: de um paradigma a outro”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 31, 89-113

Holstein, J. (2005) “Pathologie mentale et justice: produire des évaluations psychiatriques”, in *Dossier Droit et expertise dans une perspective praxéologique* (2005) (coord. Dupret, B.), (coord. Dupret, B.), *Droit et Société*, 61/2005, 701-718

Illich, I. (1974) “Medical nemesis”, *Journal of Epidemiology and Community Health*, 57-12, 919-922 (artigo republicado em Dezembro de 2003)

Innes, M. (2003) *Understanding Social Control: Deviance, Crime and Social Order*. Buckingham: Open University Press

Jakobs, G. e Meliá, M. (2007) *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas Ediciones

Jasanoff, S. (1999) *Science at the bar. Law, Science, and Technology in America*. Harvard University Press

Jescheck, H. e Weigend, T. (2002) *Tratado de Derecho Penal: Parte. General*. Granada: Comares

Kerchove, M. (1986) “Discours juridique et discours psychiatrique. Aux sources de la loi de defense sociale”, *Droit et Société*, 3/1986, 279-302

Lézé, S. (2008) “Longues peines et peines indéfinis. Punir la dangerosité”, *Champ penal/Penal field, nouvelle revue international de criminology*. Séminaire du GERN. Paris, MSH, 21 Março 2008, 1-11

Lynch, M. (1998) “The discursive production of uncertainty: The O. J. Simpson “Dream Team” and the Sociology of Knowledge Machine”, *Social Studies of Science*, 28, 5/6, 829-860

Lynch, M. e Jasanoff, S. (1998) “Contested identities: science, law, and forensic practice”, *Social Studies of Science*, 28, 5/6, 675-686

Machado, H. (2007) *Moralizar para identificar. Cenários da investigação judicial da paternidade*. Porto: Afrontamento

Maia Gonçalves, M. (1998) *Código de Processo Penal Anotado*. Coimbra: Almedina

Maia Gonçalves, M. (2009) (17.^a ed.) *Código de Processo Penal Anotado*. Coimbra: Almedina

Manita, C. (1998) *Auto-organização psicológica e transgressão. Análise empírico-crítica de duas figuras do comportamento desviante: criminosos e consumidores de drogas*. Porto: Faculdade de psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto (Tese de Doutoramento)

Manita, C. (2001) “O conceito de perigosidade. Implicações para o diálogo interdisciplinar entre Psicologia e Direito Penal”, *Sub Judice – justiça e sociedade*, 22/23, 37-48

Martindale, D. (1978) “The theory of social control”, in Roucek, J. (ed.) (1978) *Social Control for the 1980s: A Handbook for Order in a Democratic Society*. Westport: Greenwood Press, 46-58

Mason, T. e Mercer, D. (1999) *A sociology of the mentally disordered offender*. London: Longman

Meyer R. e Weaver, C. (2006) *Law and mental health: a case-based approach*. Nova York: The Guilford Pres

Montandon, C. e Harding, C. (1984) “The reliability of dangerousness assessments: a decision making exercise”, *British Journal of Psychiatry*, 114, 149-155

Monteiro, F. (1989) “A coordenação da psiquiatria forense na Circunscrição Médico-Legal de Coimbra”, in *Confluências. Temas médico-legais: homenagem ao Prof. Doutor L. A. Duarte Santos*. Coimbra: Instituto de Medicina Legal de Coimbra, 465-474

Morrall, P. (2000) *Madness and Murder*. Londres: Whurr Publishers

Morse, S. (1978a) “Crazy behavior, morals, and science: An analysis of mental health law”, *Southern California Law Review*, 51, 527-654

Morse, S. (1978b) “Law and mental health professionals: The limits of expertise”, *Professional Psychology* 9, 389-399

Neves, J. (2009) *A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais*. Coimbra: Coimbra Editora

Oliveira, J. (2001) “O exame psicológico no contexto forense”, *Sub Judice – justiça e sociedade*, 22/23, 49-58

Pais, L. (2001) “Acerca da avaliação psicológica em contexto forense”, *Sub Judice – justiça e sociedade*, 22/23, 91-97

- Pereira, J. e Costa, F. (2003) “Algumas notas para a história da Psiquiatria Forense em Portugal”, *Psiquiatria Clínica*, 24, 1, 21-25
- Pereira, J. Costa, F., Saraiva, C. (1989) “Avaliação da perigosidade social. Alguns comentários médico-legais”, in *Confluências. Temas médico-legais: homenagem ao Prof. Doutor L. A. Duarte Santos*. Coimbra: Instituto de Medicina Legal de Coimbra, 399-411
- Pereira, J. e Saraiva, C. (1992) “O psiquiatra e a prática da psiquiatria forense: dificuldades e dilemas”, in *Ética em Psiquiatria Forense*, Taborda, M. (1992) Edição: Colégio de Psiquiatria, Ordem dos Médicos, pp. 252-257
- Pinatel, J (1975) (3.^a ed.) *Traité de Droit Pénal et de Criminologie. Tome III: Criminologie*. Paris: Dalloz
- Pitts, J. (1968) “Social control: the concept”, Sills, D. (ed.) *International encyclopedia of social sciences*. (Vol. 14). New York: Macmillan Publishing Co.
- Prins, H. (2005) (3.^a ed., revista e aumentada) *Offenders, Deviants or Patients?* Hove: Routhledge
- Ribeiro, V. (2008) *Código de Processo Penal – Notas e Comentários*. Coimbra: Coimbra Editora
- Roucek, J. (1978) “The concept of social control in American sociology”, in Roucek, J. (ed.) (1978) *Social Control for the 1980s: A Handbook for Order in a Democratic Society*. Westport, CT: Greenwood Press, 3-19
- Roxin, K. (1998) (3.^a ed.) *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Veja Universidade/Direito e Ciência Jurídica
- Saldaña, Q. (1925) *La Psiquiatría y el Código (Estudio de la técnica Legislativa)*. Madrid: Editorial Reus S.A.
- Santos, B. (2002) (4.^a ed.) *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez Editora
- Santos, B. (2007) "Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 78, 3-46
- Saraiva, C., Costa, F., Pereira, J. (1995) “Psiquiatria Forense: Análise de uma Experiência de 234 Perícias”, *Psiquiatria Clínica*, 16, 4, 215-222

Scull, A. (1988) “Deviance and social control”, in Smelser, N. (ed.) (1988) *Handbook of Sociology*. Newbury Park: Sage, 667-693

Serra, A. e Ponciano, E. (1980) “Psiquiatria Forense: alguns dados à luz do Conselho Médico-Legal de Coimbra”, *Psiquiatria Clínica*, 1, 3, 171-181

Silva, G. (1996) (3.^a ed., revista e actualizada) *Curso de Processo Penal I*. Lisboa: Editorial Verbo

Silva, S. (2008) *Médicos, Juristas e “Leigos”: Um estudo das representações sociais sobre a reprodução medicamente assistida*. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto (Tese de Doutoramento)

Simas Santos, M. e Leal Henriques, M. (1999) (2.^a ed.) *Código de Processo Penal Anotado. I Volume*. Lisboa: Editora Rei dos Livros

Sousa, J. (2011) “A “Perícia” técnica ou científica”, *Julgar*, 15, Coimbra Editora, 27-52

Teixeira, J. (2006a) “Inimputabilidade e Imputabilidade Diminuída. Considerações sobre a aplicabilidade destas noções em Psiquiatria Forense (I)”, *Saúde Mental*, VIII, 4, 7-10

Teixeira, J. (2006b) “Imputabilidade Diminuída. Considerações sobre a aplicabilidade destas noções em Psiquiatria Forense (II)”, *Saúde Mental*, XIII, 5, 7-10

Théry, L. (1993) *Le démariage, justice et vie privée*. Paris: Odile Jacob

Vieira, F. (2002) “A violência na sua interface jurídico-psiquiátrica”, in Oliveira, G. (coord.) *Direito da medicina – I Centro de direito biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 53-153

Webster, C (1984) “The reliability of and the validity of dangerous behavior predictions”, *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 12, 1, 41-50

Welzel, H. (1976) *Derecho penal alemán*. Santiago: Jurídica

Zappulli, L. (2005) “Savoirs professionnels et sens commun en milieu judiciaire: l’activité professionnelle du médecin légiste dans le parquet de Lecce”, in *Dossier Droit et expertise dans une perspective praxéologique* (2005) (coord. Dupret, B.), *Droit et Société*, 61/2005, 683-700

Zola, I. (1972) “Medicine as an institution of social control,” *Sociological Review*, 20, 4, 487-504

Zola, I. (1975) “In the name of health and illness: on some socio-political consequences of medical influence”, *Social Science in Medicine*, 9, 83-87

LEGISLAÇÃO E OUTROS DOCUMENTOS

Actas da Comissão de Revisão do Código Penal de 1963, *in* Boletim do Ministério da Justiça n.º 127, Junho de 1963

Código de Processo Penal de 1929 (com sucessivas alterações legislativas, incluindo as reformas de 1972, 1976 e 1978)

Código de Processo Penal de 1987 (diploma actualmente em vigor, incluindo todas as alterações legislativas e reformas até Junho de 2012)

Código Penal Português de 1852 (com sucessivas alterações legislativas, incluindo as reformas de 1867 e de 1884)

Código Penal Português de 1886 (com sucessivas alterações legislativas, incluindo as reformas de 1936, 1954 e 1972)

Código Penal Português de 1982 (diploma actualmente em vigor, incluindo todas as alterações legislativas até Junho de 2012)

Nota Informativa sobre o Projecto de Parte Geral do Código Penal de 1963, *in* Boletim do Ministério da Justiça n.º 127, de Junho de 1963

Ordenações Afonsinas. Disponíveis *online* no Repositório da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, *in* www.l.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas

Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 98/89

ANEXO I

CASOS: LISTAGEM

n.º do caso	Tribunal	id. proc. / data acórdão
1	TJ Montemor-o-Velho	782/05.3GAMMV
2	TJ Montemor-o-Velho	1/06.5GAMMV
3	TJ Montemor-o-Velho	772/06.9GAMMV
4	TJ Montemor-o-Velho	821/06.0GAMMV
5	TJ Montemor-o-Velho	7/02.3GAMMV
6	TJ Cantanhede	225/02.6GDCNT
7	TJ Cantanhede	482/08.2GBCNT
8	TJ Lousã	3/04.6GBLSA
9	TJ Lousã	26/05.5GCLSA
10	TJ Lousã	381/07.5GBLSA
11	TJ Lousã	874/91.4TBLSA
12	TJ Lousã	234/03.6TBLSA
13	TRC	02-04-03
14	TRC	24-03-04
15	TRC	15-12-04
16	TRC	05-03-08
17	TRC	17-09-08
18	TRC	24-09-08
19	TRC	09-12-09
20	TRC	08-10-08
21	TRC	17-12-08
22	TRC	04-02-09
23	TRC	22-04-09

24	TRC	17-06-09
25	TRC	10-03-10
26	TRC	05-05-10
27	TRE	03-06-03
28	TRE	30-11-04
29	TRE	26-04-05
30	TRE	06-05-03
31	TRE	23-05-06
32	TRE	05-06-07
33	TRE	15-11-07
34	TRE	12-05-09
35	TRE	25-02-10
36	TRE	04-05-10
37	TRE	20-05-10
38	TRE	25-11-10
39	TRG	26-03-07
40	TRG	02-07-07
41	TRG	25-02-08
42	TRG	25-02-08
43	TRG	29-09-08
44	TRG	23-10-09
45	TRG	30-11-09
46	TRL	16-11-83
47	TRL	22-10-86
48	TRL	07-03-90
49	TRL	02-07-91
50	TRL	03-07-91
51	TRL	26-10-94

52	TRL	17-04-96
53	TRL	24-06-98
54	TRL	29-10-98
55	TRL	25-11-98
56	TRL	26-05-99
57	TRL	18-01-01
58	TRL	25-06-02
59	TRL	05-02-03
60	TRL	20-05-03
61	TRL	22-10-03
62	TRL	11-12-03
63	TRL	11-02-04
64	TRL	26-05-04
65	TRL	24-06-04
66	TRL	22-09-05
67	TRL	30-05-06
68	TRL	20-07-06
69	TRL	16-01-07
70	TRL	17-04-07
71	TRL	14-02-08
72	TRL	27-02-08
73	TRL	22-10-08
74	TRL	05-12-08
75	TRL	21-04-09
76	TRL	27-05-09
77	TRL	11-03-10
78	TRP	14-01-04
79	TRP	19-10-05

80	TRP	24-05-06_1
81	TRP	24-05-06_2
82	TRP	28-06-06
83	TRP	19-09-07
84	TRP	30-01-08
85	TRP	14-10-09
86	TRP	02-12-09
87	TRP	10-02-10
88	TRP	15-12-10
89	STJ	26.04.90
90	STJ	21.12.90
91	STJ	09.01.91
92	STJ	28.05.91
93	STJ	29.05.91
94	STJ	10.07.91
95	STJ	02.04.92
96	STJ	15.06.92
97	STJ	23.11.92
98	STJ	04.01.93
99	STJ	30.03.93
100	STJ	18.05.93
101	STJ	01.07.93
102	STJ	18.07.93
103	STJ	20.09.93
104	STJ	14.10.93
105	STJ	18.03.94
106	STJ	05.05.94
107	STJ	19.06.94

108	STJ	19.10.94
109	STJ	07.12.94
110	STJ	31.05.95
111	STJ	25.10.95
112	STJ	31.10.95
113	STJ	08.11.95
114	STJ	17.01.96
115	STJ	31.01.96
116	STJ	28.02.96
117	STJ	28.02.96
118	STJ	06.03.96
119	STJ	26.09.96
120	STJ	23.10.97
121	STJ	21.11.97
122	STJ	27.11.97
123	STJ	13.01.98
124	STJ	20.01.98
125	STJ	28.10.98
126	STJ	05.11.98
127	STJ	25.03.99
128	STJ	21.04.99
129	STJ	20.10.99
130	STJ	04.10.01
131	STJ	06.12.01
132	STJ	14.03.02
133	STJ	10.10.02
134	STJ	16.10.02
135	STJ	17.10.02

136	STJ	20.11.02-1
137	STJ	20.11.02-2
138	STJ	14.12.02
139	STJ	14.12.02
140	STJ	21.01.03
141	STJ	06.03.03
142	STJ	09.03.03
143	STJ	09.07.03
144	STJ	02.10.03
145	STJ	15.10.03
146	STJ	30.10.03
147	STJ	17.10.04
148	STJ	31.03.05
149	STJ	22.02.06
150	STJ	01.03.06
151	STJ	09.03.06
152	STJ	29.03.06
153	STJ	06.07.06
154	STJ	20.12.06
155	STJ	18.04.07
156	STJ	19.09.07
157	STJ	17.10.07
158	STJ	25.10.07
159	STJ	17.04.08
160	STJ	07.05.08
161	STJ	08.05.08
162	STJ	21.05.08
163	STJ	28.05.08

164	STJ	11.09.08
165	STJ	25.09.08
166	STJ	01.10.08
167	STJ	08.10.08
168	STJ	15.10.08
169	STJ	16.10.08
170	STJ	15.11.08
171	STJ	10.12.08
172	STJ	18.02.09
173	STJ	22.04.09
174	STJ	29.04.09
175	STJ	18.06.09
176	STJ	18.06.09
177	STJ	27.01.10
178	STJ	14.07.10
179	STJ	15.09.10

Legenda:

TJ – Tribunal Judicial (1.^a instância)

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

ANEXO I

CASOS: MATRIZ ANALÍTICA

Variáveis	notas	ref. páginas	citação
n.º caso			
tribunal			
relator			
data dec. final			
mobilização			
inimputabilidade			
imp. dim.			
perigosidade			
vários			

ANEXO III

I. GUIÃO DE ENTREVISTA A PERITOS/AS FORENSES

1. Gostaria que me falasse da sua experiência como perito/a forense.
 - 1.1. Com que instituições trabalha/trabalhou?
 - 1.2. Há quanto tempo faz avaliações deste tipo?
 - 1.3. Onde é que desenvolve o seu trabalho como psiquiatra / psicólogo/a?
 - 1.4. Tem experiência em unidades de internamento para indivíduos inimputáveis?
2. Suponho que lhe sejam pedidas avaliações da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica. Pedia-lhe que me contasse um pouco da sua experiência.
 - 2.1. Com que frequência lhe são pedidas avaliações desse teor?
 - 2.2. Tem tido muitos casos em que o seu parecer foi o de inimputabilidade?
 - 2.3. De acordo com a sua experiência, quem é que levanta a dúvida sobre a inimputabilidade?
 - 2.4. Como descreveria a inimputabilidade?
 - 2.5. Quando é que considera um indivíduo inimputável?
 - 2.6. Recorda-se de alguma situação específica em que o tribunal não tenha seguido a sua avaliação? Poderia falar-me um pouco sobre esse(s) caso(s)?
3. E quanto à imputabilidade diminuída? Já usou este conceito nas suas avaliações?
 - 3.1. Como define a imputabilidade diminuída?
 - 3.2. Quando é que considera ser uma situação de imputabilidade diminuída?
4. Gostaria que me falasse um pouco sobre a avaliação da perigosidade social destes indivíduos.
 - 4.1. Como é realizada esta avaliação? Quais os factores na sua base?
 - 4.2. Recorda-se de alguma situação específica em que o tribunal não tenha seguido a sua avaliação? Poderia falar-me um pouco sobre esse(s) caso(s)?
5. Como é que vê a relação entre peritos/as e tribunais?
 - 5.1. Qual é para si o papel do/a perito/a no tribunal?
 - 5.2. E quando é discutida a inimputabilidade de um indivíduo?
 - 5.3. Nas suas experiências, como foi essa relação?
6. Quais foram as principais dificuldades que sentiu ao longo do seu percurso profissional como perito/a forense?
7. Como é que encara as exigências temporais do tribunal/da lei processual?
 - 7.1. Considera adequado o tempo que lhe é dado pelo tribunal?
 - 7.2. Recorda-se de alguma situação em que não tenha sido possível cumprir o prazo estipulado?
 - 7.3. Recorda-se de alguma situação em que a avaliação pedida se reportava a factos ocorridos há muito tempo? Pode falar-me sobre ela(s) e sobre o modo como se processa a avaliação nestes casos?
8. Gostaria que me falasse da sua experiência em unidades de internamento para inimputáveis. [questão a colocar apenas se entrevistado/a tiver experiência em unidades de internamento de inimputáveis]
 - 8.1. De acordo com a sua experiência, o tribunal deixa margem de manobra ao clínico na execução das medidas de segurança de internamento?
 - 8.2. Como é que vê “saídas precárias” durante a execução do internamento?
9. Não sei se gostaria de acrescentar alguma coisa...

II. GUIÃO DE ENTREVISTA A MAGISTRADOS/AS

1. Gostaria que me falasse da sua experiência com casos de inimizabilidade em razão de anomalia psíquica.
 - 1.1. Que tipo de situações lhe levantam dúvidas acerca da inimizabilidade?
2. Em que tipo de situações requer perícias?
 - 2.1. Costuma seguir os pareceres?
 - 2.1.1. Em relação à inimizabilidade
 - 2.1.2. Em relação à perigosidade
 - 2.2. Como procede em casos em que a perícia vai no sentido da inimizabilidade diminuída?
3. Como é que vê a relação entre peritos/as e tribunais?
 - 3.1. Qual é para si o papel do/a perito/a no tribunal?
 - 3.2. Nas suas experiências, como foi essa relação?
4. De acordo com a sua experiência, como vê a medida de segurança?
5. Não sei se gostaria de acrescentar alguma coisa...