



Mónica Filipa Ferreira Cesário

JUÍZO DE INIMPUTABILIDADE E NEGAÇÃO DA CULPA: VALOR DA PROVA PERICIAL

Dissertação de Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação da Doutora Cristina Líbano Monteiro

Coimbra, 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Mónica Filipa Ferreira Cesário

JUÍZO DE INIMPUTABILIDADE
E NEGAÇÃO DA CULPA:
VALOR DA PROVA PERICIAL

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob a orientação da Doutora Cristina Líbano Monteiro

Coimbra, 2016

Ao meu irmão Luís André,

Meu herói

A obra que ora apresento expressa a intencionalidade de ser um contributo no âmbito da reflexão destinada à especial problemática do agente inimputável em razão de anomalia psíquica.

Soube que era esta delicada controvérsia que me pertencia. A conotação axiológica ínsita ao juízo de inimputabilidade bem como a sua complexidade natural e dogmas enraizados de insipiente incompreensibilidade – desculpável pelos conhecimentos ditos normais do homem médio – tornaram emergente o meu estudo.

A dificuldade em ir ao encontro das questões que tinha em mente foi uma constante nesta meticulosa jornada. As considerações referentes ao enquadramento do agente que cometeu um facto criminalmente ilícito no elemento biológico ou psicopatológico e no elemento normativo da inimputabilidade constituem desígnio deste enigma.

As dúvidas surgiram pela intrínseca incompletude da justiça penal na sua globalidade face à latente necessidade de adequado tratamento a dar aos casos em que o agente padece de uma doença ou de uma perturbação do foro psíquico.

Nesta ânsia pelo conhecimento parti do princípio que ser inimputável é ser incapaz de culpa. Procurei discernir sobre a solução adequada para as realidades mais dúbias no entendimento de que a prova pericial significa uma mais-valia na tomada de decisão do juiz, *dominus* do processo criminal.

Embora o estudo da inimputabilidade como fundamento de negação da culpa me pareça, num primeiro olhar, uma veracidade preterida pelo clamar da comunidade em geral por exigências sancionatórias, observo a inevitabilidade de um impreterível despertar de consciências.

No meu pensamento prevaleceu a premissa de que a avaliação da perigosidade do agente, em tempo e circunstância determinada, constitui o perfeito pressuposto da consequência jurídica do ilícito – A medida de segurança de internamento. Neste sentido, norteiei-me na ponderação das soluções face à prognóstica ameaça de futuros crimes que urge ser vista sob o ângulo da prevenção.

Com o mesmo tento são tratados os delitos decorrentes de sensível diminuição de capacidade de determinação em resultado de afeção psíquica ou psicológica desenvolvida nas faculdades de intelecção e volição.

No mesmo estudo entrecruza-se a perícia psiquiátrica às faculdades mentais do agente, por averiguação da culpa no cometimento de determinado ilícito típico. Caso o juiz não disponha de competência científica para efetuar ele mesmo a perícia, ordena a realização da mesma a cargo de perito designado pela Medicina Legal. Nestes termos, confere no despacho o envio de toda a documentação clínica e judiciária (auto de notícia ou denúncia, de interrogatório, registo criminal se existente, registos médicos ou de internamento hospitalar), a fim de determinar o objeto da perícia solicitada.

A questão que se coloca é a de saber qual o valor da prova pericial. Sabemos que, em princípio, se presume subtraída à livre apreciação do julgador – sob pena de nulidade da sentença por não adesão à perícia, sem razão válida, a decretar por jurisdição superior e ainda atenta a possibilidade de exame pelo STJ em sede de recurso de revista ampliada por erro notório na apreciação da prova, com reenvio do processo para novo julgamento.

Contudo, o «parecer» exarado no relatório pericial poderá ser contraditado por diferente perícia a cargo de outro especialista. *In factum*, a responsabilidade decisória impõe ao juiz a emanção de uma convicção probatória. Não pode o juiz creditar determinada perícia que considere contraditória perante os factos substracto do processo. Por outro lado, uma perícia sobre a personalidade poderá despistar uma perturbação de foro patológico. Os sujeitos processuais, intervenientes na causa, prestarão provas da autenticidade dos seus testemunhos. Resta saber, às autoridades judiciárias, qual a perícia ou perícias a valorar no acervo probatório da decisão final de inimizabilidade.

Contudo, na hipótese de o juiz penal assumir as vestes de *peritus peritorum*, poderá ele próprio emitir o juízo científico de inimizabilidade. E neste caso, o juízo cientificamente provado só poderá ser abalado por crítica de igual valor científico – subtraída, em princípio, à competência do tribunal – salvo casos excecionalíssimos de inequívoco erro, nos quais o julgador teria de fundamentar a divergência.

Neste sentido, urge interligar os conceitos jurídicos de inimizabilidade e perigosidade ao conteúdo científico da perícia às faculdades mentais, a fim de solucionar a questão fulcral, qual seja: O critério contido no n.º1 do artigo 163.º do CPP (*valor da prova pericial*) continuará a servir para aqueles casos em que o conteúdo da perícia assumia a conotação de “parecer científico” ao invés de «juízo científico»?

To be ignorant of one's ignorance is the malady of the ignorant.

Amos Alcott

Siglas e Abreviaturas

Ac. – acórdão

Al. – alínea

Art. – artigo

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cf. – Conferir

CPC – Código de Processo Civil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

INMLCF – Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses

n.º – número

op. cit. – *opus citatum*

pág. – página

P. p. – previsto e punido

ProjPG – Projecto da parte geral

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

Séc. – século

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

ÍNDICE

SIGLAS E ABREVIATURAS.....	7
NÓTULAS INTRODUTÓRIAS	10
I. PRÁTICA CRIMINOSA POR INIMPUTÁVEIS: ANTINOMIAS DE EXPLICAÇÃO. RESPOSTA JURÍDICA PARA DEFESA PREVENTIVA.....	12

PRIMEIRA PARTE

A NEGAÇÃO DA CULPA POR INIMPUTABILIDADE

1. O ARTIGO 20.º N.º 1 DO CÓDIGO PENAL: DECLARAÇÃO DE INIMPUTABILIDADE EM RAZÃO DE ANOMALIA PSÍQUICA.....	14
1.1 ORIGEM DA CONSAGRAÇÃO DO PRECEITO LEGAL.....	15
1.2 INCAPACIDADE DE CULPA POR IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO.....	18
2. PRESSUPOSTOS DA INIMPUTABILIDADE.....	22
2.1. PRESSUPOSTO BIOLÓGICO OU PSICOPATOLÓGICO.....	22
2.2. PRESSUPOSTO NORMATIVO	29
2.3. PRESSUPOSTO CAUSAL	30
3. PRAGMATISMO DA “IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA”. PARADOXO JURISPRUDENCIAL: CONDENAÇÃO EM PENA E FUNDAMENTO DE ATENUAÇÃO POR FORÇA DO N.º 2 DO ART. 20.º DO CP.....	32

SEGUNDA PARTE

PROVA PERICIAL DA INIMPUTABILIDADE: LIVRE APRECIÇÃO DA PERÍCIA E OBRIGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO DA CONVICÇÃO DO JUIZ

1. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUIZ PARA DECIDIR DA INIMPUTABILIDADE E PERIGOSIDADE VS. PRESUNÇÃO DA NÃO VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL PELO JULGADOR. VARIAÇÕES NO SISTEMA DA PROVA LIVRE.....	38
2. PROVA PERICIAL COMO LIMITAÇÃO À LIVRE VALORAÇÃO DO JUIZ: CONTROLE DA LIVRE CONVICÇÃO PELA EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DIVERGÊNCIA – O ARTIGO 163.º DO CPP.....	46
2.1. VALOR DA PROVA PERICIAL: LEGITIMIDADE DA PERÍCIA PSIQUIÁTRICA (PERÍCIA MÉDICO-LEGAL E FORENSE) PARA CONDICIONAR O JUÍZO DE INIMPUTABILIDADE E PERIGOSIDADE.....	54
2.2. FUNDAMENTAÇÃO DA DISCORDÂNCIA DO PARECER PERICIAL: NULIDADE DA SENTENÇA (ART. 379.º, N.º 1) POR MOTIVO DE VIOLAÇÃO DO N.º 2 DO ARTIGO 163.º. ADMISSIBILIDADE DE RECURSO DE REVISTA AMPLIADA POR ERRO NOTÓRIO NA APRECIÇÃO DA PROVA (N.º 2 DO ART. 410.º CPP).....	60
2.3. PERÍCIAS CONTRADITÓRIAS: JUIZ COMO <i>PERITUS PERITORUM</i> . IMPERATIVA VALORAÇÃO DECISÓRIA.....	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
BIBLIOGRAFIA	71
JURISPRUDÊNCIA.....	78

NÓTULAS INTRODUTÓRIAS

Nesta artilosa jornada persegui-me por interrogações de sentido. Sentidos diferentes de turva percepção. Num esperar pelo caminho encontrei argumentos de difícil solução – em cada um me questioneei como se de uma proposição se tratasse. Num contento pelo descobrimento indaguei numa interiorização de unísono sentido. Tratei de chegar às componentes soluções que me aguardavam. Daí parti para a descoberta do sentido ímpeto que cada uma relacionava.

No tom de cada metódica da culpa jurídico-penal procurei o sentido capaz de afirmar um normativo justo que a ligasse à inimputabilidade por negação da mesma, por obstáculo de comprovação. Numa culpa da pessoa temos vindo a alicerçar a construção de todo um pesar de argumentos que se acabam na liberdade da decisão do agente.

Num seguimento sintomático procurámos ver o preceito normativo protetor da inimputabilidade. Unidade que viaja por uma justiça da verdade no combate ao puro empirismo pela defesa epistemológica de uma ciência que é ciência de um conjunto de saberes.

Da perícia à livre apreciação da prova e ao impasse criminalmente reacionário de uma medida que vem a prover uma composição possível para o conflito, nos prendemos num diálogo de comprimida invocação. A medida criminal por adequada terá de se insurgir na salvaguarda especialmente preventiva, de segurança e socialização.

A etiologia das doenças mentais foi o fio-de-prumo, esquadro e compasso de uma medida de medicina invocada ao direito por uma intimação de razão. Num desfasar de evoluções imbrica um repensar de ação.

No pisar de uma edificação tão antiga quanto a sedimentação de uma discussão, a entronização num tender reativo, de chamar pela razão de compreensibilidade por uma não intenção. Observamos a informação de não determinação em conformidade de incomportável retrospeção.

Num *iter* incontornável pela não subordinação, ao juízo decisório impele a conformação pela indagação de individualidade de possível refração.

A presente obra trata da consideração jurídico-penal de casos de inimputabilidade perante a prática do facto, em razão de anomalia psíquica sofrida pelo autor ao abrigo do âmbito de protecção do artigo 20.º do Código penal, na interpretação que lhe conferimos.

Num primeiro momento, são avaliadas pelo juiz as factuais descritas no historial dos autos do processo em voga. Seguidamente, é patente a necessidade de elaboração de despacho que ordene a perícia às faculdades mentais do autor de ilícito por fundada indicição de inimputabilidade.

Por seu turno, é realizado o exame crítico da perícia forense em obediência ao critério da livre apreciação vinculada. A apreciação jurídica por conceptualizada comportará um limite normativo de verificação de factos científicos. Os elementos de diagnóstico psicofísico subscrito por médico psiquiatra ou psicólogo forense, inscrito no quadro pessoal do Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses, ou pelo mesmo designado, só poderão ser refutados por meio de perícia de igual valor científico. Afirmam-se duas opções em caso de divergência do juiz penal em relação à adequação e veracidade da perícia às circunstâncias do caso *sub judice*: o pedido de esclarecimentos ao perito ou a requisição de nova perícia psiquiátrica para melhor inteligibilidade do quadro clínico e seu relevo nas capacidades de autodeterminação.

No caso de a instância superior discordar do resultado exarado na sentença, por verificar que o juiz desrespeitou a perícia, ao não adoptar no juízo as conclusões infirmadas no relatório pericial, sem fundamentar a decisão numa outra perícia de idêntica natureza, poderá invalidar a sentença por motivo de violação do artigo 163.º do Código de processo penal. A questão que se coloca prende-se com os termos em que deverá ser feita essa mesma fundamentação da divergência. Por outro lado, cumpre saber se semelhante apreciação pode ser realizada quando o juízo científico resulte de competência do juiz, em matéria forense.

Nestes caminhos trilham-se compreensões de competência jurídica e científica para valoração da prova pericial enquanto elemento confirmador ou decisor da convicção do juiz de não imputação da conduta ilícita à personalidade do autor, substrato de aplicação de medida de segurança de tratamento ou internamento.

Deste modo, a presente tese de mestrado pretende dar a conhecer a correta interligação entre o parecer pericial ou juízo forense e o juízo global do tribunal.

I. PRÁTICA CRIMINOSA POR INIMPUTÁVEIS – ANTINOMIAS DE EXPLICAÇÃO. RESPOSTA JURÍDICA PARA DEFESA PREVENTIVA.

X apresenta um quadro psicótico com persistência de ideias delirantes. Por determinação de um desses delírios agride gravemente os pais com uma arma branca.

Y, vítima de violência doméstica por parte do seu marido durante décadas, por efeito do estado de alta tensão derivado dos maus tratos sofridos manifestou uma descompensação psíquica adquirida e em consequência do estado de afecto assassinou o marido.

Y manifesta um quadro de depressão com sintomas psicóticos inerentes. Por influência do estado de emoção violenta, pratica os crimes de ofensa à integridade física grave.

Y manifesta um quadro psicótico derivado de toxicomania por ingestão de álcool. Foi acusado de crimes de incêndio florestal.

Y sofre de esquizofrenia paranóide com predominância de delírios persistentes e alucinações auditivas. Sob efeito de uma crise psicótica, partiu a montra de um estabelecimento com vista a furtar um bem alimentar.

Y sofre de psicose puerperal e apresenta um quadro de depressão pós-parto. Por força de um delírio psicótico estava perturbada pela crença falsa de que o seu filho padecia de uma doença incurável e para acabar com o seu sofrimento atirou-se ao rio com o menor nos braços.

Y sofre de esquizofrenia paranóide. Foi acusado de um crime de terrorismo sob a forma de co-autoria para o estabelecimento de um campo de treino “jihad”.

X por efeito de uma lesão cerebral provocada por um hemangioma cavernoso temporal manifesta crises epilépticas que implicam estados de perturbação da consciência, de descontrole dos impulsos, automatismo e afetação da capacidade emocional. Em consequência dessa disfunção cerebral foi acusado do crime de violência doméstica.

Y padece de um atraso mental. Por influência dessa debilidade mental que lhe coarcta a capacidade de determinação e discernimento pratica o crime de incêndio florestal.

X sofre de doença bipolar. Em fase maníaca, comete o ilícito de ofensas à integridade física e injúria.

São estes casos de exceção levados à compreensão do julgador por cabimento no artigo 20.º do CP¹.

A perigosidade de inimputáveis constitui uma problemática de prevenção especial a dirimir pelo Direito Penal e ao mesmo tempo uma prioridade administrativa de cariz médico-assistencial a travar pelas instâncias de Saúde Mental.

O código penal prevê medidas de segurança não privativas da liberdade idóneas a ilícitos de menor gravidade, caso da aplicação de regras de conduta, interdição de atividades e cassação do título de condução de veículo com motor.

A medida de internamento de inimputável em estabelecimento de cura, tratamento e segurança visa, em primeira linha, a cessação de perigosidade e a ressocialização do agente e em segundo plano, a reposição da confiança da comunidade na validade das normas infringidas. Quando a cessação de perigosidade se verifique será sempre preferível a terapêutica em meio aberto.

O internamento de inimputável em estabelecimento terapêutico adequado é condição de exigência pela CRP, no seu art. 27.º, n.º3, alínea h). Para este efeito, a perícia às faculdades mentais deverá ter lugar logo no início do inquérito a requerimento do Ministério Público. Caso a pessoa não preste o seu consentimento, o despacho que ordena a perícia é da competência exclusiva do juiz.

A lei de Saúde Mental (lei n.º 36/98) prevê no seu art. 29.º o internamento compulsivo de inimputável ao invés da aplicação de medida de segurança prevista no art. 91.º do Código Penal. Nos termos do art. 33.º da mesma Lei, o “internamento poderá ser substituído por tratamento compulsivo em regime ambulatorio, sempre que seja possível manter esse tratamento em liberdade”.

As autoridades judiciárias, profissionais de saúde mental e de psiquiatria forense, deverão atuar em colaboração, definindo estratégias adequadas de segurança, tratamento e acompanhamento, de modo a proteger o doente mental do risco de auto-agressão ou cometimento de ilícito.

¹ Os mencionados dados casuísticos tiveram por base os processos consultados no INMLCF,I.P e conhecimentos transmitidos pelo psiquiatra forense Dr. Máximo Fernández Colón.

Constituíram também suporte o conhecimento adquirido por informações dos “media” e cultura sobre a problemática em geral.

PRIMEIRA PARTE

A NEGAÇÃO DA CULPA POR INIMPUTABILIDADE

1. O artigo 20.º do Código Penal: Declaração de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica

Expressão da negação da culpa pela transcendência que assume na dogmática político-criminal, a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica personifica uma controvérsia acesa pela extrema complexidade epistemológica que encara.

A conexão entre o facto típico-ilícito que o agente cometeu e a anomalia psíquica de que é portador reconduz-se a uma teleologia de difícil compreensão. Não só pela natural incapacidade de uma mente se colocar no papel de uma mente que enferma de uma grave anomalia psíquica, doença mental ou transtorno equiparável, ao ponto de ver o desfasamento de uma percepção que não valora as suas ações porque incapaz de tal e a conceção do mundo real de avaliação da ilicitude e determinação correspondente.

Reside no juízo de inimputabilidade a prova de uma perigosidade momentânea ou permanente que determinará uma medida de segurança que se quer adaptada à anomalia psíquica de que o agente padece, em tempo e medida precisa. Urgente é prover ao tratamento e lançar mão de medidas que acautelem impedindo que nenhuma outra impulsividade se consume.

É neste enredo de proposições, juízos e prognoses que destacamos o agente inimputável na sua dignidade e diferença pela impossibilidade de um elemento da vontade na sua condução pela liberdade existencial.

Na exata medida em que revela a sua complexidade procuraremos descortinar uma explicação na evolução expandida, sentida nos momentos históricos por uma imbricação no caminho pela aceitação dessa realidade de meticulosa vivenciação.

1.1. Origem da consagração do preceito legal

A origem da não imputação de facto ao seu autor pelo pensamento empírico de que agiu “sem saber o que estava a fazer” é uma realização ancestral percorrida pela natureza humana. Relata-se que partir do século XIII se fizeram sentir os primeiros progressos na busca por conhecimentos mais concretos nesta área, embora as civilizações antigas como a romana e a grega tivessem deixado vestígios de um estudo das doenças mentais².

Passada uma época de vincada ignorância nesta problemática³, o renascimento volta a encarar os desvios de comportamento como uma doença de sentido orgânico. Reafirma-se o pensamento da irresponsabilidade penal e a progressiva consciencialização da necessidade de tratamento médico para os doentes mentais.

Embora o internamento institucionalizado remonte ao século XVII, este era visto como uma punição para os “loucos”. Só no século XIX é que viria a assumir algum carácter terapêutico com a criação dos manicómios, ainda que em condições muito pouco adequadas.

Os primeiros passos em Portugal no sentido da constatação de casos pontuais em que o agente é irresponsável pelos seus atos criminosos aconteceram também pela influência do direito penal do “século das luzes”.

A consagração do princípio da liberdade pela declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 veio consciencializar para a obrigatoria cumulação entre liberdade e culpa para condenação do agente numa pena. Os agentes privados de liberdade de decisão eram encarados como penalmente irresponsáveis. Em resultado, os inimputáveis em virtude de anomalia psíquica estavam excluídos das fronteiras do direito penal que incluía unicamente a pena como sanção criminal.

A matriz axiológica da fórmula legal da inimputabilidade presente no artigo 20.º do CP, assente no reconhecimento de casos criminais em que o agente não teve liberdade no domínio do seu ímpeto psíquico, pautou de algum modo os sucessivos códigos penais

² O direito penal romano considerava os “loucos” como criminalmente irresponsáveis e encaminhava-os para uma instituição distinta. Salienta-se que Hipócrates estudou a “loucura” como doença, segundo a teoria dos humores por si propugnada. «Medida de Segurança...», 2002, págs. 53ss.

³ Temos em mente a deplorável marginalização dos chamados “loucos” na Idade Média que deixou um testemunho sombrio dos maus tratos aos doentes mentais encarados como seres malignos porque possuídos por forças demoníacas. Julgados como culpados eram sujeitos a pesadas penas. Não obstante a família e a comunidade se reputar como responsável pelos mesmos, os mais perigosos eram depositados em cárceres, olhados como animais. CUNHA RODRIGUES, «Sobre o estatuto jurídico...», 2000, págs. 20 a 23.

portugueses. A partir de então os tribunais foram obrigatoriamente influenciados pela ciência dos alienistas. Não obstante existir já um consenso anterior à consagração na lei, de que foi exemplo o código criminal intentado pela Rainha D. Maria I de 1789 que referenciava “só pódê chamar-se delinquente o que commetteo o delicto de sua própria e livre vontade, e o que soube e conheceo o mal, que fez. Por esta razão os furiosos ou dementes não são capazes de delicto ou de pena; o mesmo intendemos dos verdadeiros melancholicos e de todo o genero de loucos”⁴.

O código penal de 1852 previa nos seu artigo 14.º, n.º1 que “nenhum acto é criminoso quando o seu auctor, no momento de o commetter, estava inteiramente privado da intelligencia do mal que comettia” e dispunha no artigo 22.º que “somente podem ser criminosos os indivíduos que têm a necessaria intelligencia e liberdade”, acrescentava ainda no no n.º1 do artigo 23.º que “não pódem ser criminosos os loucos de qualquer espécie, excepto nos intervalos lucidos”.

Segundo os arts. 42.º e 43.º do CP português de 1886, não eram “susceptíveis de imputação” “os loucos que não tiverem intervalos lúcidos” e “os loucos que, embora tenham intervalos lúcidos, praticarem o facto no estado de loucura” e também “os que, por qualquer outro motivo, independente da sua vontade, estiverem acidentalmente privados do exercício das suas faculdades intellectuais, no cometerem o facto punível”⁵.

Nesta conjuntura antecedente, a referência histórica de uma origem ainda que em contornos muito indefinidos da inimputabilidade passou pelas obras de Pinel e do seu discípulo Esquirol como nascimento da psiquiatria no século XIX⁶. Alienistas franceses que procederam a uma abordagem científica das patologias mentais na defesa por uma não responsabilização dos “alienados”⁷. Pensamento que paralelamente gerou divergências acesas entre alienistas e tribunais numa contraposição de conhecimentos científicos sem uma ponte de ligação.

Atente-se que o processo de integração dos “irresponsáveis” no direito penal só se realizou aquando da influência doutrinária da escola positivista, vindo a ser contemporâneo

⁴ FREIRE, «Código criminal...», pág. 34.

⁵ «Direito Penal» I, pág. 575.

⁶ Para mais detalhes, «Medida de Segurança...», págs. 56 (48ss).

A obra de Pinel remonta de 1801, «Traité médico-philosophique sur l'alinacion mental ou la manie» e da Esquirol data de 1838, «L'alienation mentale». O internamento de alienados foi alvo de abordagem por parte desta última.

⁷ EDUARDO CORREIA salienta a viva influência de Pinel que se traduziu inclusive na criação de um preceito normativo relativo à inimputabilidade de dementes no nosso Código penal da altura. «Criminologia», págs. 19ss.

do aparecimento das medidas de segurança, no século XIX. O principal argumento dos positivistas consistiu na necessidade de providenciar medidas de natureza penal destinadas a agentes que embora portadores de uma anomalia psíquica eram perigosos. Por outro lado, a ratio foi a de evitar que os juízes acabassem por julgar como responsáveis verdadeiros inimputáveis, por constituir a pena o único meio disponível para fazer face à perigosidade por estes representada.

Em Portugal, o pensamento da irrelevância do facto praticado pelo agente inimputável em razão de anomalia psíquica só viria a sofrer uma mutação legislativa aquando do código de processo penal de 1929 que afirmava no seu artigo 132.º que o arguido irresponsável em virtude de perturbação mental potencialmente perigoso para a ordem e segurança pública seria internado num hospital ou estabelecimento próprio por decisão do juiz, independentemente do tipo de ilícito cometido. Até então os ilícitos praticados por estes agentes não eram objeto de qualquer consequência jurídica. Embora o código penal de 1886 encaminhasse já estes agentes para tratamento ou segurança ao dispor no seu artigo 47.º que “os loucos, que, praticando o facto, forem isentos de responsabilidade criminal, serão entregues a suas famílias para os guardarem, ou recolhidos em hospital de alienados, se a mania fôr criminosa, ou se o seu estado o exigir para maior segurança”.

A criação do manicómio criminal como estabelecimento para a execução de medidas de segurança na sequência da reforma prisional de 1936 viria a determinar a inclusão dos inimputáveis nas fronteiras do direito penal⁸.

⁸ «Medida de Segurança...», págs. 48 a 73 e 138 a 155.

Realçamos pela pertinência atual a posição do positivista italiano LOMBROSO ao defender “pois havemos nós de falsificar e renegar a verdade, porque a lei a não admite e se colocou num caminho falso, estudando o crime sem estudar o delinquente? Não seria mais razoável exigir que as leis se acomodem aos factos do que pretender que os factos se falsifiquem para os acomodar às leis?”, p. 61. De salientar ainda o testemunho crítico do psiquiatra português JÚLIO DE MATTOS aos casos de simulação de inimputabilidade como meio de fuga à responsabilidade criminal: “os senhores advogados não desistiram de alegar a loucura dos criminosos indefensáveis; e alguns vam mesmo até industrial-os no fingimento de perturbações psychicas...”, pág. 144.

1.2. Incapacidade de culpa por impossibilidade de determinação

No voto do agente privado das conexões de sentido real impomos uma interrogação em como realizar e fundamentar um juízo decisório que tem por base uma anomalia psíquica pericialmente comprovável, intermitente na composição da íngreme avaliação de um crime cometido sem que o agente tenha tido sequer capacidade para se ter deixado motivar pelo direito.

O âmbito de abrangência da culpa no seu sentido normativo estende-se à imputabilidade pelo que dedutivamente o agente inimputável não se encontra na esfera da culpa.

Numa breve alusão à gênese do conceito no que a este ponto diretamente diz respeito, cumpre salientar que as ciências humanas contribuíram de modo decisivo para o desenvolvimento do estudo da inimputabilidade. Nem por isso o seu relacionamento foi de fácil interligação pelo diferente ponto de partida de áreas distintas.

O estágio de conhecimentos transmitido pelas ditas ciências do homem na atualidade, alcançou uma maior homogeneidade com o direito pelo estudo que ambas desenvolvem em parceria.

O estudo do conceito de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica viveu duas fases de progressão epistemológica e parece soar no tempo de hoje uma nova vaga de consideração pela questão. A primeira delas reconduz-se ao paradigma biopsicológico que foi ultrapassado e a segunda representa o paradigma vigente, o da normatividade. O terceiro é o paradigma compreensivo que defendemos e que se insurge neste tempo⁹.

O paradigma biopsicológico foi baseado na primária observação e experimentação. Foi concebível sob a égide de uma culpa empírica sujeita a diversas interpretações e conotações subjectivas, que traduzia simplesmente a ligação psicológica entre o facto e agente que revestia de dolo ou negligência. Embora a imputabilidade tenha sido integrada na medida em que exigia que o agente fosse minimamente são ao nível das faculdades mentais. A doença mental era biopsicologicamente comprovável mas não tinha qualquer interpretação para além da que a afeção mental seria uma constante na vida do agente.

O insipiente conteúdo de conhecimentos não dava azo a divergências entre tribunal e peritos pois naturalmente estariam de acordo. A averiguação da inimputabilidade passava

⁹ «Temas básicos...», 2001, págs. 257 a 279.

pela avaliação das faculdades de entendimento e compreensão em abstrato, não existia uma limitação dessa apreciação ao facto concreto em julgamento.

Ao despontar o normativismo, a culpa assume o carácter que conhecemos de pressuposto da pena e define-se como censurabilidade ética. A imputabilidade que era simplesmente uma conexão psicológica entre o agente e o facto passa a ser fundamento para que se considere que o agente se podia ter determinado de outra forma. O conceito de doença mental dá lugar ao de “anomalia psíquica”, conceito lato que permite abranger uma pluralidade de males psíquicos.

A perícia deixa de conter em si o monopólio da decisão como antes praticamente acontecia, porque apenas sujeita à concordância do juiz, e reveste a componente auxiliar do juízo decisório. Com a introdução do normativismo na inimputabilidade, o critério deixou de ser apenas a doença do agente mas sim a ideia de que a doença era impeditiva de o agente se ter determinado de outra maneira.

Neste contexto, os juristas afirmam, e é esta a nossa posição, que não se trata de livre-arbítrio do juiz o ter a última palavra. De facto, o segmento normativo da segunda parte do n.º1 do art. 20.º ao preceituar uma avaliação da ilicitude ou determinação em conformidade com a mesma, remete para uma indagação que só poderá caber ao juiz. O normativo parece preceituar uma teleológica legalidade de imperativa comprovação desses elementos normativos que naturalmente terá de ser ajuizada.

A inimputabilidade ocupa lugar cimeiro num novo paradigma que emerge nos nossos dias sem implicar qualquer anulação de uma conceção de normatividade. Apelida-se de paradigma compreensivo este que postula uma nova compreensão pela conexão que propõe entre a normatividade e a função primacial do direito penal de proteção de bens jurídicos, dispondo da pena e da medida de segurança como meios para obedecer às finalidades preventivas. Neste paradigma, a culpa desempenha um papel de limitação das exigências preventivas.

Em palavras de FIGUEIREDO DIAS, visualizamos as notas que pautam o tom da inimputabilidade – *ao menos nas suas formas mais graves, a anomalia psíquica destrói as conexões reais e objectivas de sentido da actuação do agente, de tal modo que os actos deste podem ser “compreendidos” como factos de uma pessoa ou de uma personalidade. (...) o juízo de culpa jurídico-penal não poderá efectivar-se quando a anomalia mental oculte a personalidade do agente, impedindo que ela se ofereça à contemplação*

*compreensiva do juiz. É a isto que, no fundo, chamamos inimputabilidade*¹⁰. A anomalia psíquica oculta a pessoa, impede o seu dar-se à contemplação compreensiva do outro (...) nas mais graves – nas “doenças” mentais ou psicoses e nas mais anómalas perturbações da actividade anímica – torna a total personalidade completamente invisível à compreensão estranha e exclui, com isto, toda a possibilidade de sobre ela se emitir um juízo de valor. Nesta impossibilidade de “compreensão” da personalidade que se exprime no facto se baseia o juízo de inimputabilidade jurídico-penal¹¹.

Segundo este paradigma de compreensão propugnado pelo autor, não poderá ser julgado como culpado pela prática de um facto típico-ilícito um agente cuja anomalia psíquica se afigure de tal gravidade que não se possa sequer oferecer à visão compreensiva do juiz¹².

A doutrina que acompanhamos olha para a inimputabilidade como obstáculo à comprovação da culpa, reiterando que o seu valor está para além das causas de exclusão de culpa. Estas últimas, inexigibilidade e falta de consciência do ilícito não censurável excluem a culpa, ao passo que a inimputabilidade representa o próprio obstáculo à comprovação da culpa. Declarar o agente inimputável é sinónimo de declarar a sua incapacidade de culpa.

Esclarecemos que a declaração judicial de inimputabilidade em resultado de anomalia psíquica não é sinónimo de incapacidade geral de culpabilidade, a censura jurídica é dirigida a facto ilícito típico, sendo a possível incapacidade de culpa provada em atenção a circunstância exata e limitada a factualidade determinada. Não se trata de declarar um cidadão como incapaz de culpa na conduta em geral. Não teria lógica por nos

¹⁰ Como salienta Figueiredo Dias, a ideia de compreensibilidade é referida ao facto do agente inimputável que não pode ser compreendido como facto da sua pessoa ou da sua personalidade. «Direito Penal» I, pág. 569.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, «Liberdade...», pág. 188.

¹² Criticamente ROXIN realça uma importância entre julgador e arguido que não nos parece singrar de sentido. A “comunicação pessoal” aludida por Figueiredo Dias não assume a conotação que parece ser interpretada por Roxin de diálogo indispensável à descoberta da verdade material. Precisamente por estar em causa uma possível declaração de inimputabilidade, é perfeitamente natural que em sentido afirmativo da inimputabilidade do agente este não realize sequer qualquer tipo de comunicação com o juiz. Se a sua percepção distorcida da realidade foi tal que o levou ao cometimento de um crime, não é de admirar que por motivo da sua “constituição psíquica” não realize qualquer ato de comunicação com o juiz. Por outro lado, esse ato de comunicação não tem importância na comprovação da ausência de culpa no agente, caso tivesse estaríamos a subestimar a função do julgador que se pretende sábio na avaliação da personalidade do arguido.

«Direito Penal», I, págs. 570 e 571.

reconduzir à figura da interdição civil. O tribunal elabora um juízo de culpa cingido ao processo em que o mesmo é pedido.

CRISTINA LÍBANO MONTEIRO adianta que não é possível falar em inimputabilidade sem falar do facto, desde logo porque não se levantaria sequer a questão de o agente padecer ou não de uma anomalia que tenha sido determinante da prática do facto, e para além disso, pelo motivo de que a capacidade de culpa só poderá ser aferida pela prática desse determinado facto – não tem lugar no direito criminal “o agente inimputável *tout court*”. Na conexão entre facto e anomalia psíquica resume-se a fórmula da prova da perigosidade¹³.

As considerações tecidas encaminham-se para a reprodução da inimputabilidade sob uma égide “compreensiva” numa negação de culpa por impedimento de o agente poder valorar o seu ato ilícito ao não dispor de uma capacidade de consciencialização do seu ser livre.

Na sedimentação consciente de que a patologia da psique pode ser uma tal que prive o arguido do poder de auto - decisão, teremos de conhecer as matrizes em que repousam os males psíquicos.

¹³ Na esteira do pensamento de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, «Perigosidade de inimputáveis...», págs.114ss. A autora refere os “limites normativos de perigosidade” como valorações de defesa por um princípio da necessidade penal que vai de encontro à ideia de direito penal como direito de *última ratio*. Pág. 120.

2. Pressupostos da inimputabilidade

A inimputabilidade obedece ao preenchimento cumulativo de três pressupostos. A existência de uma anomalia psíquica – pressuposto biológico ou psicopatológico. A incapacidade de o autor avaliar a ilicitude e se determinar em conformidade, no momento da prática do facto – pressuposto normativo. E a conexão entre a incapacidade de determinação e a anomalia psíquica – pressuposto causal.

2.1. Pressuposto Biológico ou Psicopatológico

Como eco da inimputabilidade, a expressão “anomalia psíquica” engloba doenças mentais de natureza orgânica comprovada ou presumida e perturbações do foro psíquico de origem não psicótica. Pressuposto para a valoração da inimputabilidade é a existência de patologia psíquica idónea a coarctar a capacidade de determinação lícita, seja de natureza orgânica ou adquirida, carácter transitório ou permanente¹⁴.

O conceito lato permitiu superar o impasse de uma proteção legal que continha uma lacuna por não especificação do conceito de doença mental¹⁵ ao mesmo tempo que anunciou proteção para uma pluralidade de sintomatologias psíquicas.

A realidade por si mesma de empírica inconcretude face a um diagnóstico clínico exato dos estados psicopatológicos e respetiva confirmação ou não aceitação pelo julgador, bem como o seu enquadramento normativo, apelou a que a redação do artigo 20.º se traduzisse numa terminologia flexível a ponto de abarcar os casos mais dúbios de fronteira entre doença mental e perturbação psíquica de diversa natureza.

Por outro lado, operou-se a inclusão de transtornos psíquicos adquiridos, ou seja, afecções mentais de carácter não orgânico ou psicótico, tais como perturbações profundas de consciência.

¹⁴ Teoria também especificada pela penalística italiana em «Le prove», págs. 330 e 331. «Alla prospettiva definita “psicopatologica” sono poi riconducibili quelle sentenze che ritengono sufficiente, per il riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, l’esistenza di uno stato o processo morboso o comunque di un’alterazione patologica, indipendentemente dall’accertamento di un suo substrato orgânico o da una sua classificazione nella nosografia psichiatrica».

¹⁵ O art. 20.ºdo CP de 1852 e o art. 26.ºdo CP de 1886 referiam-se somente à “necessária inteligência e liberdade” como critério de imputabilidade, «Direito Penal» I, págs. 574 a 583.

“Anomalia psíquica” consiste numa designação do foro normativo e não um conceito adiantado pela ciência médica. Resultou da pertinência de o direito fixar um termo que agrega-se doenças mentais somatogénicas e perturbações da psique não orgânicas ou biológicas.

A comprovação de presença de doença mental ou patologia análoga no ser anímico importa somente pelos efeitos que transparecem na conduta ilícita do agente e com a qual está diretamente conexiada.

Critério suficiente para afirmar uma negação da liberdade de o agente controlar os seus estímulos psíquicos a fim de ser capaz de agir em respeito pelos imperativos jurídicos, é aquele que resulta do ensinamento de EDUARDO CORREIA – *quando (...) a despeito de todos os esforços que se propôs fazer e fez, é objecto de forças contra as quais nada pode, de tendências irresistíveis que o arrastam para o crime, então estaremos em face de um homem que não atinge aquela normalidade biológica e psíquica que está na base da imputabilidade (...). Se da perturbação mental resulta o facto com uma tal necessidade que é como que o vector necessário de um paralelograma de forças contra as quais o agente nada pode, é evidente que, sendo impossível exigir do agente outra conduta, a culpa deixa de existir (...) a censura ético jurídica pressupõe a liberdade do agente (...) E, sendo assim, o que é preciso provar não é a liberdade de determinação, mas a existência de perturbações com tais efeitos que mecânico-causalmente a excluam*¹⁶.

O panorama de perturbações do foro psíquico especificadas que poderão relevar para um juízo de inimputabilidade são as seguintes¹⁷.

Psicoses, também designadas por doenças mentais, propriamente ditas. São «aqueles processos que, como corpos estranhos, se desenvolvem no cérebro, que substituem as leis e fenómenos psíquicos normais por outros diferentes, psicóticos, e que, pela transformação da actividade e conteúdo da consciência, alteram qualitativamente e quantitativamente a personalidade. São “doenças do cérebro. Parecem ser sempre perturbações que se reflectem no sistema nervoso central»¹⁸. Manifestam-se em delírios,

¹⁶ EDUARDO CORREIA, «Direito Criminal, I» págs. 330 e 346.

¹⁷ Adotamos o conhecimento de EDUARDO CORREIA, «Direito Criminal», I, págs. 337 a 356 e MARIA JOÃO ANTUNES, «O internamento de imputáveis...», págs. 43 a 46, sem prejuízo de referências a citar.

¹⁸ EDUARDO CORREIA, pág. 338.

ilusões e alucinações auditivas ou visuais¹⁹, alheamento da realidade e alterações de personalidade em fase crítica de desenvolvimento da doença. A crença ou obsessão em determinada ideia que não é real, a convicção de ver algo que não existe ou ouvir insistentemente ordens de uma voz são por vezes a causa de perigosidade que pode culminar no cometimento de ilícitos. No momento da prática do facto, o psíquico do agente está invadido por elementos imaginativos, por convicções falsas que ele sente como absolutamente reais. A crença em determinada ideia que está fora da órbita realística e que o agente vive como verdadeira por força de delírio, alucinação auditiva ou visual ou mesmo sob o comando de personagens fictícias, impedem a capacidade de ação de acordo com a sua personalidade, o que vai resultar no bloqueio da capacidade de determinação em conformidade com a consciência da ilicitude ou até mesmo na inconsciência da própria ilicitude²⁰. A psicose provoca o alheamento da realidade a um grau tal que o agente se torna num *puro autómato* ao ponto de perder a sua liberdade pessoal. O “ser-livre” é anulado por força de ideias persecutórias paranóicas contra as quais é humanamente impossível contrariar.

As psicoses podem orgânicas²¹ ou exógenas enquanto patologias do cérebro comprováveis por sintomas, caso da demência senil e arterioesclerótica, as psicoses traumáticas como lesões e tumores cerebrais, a paralisia progressiva como a sífilis cerebral, a encefalite epidémica; a psicose epiléptica; a psicose de disfunções endócrinas; a toxicomania por intoxicação alcoólica e de estupefacientes.

Numa segunda categoria, as psicoses podem ser endógenas ou funcionais quando não se reconduzem a uma explicação estritamente corporal mas são notoriamente doenças psíquicas pela sua degenerescência. Os corpos anómalos não apresentam uma tão clara razão dos sintomas como acontece nas psicoses exógenas, contudo estão imbricados na constituição psíquica. Englobam a esquizofrenia, a paranóia, a loucura permanente, a psicose maníaco-depressiva ou psicose ciclótica. Um outro tipo verificado é a psicose

¹⁹ Na transcrição do psiquiatra francês Esquirol, *a alucinação é um fenómeno psychico ou cerebral realizando-se na independência dos sentidos. O indivíduo dá corpo aos produtos do próprio inntendimento; sonha acordado*. Cf. JÚLIO DE MATTOS, pág. 48.

²⁰ ELIZABETE AMARELO MONTEIRO, «Crime de homicídio qualificado e Imputabilidade diminuída», pág. 115.

²¹ Somos apologistas de que seria mais consonante com a realidade que estas psicoses fossem designadas por “psicoses orgânicas em sentido estrito” e que as psicoses funcionais ou endógenas tivessem também a conotação de “psicoses orgânicas em sentido lato”, visto que ambas são reconduzíveis, em primeiro termo, a uma tendência psíquica com raízes orgânicas, sem prejuízo da diferente causa de aparecimento.

puerperal, perturbação caracterizada por delírio que cria no pensamento da mulher ideias irreais como a de que o seu bebé não nasceu, que está morto ou com deficiências. A visão distorcida da realidade é induzida na mente da mulher por esta sintomática de psicose e é apontada como causa de explicação uma forte e excepcional alteração hormonal do pós-parto, associada a depressão.

Por seu turno, o atraso mental é caracterizado por um fraco desenvolvimento da inteligência com ou sem explicação orgânica explícita, podem resultar de lesões cerebrais durante a concepção ou traumáticas durante o parto ou posteriormente nos primeiros tempos. Comportam a debilidade mental, a imbecilidade e a idiotia.

As perturbações profundas da consciência podem ser passageiras ou duradouras, refletem-se na alteração da consciência da realidade e do próprio. Podem derivar de estados de sono, hipnose, estado de sono provocado pela embriaguez, perda de sentidos, delírios de febre, estados de choque ou pânico. Por último, incluem-se a título excepcional neste leque de possíveis fundamentos psicogéneos de inimizabilidade, determinados estados passionais ou “estados afectivos intensos” patológicos. Caracterizam-se por uma emoção violenta e elevada tensão crónica. São processos psíquicos com premência de desespero, depressão e stress pós-traumático desenvolvidos a priori e que podem assumir a feição psicopatológica da inimizabilidade. Consideramos que, por via de regra, nestes casos pontuais de extrema intensidade emocional equacionar-se-á uma inclinação para a inimizabilidade na medida em que a alteração no psiquismo do agente reveste de fundo patológico.

CRISTINA LÍBANO MONTEIRO refere o exemplo do delírio de ciúmes como fundamento possível para prova de inimizabilidade por força do seu carácter patológico. Contudo, alerta para a impossibilidade de inimizabilidade em casos de crimes passionais sem “patologia psiquiátrica (ou uma relação doença-/acto comprovável)”. Designa estes estados não patológicos como estados de afecto por se verificar somente uma “forte envolvente emocional”. Nestes termos, o agente é imputável restando apenas a consideração do privilegiamento do tipo de crime, a inexigibilidade ou uma atenuação da pena em função de uma culpa menor²².

²² «Perigosidade de inimputáveis...», págs. 118 e 119. Ressalvamos que o delírio (conceito patológico) é um sintoma psicótico e como tal deverá constituir fundamento psicopatológico da inimizabilidade por esse motivo. Por interligação temática referimos neste espaço a hipótese.

Contrariamente, PINTO DE ALBUQUERQUE entende que “os estados intensos de afecto (como os estados passionais) não constituem anomalia psíquica, porque neles apenas se verifica uma perturbação transitória e não patológica da consciência. Nestes casos, pode verificar-se uma atenuação da culpa por força da “emoção violenta”, à imagem do que dispõe o artigo 133.º. Acresce que o estado intenso de afecto não auto-provocado pode constituir mesmo uma causa de exclusão da culpa, nomeadamente no excesso de legítima defesa ou no estado de necessidade desculpante”²³.

Posição divergente apresenta CURADO NEVES que tende a negar a inimputabilidade mesmo em estados passionais de compreensível perturbação emocional com o argumento da inexistência de fundamento psicopatológico²⁴. O autor considera a desculpação de autores passionais no quadro jurídico da inexigibilidade nos termos do n.º 2 do art. 33.º do CP em casos de emergente libertação da “opressão” exercida pela futura vítima. Impõe-se a real incapacidade de livre-decisão por meio mais adequado, atendendo às circunstâncias concretas²⁵.

Em sentido favorável, as posições doutrinárias e jurisprudenciais alemãs, em voga na sua obra, concluem pela exclusão da culpa por inimputabilidade em certos casos de *Affekt* – “emoção intensa” ou mesmo “violenta”, “estado psíquico de excepção, de curta duração”, “que é provocado por uma situação específica, se concentra e depois exterioriza subitamente, mas cujas manifestações externas são de curta duração; distingue-se da emoção por ser mais intenso e transitório, mas tem em comum com esta o surgimento devido a um motivo específico e a sua natureza excepcional”²⁶ – com fundamento na verificação do pressuposto psicopatológico “perturbação profunda da consciência” do § 20 do CP²⁷. Excluídas estão é claro as hipóteses subordinadas ao regime da actio libera in causa (n.º 4 do art.º 20 do CP). Curado Neves salienta o contributo do jurista KRUMPELMANN pela interpretação de que «o agente passional é vítima de um processo de irracionalização progressiva dos comportamentos, pelo que quando atinge o momento da “disposição para o facto”, tem a capacidade de motivação destruída, o que leva à

²³ Cf. «Comentário do CP à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», pág. 109

²⁴ CURADO NEVES, pág. 607.

²⁵ *Ibidem*, pág. 719.

²⁶ *Ibidem*, págs. 21 a 23.

²⁷ *Ibidem*, pág. 607.

inimputabilidade relativamente ao facto praticado nesse estado». Na tese são relatados peculiares casos de absolvição por tribunais superiores²⁸.

No mesmo tom é descrita a evolução da psiquiatria forense no sentido da confrontação da corrente agnóstica – que faz depender a inimputabilidade da existência de patologia – com a corrente antropológica, da qual mencionamos MENDE que veio concluir que em casos de rigorosa exceção os estados passionais se poderiam subsumir nas perturbações da consciência, ao mesmo tempo que adiantou a identificação com estado crepuscular psicogénico (pela mesma lógica em que são incluídas as perturbações da consciência de “origem psico-reactiva”, exemplo dos estados de choque ou pânico). Imperativo é auscultar se a intensidade emocional assume vestes de doença²⁹.

Apologista da exclusão dos estados emocionais ou passionais como prova da incapacidade de determinação lícita é a legislação penal e jurisprudência italiana, ao fixar em decisões proferidas pela *Cour Suprême de Cassation* que “solo un’infermità mentale avente radice patologica e fondata su una causa morbosa può far escludere o ridurre, com la capacità di intendere o di volere, l’imputabilità. Mentre, a parte gli stati emotivi e passionali che non incidono sull’imputabilità penale in quanto esclusi dall’ art. 90 c.p., tutte le anomalie del carattere, pur se caratteriali e che indubbiamente incidono sul comportamento, non sono idonee ad alterare nel soggetto la capacità di rappresentazione e di autodeterminazione e non diminuiscono e non escludono l’imputabilità perché non hanno un substrato patológico”³⁰.

Diferentemente, FIGUEIREDO DIAS não identifica nestes estados um fundo patológico embora admita a inserção de perturbações não patológicas no conceito de perturbação profunda da consciência³¹.

Em nossa perspetiva, estes casos peculiares de emergente explosão psíquica seriam melhor acolhidos na hipótese normativa do n.º 2 do artigo 20.º CP segundo interpretação que exporemos mais à frente³².

²⁸ *Ibidem*, págs. 87ss.

²⁹ CURADO NEVES, *idem*, págs. 74 a 77.

³⁰ CENDON, «Le prove», pág. 331.

³¹ Cf. «Direito penal», pág. 578.

³² Adiantamos desde já a interpretação que realizamos do n.º 2 do artigo 20.º do CP. Consideramos que o normativo é reservado para casos de anomalias psíquicas adquiridas, cuja patologia adveio de uma pressão psicológica exacerbada. Casos, por exemplo, em que a vítima *a priori*, privada da posse das suas capacidades mentais, se reveste de autor de um ilícito contra o agressor. Nestes termos, a inimputabilidade diminuída do autor será óbice à aplicação de uma pena, pelo que deverá resultar na absolvição ou imposição de medida de segurança. Cf. *infra*, n. 3, parte II.

As perturbações de ansiedade refletem-se em personalidades depressivas, obsessivas, ansiosas caracterizadas por sentimentos de medo, ansiedade, fobia e angústia.

O escrutínio de patologias mentais que poderão relevar como fundamento psicopatológico de uma declaração de inimputabilidade exclui as perturbações de personalidade tais como a psicopatia ou a sociopatia, pelo motivo de o crime ser imputável à própria personalidade do delinquente³³.

Diferentemente, psicopatas são personalidades anormais. Não se trata de uma doença mental, trata-se sim de um desvio inato à personalidade. A perturbação da personalidade ou perturbação anti-social, psicopatias/sociopatias na designação comum, traduzem-se em desvios nas emoções e na vontade. Este tipo de personalidade anómala não encontra a sua causa de justificação em qualquer patologia. São frequentemente personalidades perigosas, extremamente conflituosas em sociedade, causadoras de enorme sofrimento nos outros. Psicopatas “são personalidades anormais – personalidades que, na sua estrutura anímica, revelam desvios notáveis na vida afectiva ou volitiva, no carácter”³⁴.

Parte da doutrina considera este tipo de personalidades como passível de originar o fundamento biológico para a “imputabilidade diminuída”. É prática jurisprudencial o enquadramento de certas personalidades psicopáticas no âmbito do n.º 2 do artigo 20.º do CP³⁵.

Em nosso ver, são personalidades anómalas em que não é possível identificar uma concreta disfunção mental como anomalia psíquica, antes é a própria personalidade toda ela anómala. Trata-se de uma conceção de anomalia psíquica diversa, uma anomalia geral do carácter³⁶. Perante a *ratio* do n.º 2 do artigo 20.º, parece-nos ser de repensar o tratamento

³³ Em convergência, o autor PAOLO CENDON nega a incidência de um “paradigma sociológico” de perturbação mental no regime jurídico da inimputabilidade pela razão óbvia de incoerência e risco inerente de inserção de um transtorno psíquico de natureza social. Conformes a esta valoração, sentenças italianas definem “qualora l'imputato presenti una personalità abnorme sociopatica, con ipertrofia dell'io, non si verifica una sua incapacità di diritto penale, con l'effecto che la carenza di sentimento, che in lui si rinviene, non si inserisce nella tipologia della infermità mentale”; “la marginalità e la devianza sociale maggiore non incidono sulla capacità di intendere e di volere ove non si evidenziano nel quadro clinico significativi elementi patologici (...)”. Cf. «Le prove» pág. 332.

³⁴ »Criminologia», 1955-56, pág. 174.

³⁵ Problemática a desenvolver *infra*.

³⁶ “Ao contrário do que sucede nas doenças mentais em sentido estrito, ou psicoses, não se trata de um homem com lesões, mas de um homem cuja constituição se desvia daquilo que corresponde à média dos homens”, EDUARDO CORREIA, «Direito Criminal» I, pág. 341. O autor referencia os vários tipos de psicopatas: “hipertímicos; depressivos; inseguros ou pouco confiantes em si; fanáticos; desejosos de consideração social; lábeis; explosivos; insensíveis; abúlicos; asténicos”.

jurisprudencial destas personalidades anormais dada a inexistência de patologia e a permanente perigosidade.

2.2. Pressuposto normativo

Este segundo elemento da definição de inimputabilidade preceituada no art. 20.º, n.º 1 do CP prende-se com o facto de o juízo de inimputabilidade pressupor que o agente, no momento da prática do facto, seja incapaz de avaliar a ilicitude da sua ação ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

Encontram acolhimento no n.º 1 do artigo 20.º aqueles casos jurídicos em que o agente dispõe da capacidade de avaliação da ilicitude, ao tempo do cometimento do facto proibido por lei, mas não tem capacidade para se determinar de acordo com essa consciência de ilicitude.

CRISTINA LÍBANO MONTEIRO reitera a afirmação da inimputabilidade com base na sua “vertente volitiva”, ou seja, é suficiente a incapacidade de determinação do agente. Não é necessária a verificação da “vertente intelectual” da inimputabilidade – para que o agente seja declarado inimputável não é pressuposto que este tenha sido incapaz de avaliar a ilicitude do facto³⁷.

É verdade incontestável que a anomalia psíquica em determinado grau pode anular a imputabilidade por inexistência da liberdade da pessoa em se auto-determinar licitamente. No momento da prática do facto o agente não domina os impulsos irresistíveis que a anomalia psíquica provoca. O facto é na realidade algo que não pode ser compreendido como emanção volitiva do agente, pela razão de que este é reduzido a *puro autómato* por força do efeito predominante da anomalia psíquica. O facto ilícito realiza-se como exterior ao agente no sentido intencional. Imperioso é saber como o preceito normativo integra a implicação da anomalia psíquica no facto por denegação da auto-determinação do agente.

Ultrapassada a conceção de uma culpa entendida como mera correspondência do facto ao agente, o normativo plasmado no artigo 20.º logra corresponder ao “triângulo”

³⁷ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO esclarece que “a lei (art. 20.º, n.º 1 do CP) não exige, para considerar o agente inimputável, que este seja incapaz de avaliar a ilicitude dos seus actos...”, *RPCC* 6, págs. 113 a 126.

representado pela relação entre anomalia psíquica, facto e agente. É indubitavelmente conhecida a realidade do delinquente que padece de uma doença mental ou transtorno análogo e que é imputável perante um crime. Imperativo é que esse estado biopsicológico coarcte a capacidade de determinação do agente perante a factualidade ilícita.

O juízo de inimputabilidade não é um juízo abstrato mas sim direccionado para o plano de um concreto facto ilícito-típico que foi praticado, existe uma conexão temporal que impõe que o critério biopsicológico seja aferido no momento da prática do facto. O juízo de inimputabilidade não incide sobre o agente enquanto personalidade no global, respeita somente à fatualidade vertida naquele caso concreto.

2.3. Pressuposto causal

Por outro lado, existe uma conexão típica visto que o elemento biopsicológico se exprime no facto típico. Um agente que padeça de uma doença ou perturbação mental pode ser imputável ou inimputável perante um ilícito típico. Tudo dependerá da indagação a realizar pelo juízo acerca de uma relação de causalidade entre a sua anomalia psíquica e a incapacidade de determinação naquele determinado facto concreto.

A prova da inimputabilidade do agente não passa somente pela aferição da existência de uma anomalia psíquica, capaz de preencher o pressuposto biológico. Não se resume sequer à indagação da relação da anomalia psíquica de que padece o agente com a capacidade de avaliação da ilicitude do tipo fático e sua determinação em conformidade, num plano abstrato. O juízo de inimputabilidade consiste em desvendar se o agente, no momento da prática do facto, se encontrava num estado de incapacidade de avaliação da ilicitude do facto ou de determinação em conformidade com essa avaliação, por força da anomalia psíquica³⁸.

CRISTINA LÍBANO MONTEIRO reflete o juízo de inimputabilidade na metódica do *triângulo probatório*, composto por facto, anomalia psíquica e pelo nexos entre facto e anomalia psíquica. Faces de uma dupla dimensão: a prova da perigosidade do agente e a declaração da sua incapacidade de culpa e inerente impossibilidade de sofrer uma pena. A

³⁸ «Direito penal», I, págs. 581 a 583

correspondência causal entre anomalia psíquica e o facto do agente afirma no juiz a convicção da perigosidade ao momento da prática do facto ilícito típico³⁹.

Num tempo em que a farmacologia permite a cessação da perigosidade do agente pela sua compensação clínica, imperioso é atender ao pressuposto causal da inimputabilidade a fim de realizar um juízo atento à real influência do estado mental do agente na liberdade de avaliação e determinação da sua conduta, no momento da prática do facto ilícito típico.

³⁹ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, «Perigosidade de inimputáveis...», págs. 115 e 116.

3. Pragmatismo da “imputabilidade diminuída”. Paradoxo jurisprudencial: condenação em pena e fundamento de atenuação por força do n.º 2 do art. 20.º do CP.

A valoração da culpa para efeitos de determinação concreta da pena tem acolhimento legal no art. 71.º e 72.º por obediência à máxima contida no n.º 2 do art. 40.º do CP. O enquadramento dogmático da graduação da culpa jurídico-penal é este e não aquele que resulta do n.º 2 do art. 20.º que deverá ser reservado para casos de inimputabilidade, ainda que de natureza em certa medida diferente das hipóteses encaminhadas para o n.º 1 do mesmo preceito.

A inimputabilidade pressupõe a negação da culpa pelo que o quantum de censurabilidade deverá ser valorado nos termos do regime geral para imputáveis. Imputabilidade significa capacidade de culpa. Esta capacidade em si mesma não é graduável visto que o autor de determinado facto ilícito é imputável ou inimputável. A culpa é que pode ser graduada em função de fatores vários^{40 41}. A prova dos pressupostos do regime jurídico do art. 20.º do CP é sinónimo de negação da culpa. Nas palavras de CAVALEIRO DE FERREIRA, “A prova é a demonstração da verdade dos factos juridicamente relevantes. Uma demonstração não é algo de graduável; ou existe ou não existe”⁴².

O preceito legal “imputabilidade diminuída” está inserido no artigo 20.º e representa uma segunda via dogmática para a declaração de inimputabilidade ao dispor que “pode ser declarado inimputável...”. Ora, o art. 20.º afirma na sua plenitude casos de negação da culpa, casos em que não obstante a prática do ilícito, o seu autor não é culpado. Por esta simples razão, a existência de culpa e intensidade da mesma não poderá ser graduada e valorada com fundamento no n.º 2 do art. 20.º.

Em reflexão de EDUARDO CORREIA, “(...) o pensamento da imputabilidade diminuída como uma circunstância atenuante da pena afastaria da punição normal

⁴⁰ Em convergência, CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, «Modelos inimputabilidade...», pág. 88.

⁴¹ Na conceção de FIGUEIREDO DIAS não está em causa a discussão de um “grau menor” de imputabilidade, mas sim a dúvida no elemento normativo de incapacidade de determinação. «Direito Penal» I, pág. 584.

⁴² «Curso de processo penal», 1956, pág. 284.

justamente todos os indivíduos com uma natureza propriamente criminoso. Seria a paralisia de uma enérgica reacção criminal onde ela se mostra mais precisa”⁴³.

A jurisprudência maioritária reconhece na figura jurídica da “imputabilidade diminuída” o óbice para a aplicação de uma pena atenuada, ao invés de uma absolvição ou aplicação de uma medida de segurança, reacção criminal propriamente destinada a declarações de inimputabilidade.

A proposição de atenuação da culpa com base no art. 20.º é um contra-senso por contrariar o seu próprio fundamento – a negação da culpa. E é também contraditória por bloquear as exigências preventivas do direito penal face a delinquentes de forte tendência para a criminalidade. São frequentemente estes os sujeitos da corrente aplicação jurisprudencial da “imputabilidade diminuída” enquanto personalidades psicopáticas. Não obstante verem a sua culpa reconhecida pelos juízes, são integrados nas fronteiras de tratamento do art. 20.º “em obediência” ao pressuposto biológico da inimputabilidade, não preenchendo os restantes pressupostos cumulativos (o normativo e o causal).

Em casos de compreensão jurídica pelo artigo 20.º do CP é manifesta uma discrepância entre os factos praticados pelo agente à luz da sua falha de saúde psíquica e aqueles que praticaria ao abrigo da sua personalidade sem a influência dominadora dos sintomas patológicos induzidos.

É precisamente a mutação patológica, congénita ou adquirida, o *prius* probatório da imputabilidade diminuída – por dedução lógica do regime pressuposto pela inimputabilidade *strictu sensu*.

A inclusão dos delinquentes de forte tendência para a criminalidade (por espelho da sua intrínseca personalidade) nesta categoria de inimputabilidade é um contra-senso na própria existência emergente e indisponível do direito penal na medida em que põe gravemente e irremediavelmente em causa as exigências de prevenção⁴⁴.

A valoração da culpa determina o tipo de crime – homicídio simples, qualificado ou privilegiado (133.º CP). Sem prejuízo, as circunstâncias relativas à culpa que não fizerem

⁴³ «Direito Criminal» I, pág. 358

⁴⁴ EDUARDO CORREIA, não obstante incluir no regime de protecção legal da imputabilidade diminuída os desvios e perturbações da personalidade, não deu resposta legal para a questão problemática por si próprio deixada: “Mas será compatível com as exigências da protecção e defesa criminal considerar diminuída a culpa e a pena a aplicar a um delincente na medida em que uma especial conformação psicobiológica, por exemplo uma psicopatia ou uma certa disposição caracteriológica, o arrasta para o crime?”. Em citação de Mezger – “é precisamente a psicopatia do agente o motivo da sua criminalidade, e, por isso, também o fundamento da sua perigosidade criminal” – conclui “submeter-se-ia, pois, o criminoso mais perigoso (psicopata) à reacção penal mais fraca (...). Cf. «Direito criminal», I, págs. 357 e 358.

parte do tipo de crime são consideradas na determinação concreta da pena, como dispõe o n.º 2 do art. 71.º do CP.

É certo que o art. 71.º, n.º 2 consagra a atenuação da culpa em virtude da intensidade do dolo e das condições pessoais do agente.

Cumprida uma reflexão... Não terá sentido uma revisão do artigo 71.º do CP com vista a englobar as situações de culpa diminuída?

A atenuação da pena de prisão encontrou fundamento na imputabilidade diminuída nos termos da decisão do Ac. do STJ de 14 de Julho de 2006.

O arguido foi condenado pela prática, em concurso real, de dois crimes de homicídio qualificados e dois crimes de furto, p. p. pelos arts. 131.º e 132.º, n.ºs 1 e 2, al. i) e 203.º, n.º1 do CP. A pena única conjunta foi de 20 anos de prisão e 180 dias de multa à razão diária de 5€, totalizando 900€. Foi ainda condenado ao pagamento de uma indemnização no valor de cerca de 41.000€. O arguido, toxicodependente, dirigiu-se à residência das vítimas, local de que era frequentador habitual, apoderou-se de uma arma de fogo que se encontrava na mochila da vítima e disparou contra esta. Dirigiu-se, de seguida, ao quarto onde se encontrava a namorada deste e disparou também contra a mesma. Furtou dois telemóveis e retirou-se do apartamento. O relatório psiquiátrico concluiu pela imputabilidade para os crimes de furto e pela imputabilidade atenuada relativamente aos crimes de homicídio qualificado. O perito sublinhou a perigosidade social do delinquent, a qual classificou como probabilidade para a prática de novos atos da mesma natureza. Entre os vários aspectos do quadro psíquico, constou a perturbação da personalidade (psicopatia), perturbação ansiosa e um QI “borderline”. As sequelas detectadas derivadas de um traumatismo cranioencefálico que sofreu e da respetiva cirurgia (impulsividade, desmandos comportamentais, entre outros) encontravam-se, no parecer do perito, estabilizadas.

Na aferição das atenuantes da pena, o STJ incluiu a imputabilidade diminuída no âmbito de proteção legal do n.º 2 do art. 71.º do CP, especificamente nas “condições pessoais do agente” previstas pela al. d). Desta feita, a imputabilidade diminuída, figura jurídica consagrada no n.º 2 do art. 20.º CP, deu o mote à atenuação da pena. Nestes termos, podemos questionar o porquê da invocação da imputabilidade diminuída e não um enquadramento da culpa diminuída nos termos gerais do art. 71.º, tendo em conta que não foi provado que a toxicodependência ou o QI *borderline* do arguido tenham determinado,

por assim dizer, a prática do crime e foi sim provada uma psicopatia (perturbação da personalidade). Se o STJ aderiu às conclusões do mesmo relatório pericial, interrogamo-nos sobre o raciocínio lógico da invocação do artigo 20.º do CP. O homicídio qualificado de duas vítimas terá sido consequência da abstinência ou excesso de droga, do seu QI *borderline*, ou mesmo das sequelas advindas do acidente a que foi sujeito ou terá sido fruto da própria personalidade imputável?

Não podemos deixar de referenciar o Ac. do STJ de 5 de Fevereiro de 1992, paradigmático no *thema decidendum*. Ao longo de 33 anos a arguida foi vítima de violência doméstica por parte de B, marido. As ofensas à integridade física e ameaças de morte, dirigidas também às filhas do casal, foram uma constante no matrimónio. Insultos, humilhações das quais se destacam obrigar a arguida a pernoitar em espaço exterior à habitação, assim como transportá-lo a casa da amante, por vezes a altas horas da noite. B era conhecido pela arguida e pelos vizinhos pela sua tara sexual, tendo estes presenciado várias situações de importunação sexual dirigida a outras mulheres. O mesmo frequentava locais destinados à prática de prostituição e chegou a furtar um animal com o objetivo assumido de se relacionar sexualmente com ele. As agressões sucederam-se com tal gravidade que a arguida, atormentada pelo medo, se chegou a refugiar em casa das filhas. Certa noite, após as constantes injúrias, B ordenou que a arguida o transportasse a casa da amante, prática a que vinha sendo sujeita. A arguida que já se encontrava deitada recusou-se a obedecer. Em sequência, B ameaçou estragar o automóvel, propriedade da arguida, com uma picareta. O culminar das repetidas humilhações resultou no descontrolo emocional da arguida, a qual deslocou-se à garagem empunhando uma machada com a qual desferiu vários golpes no marido, tendo estes sido a causa da morte por lesões crâneo-meningo-encefálicas, com exposição da massa encefálica. A conduta da arguida anterior e posterior ao facto revelou sempre bom comportamento. A arguida ficou com cicatrizes numa perna e num braço, sinais das fortes agressões físicas sofridas. A descompensação psíquica da arguida, traduzida num estado de sobretensão emocional, provocado pelas sucessivas e gravíssimas atitudes de violência por parte do cônjuge, comporta uma verdadeira anomalia psíquica: a perturbação profunda da consciência por estado de afecto intenso. Do acumular de toda uma vivência marcada pelo medo e repressão despontou num esgotamento psíquico da arguida que resultou na grave perturbação da sua consciência. A mesma foi arrastada pelo marido para uma rotina de submissão, controle psicológico, com

receio de represálias a bloquearam a capacidade natural de libertação. Todo este clima de tensão e contenção das emoções arrastou a arguida para uma explosão emocional violenta. A atitude compulsiva de por fim ao pesadelo de intolerável aceitação, tantas vezes reprimida, determinou inevitavelmente a arguida à prática do crime. Embora tenha avaliado a ilicitude do ato que iria praticar, a arguida não dispunha de mecanismos racionais que lhe permitissem perceber outro caminho viável para se libertar da opressão vivida – “a sua mentalidade deve ser considerada como disfuncional, nessas circunstâncias, isto é, como influenciada por factores de natureza etiogénica que transformam o psiquismo do agente (...)”.

Em sede de recurso, o Ministério Público veio pedir o agravamento da punição para 17 anos de prisão, para além de sustentar que a arguida deveria ter sido demitida da função pública. Nenhum destes pedidos procedeu.

A sapiência do STJ na experiência jurídica veio desqualificar o homicídio cometido pela arguida. Porém, integrou-o nas margens do art. 131.º com consideração pela atenuação especial da pena de prisão (art. 73.º) em atenção à imputabilidade diminuída da arguida (figura jurídica com previsão no n.º 2 do art. 20.º) – “A apontada situação de tensão emocional que, como se frisou, conduz a um estado de semi-imputabilidade (ou de imputabilidade diminuída), conforme é do conhecimento comum, leva a que a medida da punição deva ser determinada em harmonia com as regras do artigos 73.º e 74.º do mesmo diploma”. Em suma, o STJ proferiu uma condenação de 3 anos de prisão, do qual um ano foi perdoado por aplicação de lei em vigor na altura, a qual concedia amnistia e clemência a certas práticas ilícitas. A suspensão da execução da pena de prisão não foi uma opção no caso.

Em resultado, foi ignorado o reconhecimento da inimputabilidade da arguida por perturbação profunda da consciência e cumulativamente a incapacidade para se determinar de maneira diferente.

Nem mesmo a previsão do art. 133.º destinado a casos de homicídio privilegiado por influência dominante de emoção violenta compreensível foi debatida.

Na anotação que seguimos, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO salientou que a conduta ilícita deve ser avaliada por meio de um “juízo de culpa unitário” a respeito da desqualificação do crime de homicídio e atenuação especial da pena.

Como tal, não fará sentido condenar numa pena de prisão por comprovação de culpa e paralelamente proceder à sua atenuação com base na falta de imputabilidade do agente que é sinónimo de incapacidade ou negação de culpa. A haver atenuação especial da pena, como foi decidido pelo Supremo, seria com único fundamento nas circunstâncias que revistam o conteúdo da al. c), e eventualmente, d) e e) do n.º 2 do art. 71.º do CP, não como integração da imputabilidade diminuída numa destas alíneas.

Postulamos, como *supra* abordado, uma conceção de imputabilidade diminuída verdadeiramente integrada nas fronteiras do art. 20.º no qual realmente se insere. Assim provada a imputabilidade diminuída da arguida, esta teria que ser jurisprudencialmente considerada como imperativo para a aplicação de uma medida de segurança (de tratamento ambulatorio, nos contornos do caso em análise) ou mesmo uma absolvição⁴⁵.

⁴⁵ A consultar com mais detalhe, *RPCC*, «Qualificação e privilegiamento do tipo legal do homicídio», acórdão do STJ de 5 de Fevereiro de 1992, com anotação de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, págs. 113 a 126.

SEGUNDA PARTE

**PROVA PERICIAL DA INIMPUTABILIDADE: LIVRE APRECIACÃO
DA PERÍCIA E OBRIGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO DA
CONVICÇÃO DO JUIZ**

1. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUIZ PARA DECIDIR DA INIMPUTABILIDADE E PERIGOSIDADE VS. PRESUNÇÃO DA NÃO VALORAÇÃO DA PROVA PERICIAL PELO JULGADOR. VARIAÇÕES NO SISTEMA DA PROVA LIVRE.

Vigora entre nós o sistema probatório da prova livre segundo o qual a apreciação das provas é realizada livremente pelo juiz. *Le système selon lequel l'évaluation de la preuve devra se fonder sur la conviction intime a été consacré au Portugal parallèlement à l'introduction du jury. Dans les termes de notre Réforme Judiciaire de la première moitié du XIX, issue de la révolution libérale, dans les affaires criminelles tout comme dans les affaires civiles où intervenait du jury, les jurés devaient se prononcer "selon les sentiments de leur conscience et de leur conviction intime"*⁴⁶.

Nesta linha, não existem critérios legais predefinidos do valor a atribuir a cada prova, em detrimento dos sistemas de prova legal que predeterminam a valoração dos meios de prova, em abstracto, numa espécie de operação aritmética⁴⁷. *A predeterminação legal do valor das provas, prendendo a decisão judicial em matéria de facto a regras fixas, tinha de conduzir algumas vezes a resultados contraditórios com a consciência individual e a convicção do julgador*⁴⁸.

À luz do séc. XX, o valor probatório da perícia assume novos contornos em virtude do avanço científico possibilitado pela medicina, biologia e química. A “era da prova científica” veio inaugurar o conceito de “verdade material e objectiva” como meta do jurista na reconstrução da realidade dos factos. A nova concepção de prova livre, assente numa certeza motivada e objetiva veio distinguir-se da inflexível prova legal e da arbitrária prova subjetiva, ao permitir o apuramento da verdade material pela reconstrução da realidade dos factos⁴⁹.

⁴⁶ EDUARDO CORREIA, 1967, pág. 27ss.

⁴⁷ CASTANHEIRA NEVES, 1968, págs. 46ss. FIGUEIREDO DIAS, 1974, págs. 201ss;

⁴⁸ CAVALEIRO DE FERREIRA, 1956, pág. 298.

⁴⁹ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, 1995, pág. 36.

Com origem no direito romano e reavivada pela revolução francesa de 1789, a conceção da prova moral⁵⁰ viria a arredar o sistema da prova legal ou tarifada de raiz germânico-medieval, no século XIX⁵¹. A evolução do direito das provas no século XX trouxe consigo o conceito de prova livre que conhecemos, melhor estruturado para a exigência de uma sentença motivada⁵².

O princípio da livre convicção em matéria de apreciação de provas veio refutar o princípio da prova legal centrado na busca por uma verdade formal sem correspondência casuística, ao mesmo tempo que ultrapassou o conteúdo por uma verdade dogmática baseada na simples subjectividade do juiz. O aforismo da livre apreciação da prova assenta numa certeza objetiva e motivável, com reflexos na prolação de uma sentença justificada pela verdade real dos feitos submetidos a julgamento.

No sistema da livre convicção, o julgador reconduz a cada meio de prova o valor que lhe aprouver para realização do fim de descoberta da verdade material⁵³. No entanto, em expressão de EDUARDO CORREIA, *la libre conviction qui préside, au Portugal, à l'évaluation de la preuve en matière pénale est comprise par tous, non pas comme une appréciation irrationnelle et arbitraire des faits, mais comme devant correspondre à une appréciation dans laquelle les maximes de l'expérience, de la logique, de la psychologie, ne laissent pas de lier le juge*⁵⁴.

O art. 127.º veio efetivar na lei penal um princípio já existente. Até à sua entrada em vigor, aplicava-se subsidiariamente o art. 655.º CPC: “O resultado da prova é fixado pelo julgador, segundo a sua “livre convicção” (Cód. de Proc. Civ., art. 655.º), a qual naturalmente se baseia na livre apreciação das provas”⁵⁵.

⁵⁰ MICHÈLE-LAURE RASSAT, 2001, págs. 347ss. “Le système de la preuve morale a été conserve, ensuite, car il paraît plus en accord avec une procédure de jugement contradictoire et, dans ce cadre, plus favorable à la personne poursuivie”, pág. 348.

⁵¹ SARAGOÇA DA MATTA, 2004, pág. 234.

⁵² O sistema da prova livre teve na sua base o sistema da íntima convicção ou da prova moral, pelo que há autores que não fazem distinção nos conceitos, não obstante preterirem uma primitiva significação puramente subjetiva, em favor de um convencimento responsável e motivado.

⁵³ “La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus. Elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d’une preuve”. MICHÈLE-LAURE RASSAT, pág. 349.

⁵⁴ EDUARDO CORREIA, 1967, pág. 32.

⁵⁵ CAVALEIRO DE FERREIRA, 1956, pág. 297.

Sob capa do princípio da livre apreciação da prova – art.127.º do CPP – é legalmente acolhida a apreciação racional e crítica da prova, de acordo com as máximas da experiência, razão, sapiência jurídica e possivelmente científica⁵⁶.

A discricionariedade conferida ao juiz não se confunde com uma apreciação arbitrária e imotivável da prova. Identifica-se somente com um poder-dever de decisão, comunicativo do *iter* percorrido na avaliação probatória⁵⁷.

Com efeito, as regras da experiência são máximas de carácter absoluto, assentes em valorações genéricas e hipotéticas, com base na comparação, dedução e indução de casos similares de cuja observação se retira a convicção de uma mesma consequência em igualdade de circunstâncias⁵⁸. Tais máximas da vivência jurídica autorizam uma “certeza probatória” no “alto grau de probabilidade prática” a que a experiência e observação do juiz respondem sem dúvida⁵⁹. O valor da experiência assenta numa presunção, num “raciocínio probatório indirecto”, de dedução de factos desconhecidos a partir dos factos já provados⁶⁰.

A primazia da razão, inspiração decisória na valoração dos meios de prova, obriga a uma decisão sensata e responsável com fundamentação clara e reveladora do raciocínio do julgador, para possível sindicância pelas instâncias de recurso.

O qualificado conhecimento jurídico do julgador reconduz-se à interpretação de conceitos normativos e integração fático-casuística numa apreciação global do arguido com implicação no ilícito típico ou criminoso.

O *iter* probatório é guiado pela perceção e presunção das circunstâncias concretas para a solução a prover, bem como por mecanismos de dedução e indução da respetiva veracidade e adequação⁶¹. A comparação dos vários meios de prova, diferentes perícias médico-legais, conjuntamente com a avaliação dos factos do processo, vai culminar no confronto do conhecimento de facto do juiz e do parecer técnico e científico do médico psiquiatra.

⁵⁶ SANTOS CABRAL, «Código de Processo Penal Comentado», 2014, págs. 464ss.

⁵⁷ Como nota SARAGOÇA DA MATTA, “se apenas a consciência do julgador (...) servisse de raia ao soberano poder decisório dos Tribunais penais, então nem sequer as regras da lógica, da experiência, da técnica e da ciência valeriam como critérios para a valoração da prova”, pág. 240. Para uma visão do princípio da livre apreciação da prova em direito comparado, págs. 241ss.

⁵⁸ MARQUES DA SILVA, 2006, pág. 49.

⁵⁹ CASTANHEIRA NEVES, 1968, págs. 53 e 54.

⁶⁰ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, págs. 93 e 94.

⁶¹ MARQUES DA SILVA, 1945, pág. 141 e 142 e 186.

O julgador penal vê a sua liberdade de convicção limitada no que respeita à valoração da perícia médico-legal, por imposição do n.º 1 do art. 163.º CPP. Constitui a prova pericial uma verdadeira limitação ao princípio da prova livre. A avaliação da veracidade e coerência do juízo pericial presume-se subtraída à livre convicção do juiz.

A não concordância do juiz relativamente ao conteúdo médico-legal da perícia só pode ilidir a presunção contida no n.º 1 do art. 163.º nos casos em que o juiz dispuser de qualificação científica para fundamentar tal divergência.

*(...) o juiz pode duvidar do bom fundamento do parecer elaborado pelo perito – não já do seu quid científico, mas da lógica interna, da racionalidade do discurso*⁶².

A premissa que parte do princípio de que o diagnóstico pericial se presume subtraído à livre valoração do juiz representa uma presunção natural. A perícia médico-legal, pedra de toque do processo probatório, não deixa por isso de ser um meio de prova a aliar aos restantes valorados pela autoridade judiciária. Distingue-se da presunção legal que opera por “aplicação homogênea e generalizada”, à qual o juiz se resumiria a atender, “mesmo que não convicto”⁶³.

Tendo em conta que a perícia psiquiátrica e a perícia sobre a personalidade podem assumir a feição de perícia colegial nos casos determinados pelo juiz (n.º 2 do art. 152.º), na hipótese de existir opinião vencedora e vencida (n.º 5 do art. 157.º), não podemos afirmar que a mesma tem um valor probatório absoluto. Ainda que irrefutável porque exteriorização da visão científica de determinado perito, em caso de opiniões divergentes no mesmo relatório pericial ou de contradição entre diferentes perícias, cabe ao juiz penal decidir pelo valor probatório a atribuir às mesmas por adesão a uma delas no juízo global de inimputabilidade e perigosidade⁶⁴. Por outro lado, nos casos em que o juiz disponha de competência

⁶² CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, págs. 67.

⁶³ *Idem*, pág. 94.

⁶⁴ “Não faria sentido que, pelo menos nas perícias em que houvesse votos de vencido, se pretendesse impôr ao tribunal um juízo científico com valor probatório pleno (...) quando os próprios peritos manifestassem discordância na emissão do seu parecer”. MARQUES FERREIRA, pág. 259.

para valorar a perícia científica, a presunção é ilidível mediante contraprova (a realizar diretamente pelo juiz)^{65 66}.

Em direcção antagónica à da *supra* mencionada presunção de não valoração da perícia, está considerada a indiscutível natureza jurídica dos conceitos de inimputabilidade e perigosidade. Existem casos em que não obstante um determinado quadro clínico apontar para uma perturbação ou doença psíquica no momento da prática do crime, esta se mostra insuficiente para abalar de forma decisiva a imputabilidade do agente⁶⁷.

Igualmente, a decisão sobre a perigosidade criminal, embora reclame o fulcral auxílio de peritagem, é ónus do juiz, sábio conhecedor do resultado de semelhantes condenações.

Por outro lado, podemos indicar os possíveis vícios do relatório pericial como óbice a uma presunção⁶⁸ absoluta de não valoração da perícia médico-legal pelo juiz. *Veritas*, por proposta da alínea b) do n.º1 do artigo 158.º CPP, as deficiências de conteúdo do relatório pericial, caso da omissão de factos relevantes para a sua compreensão, contradição, incoerência, a intelegibilidade ou insuficiência de fundamentos, poderão dar lugar a nova perícia ou a renovação da perícia anterior a cargo de outro ou outros peritos na possibilidade de correcção parcial ou aperfeiçoamento de premissas obscuras. Compete à autoridade judiciária essa determinação, por decisão oficiosa ou a requerimento dos sujeitos processuais. Prevê-se deste modo a faculdade de a nova perícia, a cargo de outro perito, vir a revogar a anterior.

Segundo o n.º1 do art. 157.º e alínea a) do n.º1 do art. 158.º CPP, mesmo em caso de relatório médico-legal devidamente formulado e nesses termos não viciado

⁶⁵ «(...) inclinamo-nos no sentido de que a presunção em causa é “natural” e, por conseguinte, cederá mediante contraprova». *Idem*, pág. 259.

⁶⁶ Diferentemente, MARQUES DA SILVA afirma que «a presunção que o art. 163.º, n.º1, consagra não é uma verdadeira presunção, no sentido de “ilação, o que a lei tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido” (art. 349.º cc), o que a lei verdadeiramente dispõe é que salvo com fundamento numa crítica material da mesma natureza, isto é, científica, técnica ou artística, o relatório pericial se impõe ao julgador». Realça o autor que «não é necessária uma contraprova, basta a valoração diversa dos argumentos invocados pelos peritos e que são fundamento do juízo pericial». «Curso de processo penal», pág. 263.

⁶⁷ *Havemos de convenir que ele exacto concepto de lo que se ala enfermedad mental corresponde al terreno de la Psiquiatria. Pero su valoración como incidência en la imputabilidade del sujeto concreto es algo que reclaman para sí los juristas.* FERREIRO, 1983, pág. 25.

⁶⁸ “Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido” – art. 349.º do C.C. GAMA LOBO, pág. 211.

em coerência de conteúdo ou fundamentação, é sempre possível à autoridade judiciária, ao arguido, ao assistente e às partes civis o pedido de esclarecimentos complementares sobre algum aspeto dúbio.

O perito médico ou psicólogo forense preserva a sua “autonomia técnico-científica” ao deixar a descoberto o diagnóstico patológico pela perícia psiquiátrica (art.159.º CPP), bem como na hipótese de revelar características desviantes não patológicas por meio da perícia sobre a personalidade (artigo 160.º do código de processo penal). Tal relatório pericial só poderá ser abalado nas suas conclusões técnico-científicas face a uma confrontação de saberes também ela científica ao nível psiquiátrico ou psicológico (artigo 163.º do código de processo penal). Esta comparação de posições especialistas somente poderá ser efetuada por meio de nova perícia por diferente perito ou por convicção fundamentada do próprio julgador no caso de este dispor de qualificação científica para o efeito (arts. 158.º e 163.º CPP).

As características psicopatológicas dadas como provadas deverão confluir assertivamente no discernimento de um juízo de não censurabilidade do arguido na conduta ilícita. No entanto, é ao juiz penal que compete dilucidar se a influência de tal psiquismo foi decisiva na coarctação da liberdade de determinação do arguido. Ou seja, a imputabilidade ou inimputabilidade da personalidade do agente perante o facto ilícito, assim como a presunção de perigosidade é uma questão que assume meandros jurídicos dos quais só o juiz, *dominus* do processo, tem o ónus de responder em definitivo.

Em síntese, o diagnóstico de patologia psíquica (art. 159.º CPP), o parecer sobre a eventual inimputabilidade, bem como a prognose clínica de perigosidade dizem respeito aos quesitos a que o perito deve responder no relatório pericial. Caso seja conjuntamente requerida pelo juiz uma perícia sobre a personalidade (art. 160.º CPP), não obstante ser esta idónea à determinação da culpa e sanção do imputável, deve o perito médico ou psicólogo dar uma visão clara da personalidade e perigosidade do arguido não só para o juízo de imputabilidade ou inimputabilidade, como ainda para a decisão de absolvição ou aplicação de medida de segurança.

Contudo, o juiz não deve transpor para a sentença dados periciais que não tenha previamente apreciado. A responsabilidade decisória no processo impõe ao tribunal um dever de avaliar os meios de prova a utilizar na fundamentação de um juízo de inimizabilidade^{69 70}. Não faria sentido que o juiz delegasse a um terceiro a fiscalização da validade e adequação de determinado meio probatório, ainda que de uma perícia se trate⁷¹.

CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, na vasta análise que realiza da influência do princípio “in dubio pro reo”⁷² na prova da perigosidade, conclui que a dúvida que possa existir no espírito do perito não poderá ser resolvida por aplicação deste princípio. A questão que persegue procura precisamente solucionar o problema da dúvida no juízo de prognose de perigosidade, pressuposto de medida de segurança. Em resposta, *a questão da prova pericial apresenta certa analogia (...) com a questão hermenêutica. Assim como à dúvida na interpretação da regra de direito é alheio o princípio “in dubio pro reo” – o aplicador há-de tentar encontrar a solução juridicamente mais correcta – também à dúvida no juízo especializado a emitir pelo perito se hão-de aplicar critérios científicos: a perícia deve concluir do modo que cientificamente se repute mais correcto. No fundo, a analogia deriva da circunstância de a peritagem oferecer já, em si mesma e na maioria dos casos, um juízo sobre factos. O facto submetido a prova pericial será, pois, objecto de dois tipos de apreciação: uma com método e linguagem de um conhecimento especializado não jurídico; outra com os recursos próprios da ciência do direito.*⁷³.

Problemática resolvida, a fim, pela inaplicabilidade do “pro reo” como critério de resolução da dúvida na peritagem da perigosidade. *O princípio “in dubio pro reo” tem, juízo de perigosidade, uma influência decisiva mas mediata: aplica-se (tal como no direito dos imputáveis) à verificação do facto. Imediatamente, parece ser-lhe alheio – já não releva para qualquer dos outros passos pertencentes*

⁶⁹ Cf. SANTOS CABRAL, «CPP Comentado», 2014, págs. 639 a 691.

⁷⁰ “O valor probatório especial da perícia não significa que estejamos perante um novo regime de prova legal, obrigando o juiz a submeter-se ao *ipse dixit* dos peritos; individualiza a regra do exercício racional da sua apreciação”. MARQUES DA SILVA, 1945, pág. 264.

⁷¹ “...el juez no puede rechazar, sin más, el dictamen, sino que há de someterlo a crítica, esto es, intentar valorar su contenido y aceptarlo o no en función de la superación de las posibles objeciones que puedan hacerse”. FERREIRO, 1983, pág. 35.

⁷² Significa o princípio que em caso de dúvida insanável, o juiz dá como provados os factos favoráveis ao arguido.

⁷³ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, pág. 68.

ao iter da decisão sobre a perigosidade criminal do agente e sobre a decretação e manutenção de uma medida de segurança. Assim, não se aplica: à prova da anomalia psíquica ao tempo do facto, uma vez que esta é matéria estritamente científica, que deve tratar-se pericialmente; à prova da (in)imputabilidade, dado que, no direito português, a dúvida insanável neste domínio incide em terreno da imputabilidade diminuída e, nestas hipóteses, o legislador manda o juiz optar entre a declaração do agente como imputável ou inimputável, não de acordo com uma aproximação o mais correcta possível à realidade descritiva do caso, mas segundo critérios de tipo valorativo (que vimos afastarem o “pro reo”); à prova da persistência da anomalia psíquica – quer dizer, ao remate da prova da perigosidade – pela razão já aduzida; é matéria que compete à perícia⁷⁴.

Nestes termos, o juiz poderá socorrer-se do princípio “in dubio pro reo” para dar desfecho à dúvida existencial de perigosidade, contudo o perito forense não poderá lançar mão deste tipo de expediente solucionador no resultado do exame às faculdades mentais. Ou seja, em caso de dúvida sobre a perigosidade, o perito não poderá concluir da forma que lhe pareça mais favorável ao examinado. Trata-se de uma avaliação científica à qual naturalmente só poderão ser aplicados critérios científicos pelo perito, baseados num exame objetivamente isento de considerações de valor. O resultado porque científico será só um. E por isso mesmo uma verdade eminentemente científica, subtraída ao princípio do “in dubio pro reo”⁷⁵.

A perícia – se bem que no juízo científico a ela inerente se furte à livre convicção do julgador e, desse modo, também à incidência do “in dubio pro reo” – não constitui uma infiltração do sistema de prova legal numa estrutura de prova livre; não é um vestígio de vigência da verdade formal num processo voltado para a captação da verdade material ou histórica. Pretende apenas reforçar o carácter objectivo e científico da prova – vai afinal no mesmo sentido que o princípio da livre apreciação. Por isso e paradoxalmente, faz sentido que constitua, de modo parcial, uma excepção sua⁷⁶.

⁷⁴ *Ibidem*, págs. 156 e 157.

⁷⁵ *Ibidem*, págs. 3, 67 a 69 e 72 a 74.

⁷⁶ *Ibidem*, pág. 69.

2. PROVA PERICIAL COMO LIMITAÇÃO À LIVRE VALORAÇÃO DO JUIZ: CONTROLE DA LIVRE CONVICTÃO PELA EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DIVERGÊNCIA – O ARTIGO 163.º DO CPP.

A presunção contida no art. 163.º é ilidível por fundamentação científica do juiz. A desadequação da perícia ao agente e às circunstâncias do caso concreto indicam fundamento de divergência. O juiz pode emitir uma contraprova, pressuposta a competência de perito forense. Caso assuma competência científica em perícia de psiquiatria ou psicologia forense, é válida a divergência, por contraposição do juízo pericial emitido pelo próprio.

A discordância para com o relatório do perito psiquiatra ou psicólogo forense será legítima se o juiz tiver competência em perícia forense de psiquiatria ou em perícia não patológica sobre a personalidade. A fundamentação do juiz é válida se também este puder fazer uma apreciação científica. O juízo científico do perito só é susceptível de crítica científica⁷⁷.

(...) precisamente por ser esse o móbil do legislador, não deve considerar-se vedado a um juiz que acumula essa qualidade com a de expert em determinada área discordar das conclusões da peritagem, apresentando convincentes razões científicas. É uma das hipóteses que integra o já citado n.º 2 do art. 163.º do CPP⁷⁸.

A possibilidade de fundamentação de divergência de convicção do tribunal para com o parecer científico do perito – art. 163.º, n.º 2 do CPP – afirma o carácter de presunção natural que o legislador confere⁷⁹.

Na conjectura de não competência científica do juiz, o mesmo poderá emitir divergente parecer à perícia forense das faculdades mentais. Pressuposta uma não competência impugnatório-pericial, é válida a divergência que meramente atente em facto inicial que venha refutar o juízo principal. Quer isto dizer, *perante um*

⁷⁷ MARQUES FERREIRA, pág. 259.

⁷⁸ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, pág. 68.

⁷⁹ “Presunções naturais são juízos de avaliação através de procedimentos lógicos e intelectuais, que permitam fundadamente afirmar, segundo as regras da experiência, que determinado facto, não anteriormente conhecido nem directamente provado, é a natural consequência, ou resulta com toda a probabilidade próxima da certeza, ou para além de toda a dúvida razoável, de um facto conhecido. Na presunção deve existir e ser revelado um percurso intelectual, lógico, sem soluções de continuidade, e sem uma relação demasiado longínqua entre o facto conhecido e o facto adquirido; a existência de espaços vazios no percurso lógico determina um corte na continuidade do raciocínio, e retira o juízo do domínio da presunção, remetendo-o para o campo da mera possibilidade física mais ou menos arbitrária ou dominada pelas impressões”. Ac. STJ de 22 de Setembro de 2000. GAMA LOBO, págs. 215 e 216.

*certo juízo cientificamente provado, de acordo com as exigências legais, o tribunal guarda a sua inteira liberdade no que toca à apreciação da base de facto pressuposta*⁸⁰. No concreto dado de facto poderá imbricar um entrave à prova de uma perturbação do foro mental⁸¹. A título exemplificativo, a prova de grau de escolaridade permite invalidar uma presunção de não valoração pelo juiz de perícia de perturbação por atraso mental.

A prova pericial tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, artigo 151.º do Código de Processo Penal.

Enquanto perícias médico-legais, as perícias psiquiátricas (art. 159.º) são obrigatoriamente realizadas nas delegações e nos gabinetes médico-legais do Instituto Nacional de Medicina Legal (art. 2.º da Lei n.º 45/2004), nelas podendo participar também especialistas em psicologia e criminologia (n.º 6 do art. 159.º CPP). Sempre que a delegação do Instituto da área territorial do tribunal que requerer as perícias não disponha de especialistas nesta área em número suficiente, pode deferir as perícias a serviços especializados do Serviço Nacional de Saúde (art. 24.º, n.º 2 e 28.º da Lei n.º 45/2004). Nos termos do art. 152.º, n.º 2 do CPP, na impossibilidade de realização da perícia no estabelecimento oficial por se tratar de comarca não compreendida na área de atuação da delegação do Instituto é nomeado perito da comarca, contratado pelo mesmo (n.º do art. 2.º da Lei).

As perícias sobre a personalidade (art. 160.º), enquanto perícias forenses, podem ser realizadas pelo INMLCF, ou deferidas a serviços especializados, incluindo os serviços de reinserção social, ou, quando isso não for possível ou conveniente, a especialistas em criminologia, psicologia, sociologia ou psiquiatria, assim como a entidades terceiras contratadas pelo Instituto sem interesse na causa, pressuposta a reconhecida capacidade (art. 160.º-A).

*Perito é unicamente aquele expert que actua por determinação do tribunal*⁸².

Vigora em Portugal o sistema de perícia oficial. Cabe ao tribunal nomear o especialista responsável pelas perícias médico-legais e forenses⁸³, nos termos da lei

⁸⁰ FIGUEIREDO DIAS, 1974, pág. 209.

⁸¹ SANTOS CABRAL, pág. 685.

⁸² SANTOS CABRAL, pág. 643.

n.º 45 de 2004, o Instituto Nacional de Medicina Legal. Por solicitação às delegações e aos gabinetes médico-legais de perícias e pareceres, o Instituto assume a responsabilidade pela designação de peritos nos termos do artigo 5.º.

Nos termos do artigo 27.º da Lei n.º 45 de 2004 que rege as perícias médico-legais e forenses, a prova pericial no âmbito de psiquiatria e psicologia forense compete aos médicos do quadro do Instituto ou contratados pelo mesmo, bem como aos docentes ou investigadores do ensino superior no âmbito de protocolos para o efeito celebrados com instituições superiores de ensino público ou privado⁸⁴.

A prova pericial não se confunde com a prova testemunhal, nem mesmo no que respeita aos esclarecimentos prestados por peritos (artigo 12.º da mesma lei). O juízo pericial pressupõe conhecimentos técnicos que se subtraem à livre apreciação da entidade competente (art. 163.º CPP).

Caso a participação do perito se revista de interpretação factual, de dedução ou inferência probabilística, a mesma é reconduzida aos termos legais do testemunho qualificado – art. 130.º, n.º2, alínea b) do CPP. A convicção pessoal sobre determinado facto e sua interpretação resume-se a um depoimento sujeito à regra geral da livre apreciação pelo juiz.

A probabilidade de existência de fundamento psicopatológico infirmada pelo perito não poderá vincular decisivamente a percepção do juiz. Ao perder o estatuto científico, o depoimento do perito num plano subjectivo invalidaria uma possível aplicação da presunção patente no art. 163.º CPP.

Invocada uma circunstância prévia de possível dúvida, haverá que desconsiderar o fundamento em que assenta o juízo do perito, em termos tais que desvalore a pretensão imbricada num falso juízo. Por estipulação do art. 124.º do CPP, fazem parte do objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a inexistência do crime⁸⁵ e a determinação da medida de segurança aplicável.

O primeiro critério para a apreciação da prova será sempre um critério assente na apreciação da prova objetiva, isto é, a interpretação positiva impõe uma

⁸³ *Idem*, pág. 342.

⁸⁴ E ainda art. 6.º do Dec. Lei n.º 11/98 de 24/1.

⁸⁵ A existência de crime pressupõe, como sabemos, a culpabilidade do autor.

“discrecionalidade limitada”⁸⁶. Será o caso da prova pericial prevista no artigo 163.º.

A adesão ou discordância para com o relatório da perícia deverá tratar da averiguação de algum facto que comprometa a decisão de perigosidade e (in)imputabilidade. Reside aqui o segundo critério para validação da prova pericial.

O terceiro e último critério diz respeito à convicção probatória insita à figura decisória. «Como ensina o Prof. CAVALEIRO DE FERREIRA, o objectivo da prova consiste na *justificação da convicção sobre a existência de factos penalmente relevantes, que constituem pressuposto da aplicação da lei*»⁸⁷.

Desde a fase de averiguação e investigação dos factos dirigida pelo Ministério Público à fase de julgamento com vista à absolvição ou à condenação numa medida de segurança de tratamento ambulatorio ou de internamento, o princípio da livre apreciação da prova impõe que a entidade competente aprecie a prova segundo as máximas da experiência e da convicção decisória.

A perícia sobre as faculdades mentais em si mesma não constitui matéria de facto inteiramente sujeita ao princípio da livre apreciação. Consiste sim numa prova de especialistas que permite identificar factos penalmente relevantes, ao mesmo tempo que revela a adequação de conceitos normativos, tais como a inimputabilidade e perigosidade. Sem embargo, constitui um meio de prova que apenas poderá ser valorado de modo decisivo no juízo final se for de encontro à convicção decisória do juiz.

Quando o juiz discorda de determinada conclusão afirmada no relatório da perícia, a fundamentação da divergência assumirá uma de duas vertentes de resposta possível: argumentação jurídica e científica ou simplesmente jurídica. A não adesão na sentença a quesitos pedidos ao médico psiquiatra forense em âmbito de perícia psiquiátrica (art. 159.º CPP) – identificação da real perturbação mental de que sofria o agente à data da prática do delito; a sua real influência no cometimento do ilícito-típico; historial sociológico; avaliação psicológica – apenas poderá ser substituída por perícia de igual valor científico. De uma perspectiva clínica, o juiz só poderá refutar conceitos médicos por meio de nova perícia a cargo

⁸⁶ Seguimos de perto GAMA LOBO, pág. 212.

⁸⁷ Citação de CAVALEIRO DE FERREIRA in «Investigação criminal», 2013, pág. 84.

de outro especialista do Instituto Nacional de Medicina Legal ou no caso de ele próprio deter formação em psiquiatria forense.

Em hipótese de perícia sobre a personalidade – art. 160.º CPP – a realizar por psicólogo forense ou outra entidade designada, o juiz poderá emitir nova prova se dispuser de competência legal nos termos da legislação que regula o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses ou diferir nova perícia a diferente entidade especialista (serviços especializados, psicólogos, sociólogos, criminólogos ou psiquiatras).

Igual solução será destinada a feitos submetidos a julgamento em que a perícia não identifique um tipo específico de perturbação psíquica no agente ao momento da prática do facto e, não obstante, o juiz considere que existiu uma alteração no psiquismo do agente, determinante da prática do ilícito-típico. Constituem exemplo os estados de forte tensão emocional justificados por circunstancialismos externos aos quais só o juiz, *dominus* do processo e examinador de todos os dados de facto do caso *sub iudice* pode valorar. Como fundamentação de tal convicção terá de requer nova perícia com o prévio quesito de exame melhor aprofundado de objetivo de tal detalhe. Porém, caso assuma as vestes de *peritus peritorum* será ele próprio a emitir tal valoração.

Por outro lado, caso o juiz identifique determinado dado de facto que invalide a base fatural do parecer científico ou considere que a anomalia psíquica provada determinou a prática do facto, a fundamentação da divergência será jurídica.

«(...) na fundamentação não podem constar incongruências e paradoxos decorrentes de descoordenações factuais por incompatibilidade no espaço ou no tempo ou circunstâncias contraditórias no domínio das correlações físicas, nem podem existir espaços vazios no percurso lógico do julgador, analisadas segundo as regras da “experiência comum”»⁸⁸.

A libertação do jugo inflexível de uma prova meramente formal, atentatória da verdade real dos factos impõe uma liberdade de convicção a partir dos meios de prova ao dispor do juiz. *A operação intelectual em que se traduz a formação da convicção não é, assim, uma mera opção voluntarista sobre a certeza de um facto,*

⁸⁸ GAMA LOBO, pág. 213.

*e contra a dúvida, nem uma previsão com base na verosimilhança ou probabilidade, mas a conformação intelectual do conhecimento do facto (dado objectivo) com a certeza da verdade alcançada (dados não objectiváveis), e para ela concorrem as regras impostas pela lei, como sejam as da experiência, da percepção da personalidade do depoente*⁸⁹.

O valor atribuído pelo juiz à prova pericial é limitado pela coerência e correção do parecer contido no relatório da perícia. A livre apreciação da prova impõe um *princípio de liberdade para a objectividade*⁹⁰ - não (...) *meramente intuitiva, mas*⁹¹ assente na verdade real capaz de se impor a uma sociedade de direito.

O juiz deve esgrimir os argumentos que deram mote à formação da sua convicção, começando pelos dados de facto que serviram de base ao parecer, com término no juízo científico biológico ou psicopatológico, fundamento de preenchimento do pressuposto normativo da inimputabilidade, com ênfase na perigosidade, se existente.

Corolários do art. 205.º da CRP, o art. 97.º n.º5 e 374.º n.º2 do CPP proclamam a obrigatoriedade de os magistrados fundamentarem as sentenças, com invocação das razões de facto e de direito que fundaram a decisão, feita a menção crítica do acervo probatório que serviu para formar a convicção do tribunal.

Em aplicação, o exame crítico da(s) perícia(s) valorada(s) no juízo de inimputabilidade deverá incidir nos pontos obscuros que o perito não conseguiu esclarecer, por tradução do correto relacionamento dos factos com a sobreposta indicação da específica anomalia psíquica e toda a ambiência que culminou na prática do facto.

Confrontado com a desadequação ou incoerência dos esclarecimentos do perito para com a para com a matéria fatural constante dos autos, o juiz explicitará por escrito o fundamento da divergência. A dissonância ou contradição entre o diagnóstico clínico e os factos apurados e provados revela-se idónea à explicitação do raciocínio lógico seguido pelo julgador na aferição da veracidade da perturbação

⁸⁹ Ac. TC de 24/03/2003, em GAMA LOBO, pág. 221.

⁹⁰ Expressão de CASTANHEIRA NEVES, «Sumários de processo criminal», 1967-1968, pág. 50

⁹¹ *Idem*.

desenvolvida no psiquismo do agente e sua correspondência no cometimento de determinado ilícito tipificado na lei penal.

A prolação da sentença passa pela demonstração dos segmentos do relatório clínico que provem a coarctação da capacidade de entendimento e auto-controle dos impulsos psíquicos que o agente sofreu.

*Pelo princípio da livre convicção tem (...) o julgador a liberdade de formar a sua convicção (...) no mérito objectivamente concreto da exata perícia às faculdades mentais, ou à personalidade*⁹².

O exame crítico das provas é imposto pelo art. 374.º, n.º 2 como requisito fulcral da fundamentação da sentença. Na possível sindicância pelas instâncias de recurso reside o cerne da obrigatoriedade de uma explicitação racional dos motivos de facto e direito que conduziram à valoração credível de determinado meio de prova. A transposição do processo de formação da convicção do tribunal na creditação de determinada perícia psiquiátrica terá de obedecer a uma exposição o quanto completa quanto possível da boa razão que subjazeu à correspondência de facto. Ou seja, quais os factos imputados reveladores de possível e potencial enquadramento dogmático nas concretas sintomatologias da psique indicadas pelo perito, e porquanto contêm em si mesmas uma tradução prática na explicação da ação delinvente pelo inimputável penal.

A *ratio* de interpretação cognoscitiva de convicção libertária da decisão jurisdicional impõe uma discricionariedade intentada na procura pela verdade material de transposta refacção. A retratação real no quadro psicopatológico dos termos diagnósticos pressupostos pela competência médico-legal é estrato de prova tendente a uma racionalização creditória reiterada na coerência dos termos de facto examinados para prova corretamente concretizada nos termos impostos pela explícita lei processual penal – “(...) a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal”. A lei é taxativa nos requisitos pelos quais impõe uma consciente convicção probatória. Da sentença terá de constar a parte de

⁹² Terminologia do Prof. CASTANHEIRA NEVES em «Sumários de processo criminal», pág. 47.

relatório, fundamentação e dispositivo. Da fundamentação fática e de prova é substancial o trato de uma posição transparente e inequivocamente sustentada para posterior invocação das partes do processo no recurso e análise posterior da superlativa jurisprudência. O respeito pelas máximas da legalidade e da objectividade da razão isenta exaltam a crítica sustentada nos factos preteridos e nos factos objetivados no cômputo total da designação da matéria-prova. Injustificada recusa de prova com base em perícia psiquiátrica de insipiente contestação prevê a consequência da nulidade estipulada no artigo 379.º, n.º1 em exame no recurso, com possibilidade de sanção da invalidade em termos que repitam a sentença por supressão de premissa que contradite de modo irremediável a conclusão axial da peritagem técnico-científica de não impositação do facto à constituição psíquica do agente ou o contrário no caso do relatório previamente estabelecer a não determinação da perturbação sobre a personalidade do autor enquanto ponto justificante do crime perpetrado⁹³.

⁹³ OLIVEIRA MENDES, «CPP comentado», 2014, págs. 1167 a 1169.

2.1. VALOR DA PROVA PERICIAL: LEGITIMIDADE DA PERÍCIA PSIQUIÁTRICA (PERÍCIA MÉDICO-LEGAL E FORENSE) PARA CONDICIONAR O JUÍZO DE INIMPUTABILIDADE E PERIGOSIDADE.

(...) o julgador embora mantendo a inteira liberdade de apreciação da base de facto pressuposta pelo perito – e, contrariando-a, pode furtar validade ao parecer – só pode divergir do juízo contido no parecer do perito, fundamentando devidamente a divergência (artigo 163.º, n.º2) se puder fazer uma apreciação também técnica, científica (...)ou se se tratar de um caso inequívoco de erro⁹⁴.

O juízo científico emitido por perito forense presume-se subtraído à livre valoração do julgador. Salvo casos de inequívoco erro na apreciação, a perícia médico-legal faz prova de caso julgado. Nesta premissa reside o valor da prova pericial ínsito no artigo 163.º do Código de Processo Penal.

A perícia pode ser indeferida se o tribunal tiver o conhecimento técnico próprio necessário para proceder à percepção e avaliação do facto, como resulta implicitamente do disposto no artigo 163.º, n.º2. Neste caso a perícia não é necessária⁹⁵.

PINTO DE ALBUQUERQUE ressalva o juízo científico forense no seu quase absoluto valor probatório pericial. Se também o juiz poder fazer uma apreciação especializada do perfil psíquico do arguido não terá sentido deferir essa competência a um segundo perito.

Ao invés, sobre a credibilidade do arguido, não deve a autoridade judiciária proceder a perícia, porque esta é matéria reservada ao seu poder jurisdicional⁹⁶.

No mesmo plano, se o juiz ou um dos membros do tribunal coletivo poder avaliar de modo imediato o arguido não será necessária a solicitação de perito. Todavia, quando na audiência de julgamento se suscitar fundadamente o incidente de inimputabilidade (artigo 351.º do CPP), não poderá a questão ser decidida pelo juiz. Regra geral, o indeferimento de perícia constitui uma irregularidade nos termos do art. 123.º, porém, neste caso, a perícia é obrigatória, cuja sanção a lei comina com a nulidade nos termos do art. 120.º, n.º2, al.ª d).

A perícia médico-legal ou forense distingue-se do “parecer técnico” permitido nos termos do n.º 3 do art. 165.º CPP. Consiste num documento redigido por técnico nomeado

⁹⁴ FIGUEIREDO DIAS, 1988-9, págs. 142 e 143.

⁹⁵ PINTO DE ALBUQUERQUE em todo este ponto. «Comentário do CPP...», 2011, págs. 433 e ss (citação na pág. 435).

⁹⁶ *Idem*, pág. 435.

pelo próprio arguido, assistente ou partes civis, junto ao processo, sem que assuma naturalmente o valor de prova pericial.

A perícia pode ser realizada por um colégio de peritos (mínimo de três peritos) ou por grupo interdisciplinar de peritos, nos termos do art. 152.º, n.º 2 CPP. O colégio de peritos emite um único relatório pericial com possibilidade legal de opinião vencida nos termos do art. 157.º, n.º 5, ao passo que o grupo interdisciplinar de peritos é constituído por exigência de opinião de diferentes especialistas na matéria (possivelmente psiquiatras, psicólogos, especialistas em investigação criminal), resultando na elaboração de várias perícias. A lei especial de perícias médico-legais e forenses prevê a realização de perícia colegial nos casos em que o juiz o determine de forma fundamentada (n.ºs 3 e 4.º do art. 21.º da Lei 45/2004). Nos restantes casos será realizada por perito singular (n.º 1 do mesmo artigo)⁹⁷.

Dispõe de competência para ordenar a perícia, em fase de inquérito, o Ministério Público nos termos do artigo 270.º, n.º2, al. b). Em fase de instrução, é competente para emitir o despacho de ordenação de perícia o juiz de instrução criminal, art. 290.º, n.ºs 1 e 2 do CPP⁹⁸. E em fase de julgamento a perícia é solicitada pelo juiz presidente. Contudo, nos casos em que a pessoa não haja prestado consentimento, a autorização para a realização de perícia sobre características físicas ou psíquicas, “dependentes ou independentes de causas patológicas”, é da competência exclusiva do juiz, em qualquer fase processual (incluindo na fase de inquérito por alteração introduzida pela lei n.º 48/2007) – art. 154.º, n.º 3.

Nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 154.º, o despacho deve conter a definição do objeto da perícia, a identificação do Instituto Nacional de Medicina Legal⁹⁹ (n.º 1 do art. 3.º da Lei n.º 45/2004), e ainda os quesitos a responder pelos peritos (n.º 1 do art. 156.º)¹⁰⁰.

O despacho notificado ao Ministério Público, quando não for o seu autor, aos sujeitos processuais e às partes civis (n.º 4 do art. 154.º) deve ser fundamentado nos termos do art. 97.º, n.º 5.

⁹⁷ Para um maior aprofundamento da questão da realização da perícia médico-legal por perito singular ou em moldes colegiais, Ac. TRP de 6 de Fevereiro de 2014, *CJ* 252, tomo I, 2014, págs. 196 e 197; e Ac. TRG de 5 de Junho de 2014, *CJ* 255, tomo III, 2014, págs. 313 a 316.

⁹⁸ JOSÉ BRAZ, «Investigação criminal», pág. 168.

⁹⁹ Pressuposta a obediência ao regime de impedimentos previsto no art. 47.º (n.º 1 do art. 153.º CPP).

¹⁰⁰ PINTO DE ALBUQUERQUE acrescenta ainda no conteúdo do despacho a justificação pela autoridade judiciária ou judicial de “prejuízo para as finalidades do inquérito resultante do conhecimento da perícia ou dos seus resultados pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis”. Poderá ainda ressaltar este motivo de prejudicial publicidade como óbice à notificação do despacho aos sujeitos e intervenientes processuais na fase do inquérito. Pág. 443.

É permitido o recurso do despacho judicial que ordene ou rejeite a perícia, nos termos gerais previstos no art. 399.º CPP, com subida nos autos em separado, de imediato e com efeito suspensivo do processo (arts. 406, n.º 2, 407, n.ºs 1 e 2, al.ª j), e 408.º, n.º 3). É também possível a sindicância do despacho proferido pelo Ministério Público por reclamação hierárquica.

Caso a pessoa visada se recuse a realizar a perícia, obrigatória nos termos do art. 6.º da lei 45/2004, incorrerá em responsabilidade por crime de desobediência (art. 348.º, n.º 1, al. b) do CP).

Como dispõe o art. 156.º, n.º 3, o perito poderá requerer documentos jurídicos ou clínicos do processo do visado (salvo processos sem prévio acordo do examinado ou do seu médico assistente, art. 102.º da Ordem dos Médicos).

Resulta do n.º 4 do art. 156.º uma proibição prova relativa aos elementos de que o perito tome conhecimento no exercício das suas funções, as quais só poderão ser utilizados dentro do objeto e das finalidades da perícia. O tribunal não poderá valorar os dados de facto jurídicos que o examinado relatou durante a perícia. No entanto, se o perito for um funcionário e tomar conhecimento de um outro crime no exercício das suas funções, não se poderá eximir do dever de denúncia obrigatória nos termos da al. b) do n.º 1 do art. 242.º CPP.

Finda a perícia, será elaborado o correspondente relatório com resposta aos quesitos colocados pelo tribunal, se foi o caso, bem com as conclusões fundamentadas sobre a perturbação ou perturbações psíquicas de relevo detectadas e sua relação de causalidade com a prática dos factos de que o arguido vem acusado. A falta de fundamentação da opinião vencida não releva na medida em que é tida como não escrita. Já a falta de fundamentação da opinião vencedora incorre em vício de fundamentação de todo o relatório (decorrência do n.º 5 do art. 157.º). Poderá ser efetuado o pedido de esclarecimentos ao perito (n.º1 do art. 157.º). A sua falta não invalidará o relatório sem prejuízo de poder ser valorada pelo juiz. Se o relatório não for elaborado logo após a realização da perícia, e como tal ditado para o auto, será marcado um prazo não superior a sessenta dias para a sua apresentação (n.º 2 e 3 do mesmo normativo).

Os eventuais esclarecimentos complementares (art. 158.º) posteriores ao envio do relatório médico-legal serão efetuados por meios técnicos processualmente previstos de comunicação à distância (exemplo da videoconferência) – art. 12.º da lei n.º 45/2004.

Se a convicção do juiz divergir das conclusões de base do relatório pericial por motivo de discrepância do resultado clínico ou de personalidade com os factos vertidos nos autos ou contradição evidente entre fundamentação e conclusão, poderá determinar, oficiosamente ou a requerimento das partes, nova perícia ou renovação da anterior a cargo de outro perito (art. 158.º).

*Perante uma perícia científica não é admissível que o juiz se afaste do seu resultado com o argumento de que esse resultado não o convence ou de que tem opinião contrária*¹⁰¹.

A perícia forense realizada por médico psiquiatra ou psicólogo forense inscrito na competência do Instituto Nacional de Medicina Legal limita a livre valoração pelo juiz do estado clínico do autor no momento da prática do facto ilícito. Caso a convicção do juiz venha a divergir do conteúdo fundamental do relatório pericial terá de fundamentar a discordância, sob pena de invalidade da sentença. Essa mesma fundamentação poderá ser efetuada por meio de perícia divergente a cargo de outro perito da Medicina Legal. A convicção do juiz de inimputabilidade importará à transcrição na decisão da matéria probatória expressa na perícia.

Para prova da inimputabilidade somente a perícia psiquiátrica resultará idónea a uma conformação médico-legal. Não obstante poderá no processo ser requerida perícia sobre a personalidade do autor com o fim de prova da imputabilidade ou, em alternativa, para despistar essa mesma possibilidade¹⁰².

A perícia psiquiátrica visa a aferição médica de patologia da mente que compreenda a ação do autor. São avaliados por exame direto e indireto os traços de perfil clínico, de feição psicótica como delírios, alucinações e ilusões, os modos comportamentais e de comunicação, as características de personalidade e temperamento, inteligência e raciocínio de pensamento, a “orientação auto e alopsíquica¹⁰³”, a memória e atenção, e o “quadro psicofísico¹⁰⁴”, em geral. A par da entrevista direta poderão ser realizados exames médicos de neuroimagem, como ressonância magnética ou tomografia computadorizada, ou um electroencefalograma, para aferir da existência de lesões cerebrais; bem como exames bioquímicos para aferir do grau de influência de substâncias

¹⁰¹ Ac. de 9 de Setembro de 2014 do T.R.Coimbra, *CJ* 252, 2014, pág. 289.

¹⁰² CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, pág. 88.

¹⁰³ SANTOS CABRAL, pág. 676.

¹⁰⁴ GAMA LOBO, pág. 271.

psicotrópicas¹⁰⁵. O perito médico deverá exarar no relatório pericial o seu parecer clínico de perigosidade ou respetiva cessação para que o juiz possa avaliar a necessidade de medida adequada de tratamento. Como *supra* referido, as perícias de psiquiatria forense são realizadas obrigatoriamente nas delegações de Coimbra, Lisboa ou Porto do INMLCF.

Ao contrário da perícia sobre doenças mentais ou transtornos análogos, a perícia sobre a personalidade poderá ser diretamente realizada por psicólogos forenses no âmbito da Lei n.º 45/2004. Destina-se à avaliação do agente na sua particular personalidade e perigosidade, com ênfase na deteção de perturbação da personalidade psicopática ou sociopática. O objetivo desta perícia consiste na recolha de dados a transmitir ao juiz para graduação da culpa jurídico-penal, decisão sobre medida de coação, como a prisão preventiva e constatação de exigências de prevenção geral¹⁰⁶. Por esse motivo, e diferentemente do regime aplicável à perícia psiquiátrica, poderá ser requerida em momento anterior ou posterior ao julgamento. Para além de psicólogos forenses inscritos no INMLCF poderão ser competentes serviços especializados como serviços de reinserção social [neste caso a perícia resultará na emissão de relatório social (art. 1.º, alínea g) do CPP)] e entidades terceiras, públicas ou privadas, pelo Instituto contratadas ou indicadas (art. 2, n.º 2 da Lei n.º 45/2004 e art. 160-Aº CPP).

Embora ambas as perícias previstas no art. 159.º e 160.º do CPP sejam aptas a uma conformação da prognóstica ameaça de futuros crimes, somente a perícia psiquiátrica poderá fundamentar um juízo de inimputabilidade. O motivo é simples, prende-se com o facto de apenas a perícia psiquiátrica ser apta à prova de sintomatologia patológica¹⁰⁷.

A fisionomia tradicional da peritagem não parece adequar-se à perícia psiquiátrica, ao menos quando auxiliar do tribunal no problema que nos ocupa. Tanto por ser frequentemente problemática a sua própria conclusão, como porque a observação de um arguido com o fim de avaliar a sua inimputabilidade e perigosidade (ainda que essa avaliação não seja a definitiva. Esta compete tão-só ao juiz, já que inimputabilidade e perigosidade têm referentes normativos que só ao jurista cabe interpretar e decidir) é algo que tange, afinal, com fibras muito ligadas à sua personalidade (sabemos que a avaliação de uma patologia do foro psiquiátrico difere de uma avaliação da personalidade. Há distúrbios de personalidade em indivíduos com quadro clínico-psiquiátrico normal.

¹⁰⁵ ELIZABETE MONTEIRO, pág. 112 e 113.

¹⁰⁶ SANTOS CABRAL, pág. 680

¹⁰⁷ Consultar *supra* 2.1 da parte II.

Empregamos em texto o termo personalidade numa frase cujo objectivo é marcar a diferença entre uma perícia que se reporta a aspectos mais materiais do indivíduo e outra que trabalha numa área onde o material e o espiritual dificilmente se discernem com nitidez). É claro que o ponto de vista do cientista médico, nessa avaliação, é diferente do ponto de vista, também científico (da ciência jurídica) do juiz.

Acentuamos também, e sobretudo, que o facto de contestarmos esta distinção tão marcada – «problema técnico»/«problema humano» – não nos impede de continuar a considerar o juiz como “peritus peritorum”. Apesar de tudo, é sempre mais amplo o “thema decidendum” do tribunal do que o objecto de qualquer perícia, por mais abrangente que possa parecer¹⁰⁸.

¹⁰⁸ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, pág. 89.

2.2. FUNDAMENTAÇÃO DA DISCORDÂNCIA DO PARECER PERICIAL: NULIDADE DA SENTENÇA (ART. 379.º, N.º 1) POR MOTIVO DE VIOLAÇÃO DO N.º 2 DO ARTIGO 163.º. ADMISSIBILIDADE DE RECURSO DE REVISTA AMPLIADA POR ERRO NOTÓRIO NA APRECIÇÃO DA PROVA (N.º 2 DO ART. 410.º CPP).

Quando se verifique divergência entre o resultado da perícia e a sentença sem que essa divergência seja suficientemente fundamentada pelo tribunal, há nulidade da sentença derivada de uma omissão de pronúncia sobre uma questão que deveria apreciar, isto é, o valor da perícia (artigo 379.º, n.º 1, al.ª c). Este é um vício típico da fundamentação da decisão e para o sanar basta que a sentença recorrida seja devidamente reformulada¹⁰⁹.

O juiz não pode emitir sentença contraditória da perícia sem fundamentar a divergência (artigo 163.º, n.º 2). É nula a sentença que não aprecie da prova pericial. A divergência da sentença com a perícia só é válida se o juiz contraditar o relatório com diferente prova pericial ou se ele próprio emitir o juízo de perícia da (in)imputabilidade. A prova pericial pelo juiz pressupõe competência científica em matéria forense.

Assim, no caso de o juiz não dispor de competência científica e forense para realizar *de per si* a perícia psiquiátrica ou a perícia sobre a personalidade, não poderá refutar o relatório pericial sem contraprova.

Contudo, na interpretação de PINTO DE ALBUQUERQUE a fundamentação da divergência do juiz em relação à conclusão exarada no relatório do perito não terá necessariamente de assumir a “natureza de uma contraprova¹¹⁰”. É fundamento suficiente¹¹¹ da divergência a adesão a uma das perícias caso tenha sido requerida uma nova perícia.

O art. 163.º, n.º 2 impõe que a fundamentação da divergência do tribunal para com o parecer científico de inimputabilidade tenha de ser realizada num plano igualmente científico. Caso contrário a sentença é nula por não pronunciar sobre a questão da inimputabilidade provada por relatório pericial, nos termos previstos na alínea c) do n.º 1 do art. 379.º do CPP.

¹⁰⁹ PINTO DE ALBUQUERQUE, pág. 458.

¹¹⁰ Seguimos de perto PINTO DE ALBUQUERQUE, pág. 457 e ss.

¹¹¹ Não estão sujeitos à protecção de valor de prova pericial conferida pelo art. 163.º, o relatório social da perícia sobre a personalidade nem um simples relatório médico sem estatuto de perícia. Nestes feitos vale inteiramente o princípio da livre apreciação da prova (127.º). *Idem*, pág. 458. Excluimos de igual passo os pareceres técnicos (*supra* 2.1. desta parte).

Na ausência de prova análoga que fundamente a divergência da convicção do juiz em relação à única prova pericial *sub judice*, o tribunal não pode deixar de se pronunciar sobre a questão da inimputabilidade, sob pena de nulidade da sentença nos termos da primeira parte da al. c) do n.º 1 do art. 379.º do CPP.

Enferma de nulidade a sentença que não pronuncie sobre a questão da inimputabilidade quando a perícia psiquiátrica forense tenha apontado nesse sentido, por identificação de perturbação patológica consonante com os dados de facto assentes no processo (primeira parte da al. c) do n.º 1 do art.379.º).

A omissão de pronúncia sobre a questão da inimputabilidade – art. 379.º, n.º 1, alínea c) – constitui uma falha no dever de cognição do tribunal a arguir ou conhecer em recurso (art. 379.º, n.º 2). Tal nulidade é susceptível de convalidação se não for expressamente arguida (art. 120/2.º e 121.º, e 119.º *a contrario*). Interposto recurso pelo interessado, cabe ao tribunal superior aferir da omissão de pronúncia na sentença sobre a conclusão médico-psiquiátrica de incapacidade na determinação do ilícito.

A aplicação do incidente de reparação previsto no n.º 4 do art. 414.º às hipóteses de nulidade da sentença previstas na parte final do n.º 2 do art. 379.º é no modo de ver de PINTO DE ALBUQUERQUE inconstitucional. A introdução da premissa final do n.º 2 do art. 379.º – “ aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 4 do artigo 414.º” foi introduzida pela lei n.º 59/98 de 25/08 e acarretou uma segunda via de suprimento da nulidade da sentença, desta feita, não a cargo do tribunal de recurso, mas ao dispor do tribunal recorrido já depois de proferida a decisão. Tal disposição é inconstitucional por extravasar o âmbito de competência do tribunal recorrido, segundo o princípio de que a jurisdição se esgota depois de proferida a sentença (666.º, n.º 1 CPC), contrariando assim os arts. 2.º; 27.º, n.º 1 e 32.º, n.º1 da CRP. O autor ressalta ainda a violação de diplomas internacionais como a CEDH no seu art. 6.º. Por outro lado, só em caso de inadmissibilidade de recurso ordinário é que a nulidade da sentença pode ser arguida junto do mesmo tribunal, no prazo de dez dias (art. 120.º,n.º 1, e 105.º, n.º 1).

A nulidade da sentença é arguida ou conhecida em sede de recurso pelo tribunal superior. Não obstante, é ao tribunal recorrido que compete sanar a nulidade.

Na interpretação de PINTO DE ALBUQUERQUE, que partilhamos, *a sentença ferida de nulidade por omissão de pronúncia quanto a questão que devesse apreciar, deve ser anulada e os autos devem baixar ao tribunal a quo para que nele se proceda à elaboração*

*de nova sentença, (...) conhecendo-se nela das questões que o tribunal deveria ter apreciado (nulidade da 1ª parte da alínea c) do n.º 1). Não deve, pois, nestes casos anular-se o próprio julgamento*¹¹².

No tema que nos ocupa, a pronúncia sobre “questão que devesse apreciar” diz única e exclusivamente respeito à questão da inimputabilidade do autor. Por esse motivo a arguição de nulidade com base na al. c) do n.º 1 d art. 379.º não diz respeito a argumentos ou motivações das partes no litígio, mas sim à concreta questão da prova pericial.

A nova decisão a proferir pelo tribunal recorrido, pressupõe a distribuição ao mesmo relator, salvaguardada a hipótese de o mesmo já não exercer funções, caso que obrigará a novo julgamento com diferente juiz do mesmo tribunal (n.º 3 do art. 379.º)¹¹³.

Numa outra perspetiva, o excesso de pronúncia na sentença, por conhecimento de questão sem competência (art. 370.º, n.º 2, al. c), segunda parte) será óbice à apreciação pelo tribunal de recurso do juízo científico inerente à prova pericial.

*A livre apreciação da prova pericial significa que os dados de facto pressupostos no juízo pericial estão sujeitos à livre apreciação do juiz, enquanto o juízo técnico ou científico insito nesse juízo, só deve ser criticado de um ponto de vista técnico ou científico*¹¹⁴.

Num outro grau, poderá ser interposto recurso para o STJ (verificada, v.g., divergência entre instância ou condenação superior a oito anos). Nos termos da alínea c) do n.º 2 do art. 410.º do CPP, é admissível recurso de revista ampliada por erro notório na apreciação da prova. Não obstante a lei restringir a cognição do STJ a matéria de direito, o vício na apreciação da prova pericial é de conhecimento oficioso pelo Supremo Tribunal.

Perante vício de erro notório na apreciação da prova (alínea c) do n.º 2 do art. 410.º) e quando não possa imediatamente decidir da causa, o STJ pode proceder ao reenvio da questão da inimputabilidade para novo julgamento (art. 426.º, n.º 1), a realizar por juízes diferentes do mesmo tribunal¹¹⁵ (art. 426.º-A). O n.º 2 do art. 426.º do CPP dispõe que “o reenvio decretado pelo STJ, no âmbito de recurso interposto, em 2ª instância, de acórdão da relação é feito para este tribunal, que admite a renovação da prova ou reenvia o

¹¹² *Idem*, pág. 982 a 987 (citação na pág. 985 e 986).

¹¹³ «CPP anotado», pág. 737 a 744.

¹¹⁴ Ac. do TRC de 9 de Setembro de 2014, *CJ 257*, tomo IV, 2014, pág. 289.

¹¹⁵ Na impossibilidade de julgamento por diferentes juízes no tribunal recorrido, será competente o tribunal mais próximo, da mesma categoria. «CPP anotado», pág. 864.

processo para novo julgamento em 1ª instância”. O reenvio pelo STJ de acórdão proferido por tribunal da relação dirige-se a este tribunal e não ao de primeira instância. Devolvido o processo à Relação para sanção do vício, cumpre aos novos juízes a determinação da renovação da prova ou o seu reenvio para novo julgamento pelo tribunal de 1ª instância¹¹⁶.

Para exemplificar a controvérsia, referenciamos o acórdão do TRE de 18 de Fevereiro de 2014 que em âmbito de perícia psiquiátrica concluiu pela omissão de pronúncia. “Enferma de nulidade, por omissão de pronúncia, a sentença que não toma posição sobre a questão da inimputabilidade ou imputabilidade diminuída do arguido no momento da prática do facto, que havia sido suscitada no processo em momento anterior”.

No acórdão do STJ de 20 de Dezembro de 2006 foi ordenado o reenvio da causa para novo julgamento (arts. 426 e 426-Aº) com imposição de nova sentença que conhecesse do objeto do recurso interposto da decisão de 1ª instância. Após segundo recurso para o STJ com fundamento em erro notório na apreciação da prova, tendo o primeiro acórdão do Supremo decidido pela anulação e substituição da decisão da Relação, foi ordenado o reenvio do processo, na íntegra, para novo julgamento do objeto do processo. O erro na apreciação da prova invocado pelas assistentes respeitou à contradição de factos de base jurídica na perícia de psiquiatria e de psicologia forense (estado tóxico do autor e indícios de ciúme justificante de perturbação psicótica de delírio de ciúme). Ao reenviar o processo para novo julgamento pretendeu o STJ complementar a matéria jurídica e factual de base aos relatórios periciais para uma completa afirmação da decisão de inimputabilidade do arguido.

No processo referente ao acórdão do STJ de 11 de Fevereiro de 2004, o Supremo Tribunal revogou o acórdão do TRC e o precedente acórdão de 1ª instância, com fundamento na violação dos arts. 163.º, nºs 1 e 2 e 379, nº 1, al. a) e 374, nº 2. A perícia psiquiátrica realizada na Delegação de Coimbra foi idónea à declaração de inimputabilidade da arguida por evidência de “transtorno depressivo grave com sintomas psicóticos”, num quadro de “instabilidade emocional, prejuízo de controlo dos impulsos (...) na base de reacções explosivas e violentas, em prejuízo das capacidades de autocontrolo”. Foi ainda realizada perícia sobre a personalidade na Delegação de Lisboa a pedido da assistente, a qual viria a concluir no mesmo sentido da inimputabilidade por incapacidade de determinação em virtude de deterioração das faculdades mentais. Em sede

¹¹⁶ PEREIRA MADEIRA, «CPP comentado», pág. 1488.

de audiência de julgamento, foi reafirmada a mesma conclusão pelos peritos – a arguida “agiu em estado de inimputabilidade por distorção da realidade”. Sem embargo, foi junto aos autos um exame psicológico realizado complementarmente que apontou a capacidade de determinação da arguida por inalterabilidade das capacidades cognitivas. A decisão recorrida desrespeitou a perícia psiquiátrica ao julgar a arguida como imputável sem observância de qualquer fundamentação científica capaz de fundar a divergência. O tribunal alicerçou a sua convicção nos dados de facto que antecederam à prática do crime (comportamento da arguida, planeamento e decisão prévia do modo de execução do crime). A não adesão na sentença à conclusão de inimputabilidade contraria os mais elementares princípios de certeza e segurança jurídica das decisões, por ignorar o valor de prova vinculada atribuído à perícia psiquiátrica. Não dispondo o juiz de competência científica para apreciar da prova pericial, não a poderia ter refutado com base em dados de facto que em nada contrariam a decisão de incapacidade de determinação. Violou assim o “dever qualitativo de fundamentação” previsto pelo art. 163.º, n.º 2. O valor legal conferido à prova pericial não poderá ser abalado por convicção desprovida de valor médico-psiquiátrico. A decisão superior de recurso, ao revogar o acórdão da Relação de Coimbra e declarar a nulidade do acórdão de 1ª instância, indicou erro notório na apreciação da prova. A apreciação de perícia de psiquiatria exigiria especialidade forense de juízo cientificamente declarado. A não adesão à perícia de psiquiatria não é válida por fundamentação judicial desprovida de valia científica alicerçada em convicção decisória puramente pessoal. Deliberou o Supremo o reenvio do processo para nova decisão.

Mencionamos igualmente o acórdão do STJ de 31 de Março de 2005. O Supremo veio rebater a posição do tribunal da relação, confirmatório do tribunal de primeira instância, ao invalidar a sentença e reenviar a questão para novo julgamento pelo motivo de desconsideração da suposta imputabilidade diminuída na aferição do quantum da pena. Considerou a violação do art. 163.º, n.º 2 e como tal declarou a nulidade da sentença nos termos do art. 379.º, n.º 1, als. a) e c) e 374.º, n.º 2. A arguida A executou o crime de homicídio da mãe, residente na sua habitação, por acordo com o arguido B. Este último aceitou a proposta de matar a mãe de A em troca da quantia de 500,00€ e traçaram ambos o plano. O tribunal de primeira instância condenou os arguidos pelo crime de homicídio qualificado, p. p, pelo art. 132.º, n.º 1 e 2, als. a), b) e i) do CP, sob a forma de co-autoria, na pena de 20 anos de prisão. Por seu turno, o tribunal recorrido subscreveu esta decisão

pela mesma razão de – não obstante se reconhecer uma anomalia psíquica¹¹⁷ – não se verificar o pressuposto normativo (incapacidade de determinação em conformidade com a ilicitude) capaz de comprovar uma imputabilidade diminuída dos co-autores. O STJ veio afirmar a perícia de imputabilidade diminuída como óbice à qualificação do crime de homicídio, por violação do princípio da culpa e por inerência do art. 71.º do CP. Ademais julgou desrespeitado o princípio da igualdade por aplicação de tão excessiva pena quando comparado o caso *sub judice* com outras possíveis causas penais. No que respeita à culpa diminuída do agente permite-nos a seguinte reflexão. Terá sido a prova de uma culpa diminuída fundamento para atenuação por força do normativo 20.º, n.º2, ao invés, de uma consideração da culpa por aplicação do artigo 71.º referente à determinação da medida da pena? Por outro lado, o STJ considerou o vício de erro notório na apreciação da prova relativo à sentença proferida em 1ª instância e à decisão confirmatória da Relação. Como consequência declarou o erro como causa de anulação e reenvio do processo para novo julgamento. Em conclusão, proferiu “a Relação, ao aplicar o direito no errado pressuposto de que não existia no recorrente uma imputabilidade diminuída, fê-lo com violação flagrante do disposto no art. 163.º, n.º 2, do CPP, para além de não ter acatado os factos que ela própria fixou (...) a falta de fundamentação sobre a decisão de direito e a falta de pronúncia do tribunal sobre questões que devia apreciar são motivo de nulidade da sentença, nos termos dos arts. 379, n.º 1, als. a) e c) e 374.º, n.º 2 do CPP, nulidade essa que foi invocada pelo recorrente e que, efectivamente, se verifica. Por isso, há que declarar nulo o Acórdão recorrido e mandá-lo repetir no mesmo Tribunal e, de preferência, pelos mesmos Juízes, agora com observância das conclusões do relatório médico sobre as faculdades mentais do recorrente”.

¹¹⁷ Do relatório pericial do exame às faculdades mentais do arguido B consta a avaliação de “perturbação de personalidade com predomínio de manifestações sociopáticas”; “toxicofilia (álcool, canabinóides, cocaína e opiáceos”, concluindo que “é imputável para os actos de que vem arguido. Mas a personalidade de que é portador permite escassa margem de manobra ao livre arbítrio e dificulta o refreamento de pulsões, limitações potenciadas pelo abuso prolongado de tóxicos, o que autoriza a proposta de diminuição da imputabilidade”. A perícia psiquiátrica efetuada à arguida A relatou que “cl clinicamente à data da prática dos factos de que é acusada, não se detecta sintomatologia psiquiátrica significativa de forma a impedir a examinanda de se avaliar ou de se determinar (...)”, “sem prejuízo do atrás afirmado a examinanda sofre de um transtorno neurótico”; por sua vez, a avaliação psicológica detectou “perturbação emocional, com depressão severa, ansiedade, perturbação séria no contacto com a realidade, dificuldade em estabelecer vínculos afectivos, presença de ideação paranóide e dificuldade de controlar os impulsos agressivos”.

2.3. PERÍCIAS CONTRADITÓRIAS: JUIZ COMO *PERITUS PERITORUM*. IMPERATIVA VALORAÇÃO DECISÓRIA.

Na requisição de nova perícia de psiquiatria encontramos a legalidade-fundamento de um juízo decisório por imposição do dever legal de apreciação das provas. O juiz pode determinar a utilidade de diferente perícia psiquiátrica com vista à examinação de aspeto distinto dos considerados em perícia precedente ou à reavaliação de mesma questão com base numa outra visão especialista. Em regra, a dúvida do tribunal na interpretação do relatório pericial deverá ser solucionada por pedido de esclarecimentos ao perito. Caso o juiz não tenha ficado elucidado e persistam dúvidas na ligação entre facto pelo agente perpetrado e os efeitos provados pela coarctação das capacidades de intelecção, cognição e determinação da vontade, diretamente conexionadas, poderá solicitar uma nova perícia com o objetivo de esclarecer essa interação comportamental.

A dúvida sobre a integridade mental do arguido é algo que reclama para o jurista a decisão de averiguação dos factos de base à conduta do arguido. O relatório de diagnóstico médico do autor será valorizado dentro dessa mesma limitação jurídico-factual. Não pode o juiz subsumir factos de científica veracidade probatória num juízo de determinação jurídica. Ou seja, não poderá o juiz contraditar determinada prova de incapacidade mental com motivação no ambíguo fundamento de facto, base do ilícito cometido. Com efeito, a dúvida na recondução da anomalia mental a um determinado comportamento antijurídico terá de ser esclarecida pela peritagem nos termos previstos no art. 158.º do CPP.

Os esclarecimentos complementares a prestar por perito competente constituirão diligência idónea à resolução de dúvida na prova da inimputabilidade. Caso o relatório pericial manifeste contradições ou insuficiências por não terem sido respondidos todos os quesitos pedidos pelo tribunal, deverá o perito ser convocado para esclarecimento dos pontos obscuros ou menos óbvios do relatório pericial. Em caso de substancial divergência de convicção probatória devidamente fundada poderá ser ordenada uma outra perícia de equivalente valor científico médico-psiquiátrico.

Não vigora em processo penal qualquer regra de vinculação discriminada de prova. Em caso de perícias divergentes de igual valor jurídico nada obsta à conformação da sentença com base na convicção probatória de adequação de

determinada perícia psiquiátrica aos factos provados. Embora o *quid* científico da perícia se encontre subtraído à livre apreciação do juiz, a prova da base factual terá um limite no que respeita à explicação psíquica e psicológica da determinação ilícita da conduta do inimputável em razão de anomalia psíquica.

Por aplicação subsidiária, invocamos o art. 489.º do CPC para fundamento legal da livre apreciação de determinado meio de prova na sentença penal, “a segunda perícia não invalida a primeira, sendo uma e outra livremente valoradas pelo tribunal”. Mesmo em caso de impossibilidade de sobreposição de juízo científico qualitativamente superior, será legítimo ao juiz a preferência pelo resultado de uma das perícias de psiquiatria forense em detrimento de outra, não esclarecedora de matéria de prova.

Do objecto da prova fazem parte todos os factos juridicamente relevantes para a punibilidade ou não punibilidade do arguido e determinação da medida de segurança aplicável (124.º CPP). Partindo desta proposição, a solicitação de nova perícia a requerimento das partes em qualquer das fases processuais ou mesmo o próprio pedido de esclarecimentos pelo perito (art. 158.º CPP) permitirá valorar os argumentos factuais nos quais o perito apoiou a explicação médico-psiquiátrica, ao mesmo tempo que vai impelir na consideração de inimputabilidade. Em sede de recurso, o sujeito processual não poderá invocar o vício de erro notório na apreciação da prova em si mesmo para impugnar uma prova pericial e requerer a revisão de prova pelo STJ. Terá que fundamentar o recurso na validade das específicas premissas da conclusão pericial que não se coadunam com os factos vertidos no processo.

O princípio de investigação e descoberta da verdade material expressamente previsto no art. 340.º do CPP impõe ao juiz o poder-dever de estabelecer o nexo de causalidade entre os factos provados provenientes dos diferentes meios de prova carreados para o processo. Por exemplo, o testemunho de atitude evidenciada pelo arguido logo após o cometimento do ilícito (local para onde se dirigiu, atos de comunicação do arguido, frases que proferiu, confissão do ilícito a terceiros) ou o ambiente que antecedeu à prática do mesmo (clima de forte tensão emocional desencadeado por algum facto altamente perturbador capaz de influenciar fortemente o psiquismo do agente, conjuntura de pressão familiar ou social altamente deterioradora, ameaças que tenha sofrido).

O juízo do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de Maio de 2006 veio afirmar a liberdade de apreciação do juiz na valoração de perícias de igual valor não coincidentes ao consagrar: *efectuados dois exames periciais acerca das faculdades mentais do agente, o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses não estabelece prioridade para qualquer um deles. Não sendo os seus resultados coincidentes, o tribunal ou qualquer dos sujeitos com legitimidade para tal pode solicitar esclarecimentos a quem realizou as perícias, ficando o juiz legitimado a fundar a sua convicção naquela que se lhe apresentar mais sólida.*

Desde que ancorada em prova pericial de idêntico valor médico-legal é livre a forma como o tribunal atinge a sua convicção. Todavia o juízo científico proferido por juiz devidamente qualificado em ciência forense não poderá ser contraditado por perícia a cargo de outro especialista (art. 163.º). O juízo presume-se subtraído à livre apreciação do julgador, salvo casos inequívocos de erro, para averiguação do qual o interessado terá de interpor recurso com fundamento em erro notório na apreciação de prova (410.º, n.º 2, alínea c) por alteração de facto decisivo só conhecido depois ou equívoco verdadeiramente excecional na avaliação da perícia ao estado psíquico no momento da prática do facto. Nestes termos não será idónea à contradição de juízo forense cientificamente provado, a requisição de nova perícia pelo arguido ou assistente ao abrigo dos arts. 158.º e 351.º do CPP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

ARISTÓTELES proclamara: *algo pode ser considerado em si uma injustiça e não ter sido ainda convertido num acto injusto, isto é, caso não tenha presente consigo o carácter “voluntário”*¹¹⁸.

O valor probatório da perícia médico-legal de psiquiatria forense só poderá ser refutado por prova de igual valia científica nos termos permitidos pelo artigo 163.º do Código de Processo Penal. É nula por omissão de pronúncia a sentença que contrarie o parecer inscrito na perícia, sem fundamentação em diferente perícia de psiquiatria ou psicologia forense (art. 379.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2).

O juiz não pode refutar sem mais a perícia conclusiva de inimputabilidade por anomalia psíquica. Caso o juiz não esteja convicto da adequação desse mesmo meio de prova aos factos controvertidos, nem mesmo por esclarecimento do perito, determina oficiosamente a realização de perícia a cargo de diferente especialista.

Do mesmo passo poderão os sujeitos processuais, arguido e assistente, requerer nova perícia às faculdades mentais. Em caso de contradição de perícias, o juiz poderá credibilizar uma delas, seguindo os ditames da sua convicção.

A presunção de insindicabilidade da prova pericial contida no n.º1 do artigo 163.º do CPP é ilidível por apreciação de perícia de igual valor científico.

Vimos que os resultados da perícia psiquiátrica e da perícia sobre a personalidade, arts. 159.º e 160.º respetivamente, interessam de diferente forma para o tema da prova, qual seja o da aferição da inimputabilidade.

Sempre que a convicção do juiz divergir da perícia forense, a fundamentação da divergência assumirá uma de duas vertentes de resposta possível. Uma motivação científica e jurídica, capaz de paralisar o relatório pericial por emissão de uma contraprova (perícia forense realizada por outro perito ou pelo próprio juiz) ou uma posição jurídica, caso não disponha de competência científica para refutar a prova pericial, a divergência será limitada aos dados de facto que sustentem tal parecer.

¹¹⁸ ARISTÓTELES, «Ética...», p. 134.

O dever de investigação oficiosa determina a produção de todos os meios de prova necessários à descoberta da verdade material (art. 340.º). A sindicância de causalidade entre patologia psíquica e facto provado no processo poderá constituir vício a conhecer pelo STJ em sede de recurso de revista ampliada por erro na matéria de facto. Situação excepcional de conhecimento pelo Supremo Tribunal motivada pela impossibilidade de prova em virtude de aspeto dúbio a esclarecer por reenvio da sentença para novo julgamento na instância recorrida (arts. 410.º n.º 2, alínea c) e 426.º, 426.º A do CPP).

O *iter* que vislumbra fim na declaração de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica insurge a medida de segurança de tratamento ou internamento como consequência jurídica do «ilícito» por imperativos de prevenção especial.

Para avaliar o estado psíquico do agente no momento da prática do facto será necessário ao juiz a assessoria de especialista, psiquiatra ou psicólogo forense. O problema reside na relação substancial entre o estado psicopatológico comprovado por métodos e técnicas científicas e o conceito normativo de incapacidade de determinação em conformidade com a avaliação da ilicitude.

O juízo científico, por intrínseco ao conhecimento jurídico e científico do juiz, presume-se subtraído à livre apreciação do julgador.

Não poderá a instância superior anular sem mais tal conclusão científica. O rigoroso escrutínio dos fundamentos ajuizados por perito forense só poderá ser contraditado por jurisdição especialista, competência essa que se presume subtraída ao juiz penal (salvo casos inequívocos de erro na apreciação da prova que requerem uma motivação consistente da divergência).

Por emanção de entidade devidamente qualificada e creditada, será ao juiz penal especialista em ciência forense que caberá a última palavra.

BIBLIOGRAFIA

«Actas das sessões da comissão revisora do código penal», parte geral, vol. I, *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1965.

CARVALHO, Álvaro de/ RODRIGUES, Cunha/ SERRA, Vaz/ DIAS, Figueiredo/ ARAÚJO, Carlos/ ANDRADE, Vieira de/ RODRIGUES, António/ MENDES, Miller/ MARQUES, Reis/ ROQUE, Helder/ MOTA, Lopes da, «A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo», Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Instituto de Medicina Legal de Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

ABREU, CARLOS PINTO DE, «Lei de saúde mental e as garantias dos direitos dos cidadãos», *Direito e Justiça*, vol. XIX, tomo I, 2005.

ALBERGARIA, Pedro Soares de, «Aspectos judiciais da problemática da inimputabilidade», *Revista Portuguesa e Ciência Criminal*, Aequitas Editorial Notícias, fasc. 14, 2004.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, «Introdução à actual discussão sobre o problema da culpa em direito penal», Coimbra, Almedina, 1994.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do CP à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª ed, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, págs. 108 a 111.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 4ª ed, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, págs. 433 a 459 e 981 a 987.

ALMEIDA, Carlota Pizarro de, «A inimputabilidade por anomalia psíquica – questões jurídicas de ordem substantiva e processual», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, págs. 1005 e 1006.

–, «Modelos de inimputabilidade: da teoria à prática», Coimbra, Almedina, 2000.

ALMEIDA, Manuel Simões de, «Intervenções legais como forma de proteger o doente com patologia dual», *Revista do Ministério Público*, nº 134, Abril-Junho de 2013, págs. 63 a 78.

ANTUNES, Maria João, «O internamento de imputáveis em estabelecimentos destinados a inimputáveis (os arts. 103.º, 104.º e 105.º do código penal de 1982)», Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

–, Anotação de “L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXX, Coimbra, 1994.

–, «Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica», Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

–, «O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 3, ano 13, Julho-Setembro de 2003, Coimbra Editora, págs. 347 a 363.

–, «Consequências jurídicas do crime», *Lições para os alunos da disciplina de Direito Penal III da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2010-2011, págs. 71 a 83.

ARISTÓTELES, «Ética a Nicómaco», tradução de António de Castro Caeiro, 4.^a edição, Quetzal textos clássicos, 2012, págs. 138, 144, 168, 173, 175.

BRAZ, José, «Investigação Criminal. A organização, o método e a prova. Os desafios da nova criminalidade», 3.^a edição, Coimbra, Almedina, 2013, págs. 163 a 174.

CARDOSO, Raquel, «A saúde mental como factor de impedimento à cooperação judiciária internacional em matéria penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 2, ano 23, Coimbra Editora, Abril-Junho 2013.

CARVALHO, Américo Taipa de, «Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime», 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, págs. 69 a 97 e 457 a 472.

CENDON, Paolo, «Le prove», coordinato da Isidoro Barbagallo, Torino, UTET giuridica, págs. 17 a 25, 279, 329 a 356, 371 a 392.

Colectânea de Jurisprudência, nº 173, tomo I, 2004, págs. 197 a 200; nº 187, tomo III, 2005, págs. 189 a 190; nº 252, tomo I, 2014, págs. 196, 197e 328; nº 255, tomo III, 2014, págs. 313 a 316; nº 257, tomo IV, 2014, pág. 288.

CORREIA, Eduardo, «A doutrina da culpa na formação da personalidade», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, 1945-1946, págs. 24 a 35.

–, «Criminologia», *Segundo as lições do Prof. Doutor Eduardo Correia ao curso do 6.º ano de ciências histórico-jurídicas*, Académica Editora, Coimbra, 1955-1956.

–, «Nota informativa sobre o projecto do código penal», *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 127, Lisboa, 1963.

–, «Les preuves en droit penal portugais», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, nºs 1 e 2, ano XIV, Janeiro- Junho de 1967, Coimbra, págs. 1 a 52.

–, «Direito Criminal», tomo I (com a colaboração de Jorge de Figueiredo Dias), (reimp.), Coimbra, Almedina, 2014.

COSTA, José de Faria, «Noções fundamentais de direito penal», 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

CUNHA, Damião da Cunha, «Inimputabilidade e Incapacidade processual em razão de anomalia psíquica», *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, coordenação de Paulo Pinto de Albuquerque, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, págs. 89 a 106.

DIAS, Jorge de Figueiredo, «Direito Processual Penal», Coimbra Editora, primeiro volume, 1974, págs. 198 a 211.

–, «Homicídio Qualificado», Parecer, *Colectânea de Jurisprudência*, tomo IV, ano XII, Associação Sindical dos Magistrados Portugueses, 1987, págs. 49 a 55.

–, «Direito Processual Penal», Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, coligadas por Maria João Antunes, Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra, Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9, págs. 135 a 143.

–, «Le modele “compréhensif” de la doctrine du manque d’imputabilité en raison d’anomalie psychique», Giuffrè Editore, 1991, págs. 197 a 217.

–, «Liberdade. Culpa. Direito Penal», 3.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

–, «Temas básicos da doutrina penal», Coimbra, Coimbra Editora, 2001, págs. 113 a 134 e 275 a 280

–, «Direito Penal. Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime», Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

–, «Direito Penal Português, Parte Geral, II As Consequências Jurídicas do Crime», 1.^a edição, (4.^a reimp.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

–, /ANDRADE, Manuel da Costa, «Criminologia. O homem delincente e a sociedade criminógena», (reimp.), Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

DIAS, Maria do Carmo Silva, «Particularidades da prova em processo penal», *Revista do CEJ*, nº 3, 2º semestre, 2005, págs. 183 a 225.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, «Curso de Processo Penal», Lisboa, 1956, págs. 280 a 302 e 345 a 354.

FERREIRA, Marques, «Meios de prova», *O novo CPP, Jornadas de Direito Processual Penal*, CEJ, Coimbra, Almedina, 1995, págs. 227 a 231 e 253 a 259.

FERREIRO, Conde-Pumpido Candido, «La vertiente jurídica del peritaje psiquiátrico», *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 322, Janeiro, Coimbra, 1983, págs. 25 a 36.

FREIRE, Mello, *Código Criminal. Intentado pela Rainha D. Maria I*, Lisboa, Teixeira&Irmão Editores, 1892.

GASPAR, Henriques/ CABRAL, Santos/ COSTA, Eduardo/ MENDES, António/ MADEIRA, António/ GRAÇA, António, «Código de Processo Penal Comentado», Coimbra, Almedina, 2014, págs. 463 a 479, 639 a 691, 1088 a 1092, 1109 a 1111, 1167 a 1173, 1176 e 1177, 1180 a 1188, 1356 a 1375, 1483 a 1493.

GONÇALVES, Maia, «Código de Processo Penal Anotado», Coimbra, Almedina, 2009, págs. 877.

HENRIQUES, M. Leal /SANTOS, M. Simas, «Código de processo penal Anotado», I volume, Lisboa, Rei dos Livros Editora, 2008, págs. 874 a 893 e 1032 a 1084.

LOBO, Fernando Gama, «Código de Processo Penal Anotado», Coimbra, Almedina, 2015, págs. 211 a 222, 263 a 275, 653 e 654, 677, 737 a 739, 741 a 744, 821 e 822, 827 e 828, 832 a 834, 862 a 865.

MATTA, Paulo Saragoça da, «A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença», *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica de Maria Fernanda Palma, Coimbra, Almedina, 2004, págs. 221 a 279.

MATTOS, Julio de, «Allucinações e Illusões», *Ensaio de Psychologia Medica*, S. Paulo, Teixeira & Irmão Editores, 1892.

MIR, José Cerezo, «Aspectos problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica», *Revista de derecho penal y criminologia*, 2000, págs. 261 a 274.

MONTEIRO, Cristina Líbano, «Perigosidade de Inimputáveis e “in dubio pro reo”», Coimbra, 1995.

MONTEIRO, «Qualificação e privilegiamento do tipo legal do homicídio», anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 1992, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, 1996, págs. 113 a 126.

MONTEIRO, Elisabete Amarelo, «Crime de Homicídio Qualificado e Imputabilidade Diminuída», Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

MOURA, José Souto de, «Sobre a inimputabilidade e a saúde mental», *Direito e Justiça*, vol. XVIII, tomo I, 2004, Lisboa, Universidade Católica Editora.

NEVES, Castanheira, «Sumários de Processo Criminal», Coimbra, 1967-1968, págs. 46 a 55.

NEVES, João Curado, «A problemática da Culpa nos Crimes Passionais», Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

NEVES, Rosa Vieira, «A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)», Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

RASSAT, Michèle-Laure, «Traité de procédure pénale», Paris, PUF, 2001, págs. 347 a 353.

RODRIGUES, Cunha, «Sobre o estatuto jurídico das pessoas afectadas de anomalia psíquica», *A lei de saúde mental e o internamento compulsivo*, Coimbra Editora, 2000.

ROXIN, Claus, «Acerca da problemática do direito penal da culpa», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LIX, Coimbra, 1983.

–, «Culpa e Responsabilidade. Questões Fundamentais da Teoria da Responsabilidade», (tradução de Maria da Conceição Valdágua), *Revista Portuguesa e Ciência Criminal*, Aequitas Editorial Notícias, fasc. 4, ano I, Outubro-Dezembro 1991.

SANTOS, José Beleza, «Lições sobre a Culpa», *Apontamentos de direito criminal coligidos de harmonia com as prelecções magistrais do Exmo. Prof. Doutor Beleza dos Santos ao curso do 5.º ano jurídico de 1940/1941 por A. Morais e Castro e Fernando de Seabra*, págs. 1 a 130.

–, «Lições de direito criminal», *Segundo as prelecções do Exmoº Prof. Doutor Beleza dos Santos ao curso complementar de ciências jurídicas de 1954/1955*, Universidade de Coimbra, MCMLV.

SILVA, Germano Marques, «Curso de processo penal», volume II, 5ª edição, Lisboa, Verbo, 1945, págs. 39 a 41, 77 a 79, 139 a 143, 182 a 190, 261 a 265.

–, «Produção e valoração da prova em processo penal», *Revista do CEJ*, IV, semestre 1º, 2006, págs. 37 a 41 e 47 a 53.

–, «Direito Penal Português. Teoria do Crime», Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, págs. 225 a 271.

JURISPRUDÊNCIA

Ac. do STJ de 5 de Fevereiro de 1992.

Ac. do STJ de 23 de Setembro de 1992.

Ac. do STJ de 11 de Fevereiro de 2004.

Ac. do STJ de 31 de Março de 2005.

Ac. do STJ de 19 de Outubro de 2005.

Ac. do STJ de 22 de Fevereiro de 2006.

Ac. do TRC de 10 de Maio de 2006.

Ac. do STJ de 14 de Julho de 2006.

Ac. do STJ de 20 de Dezembro de 2006.

Ac. do TRC de 15 de Novembro de 2011.

Ac. do TEDH Aswat. V. The United Kingdom, 2012.

Ac. do TRL de 20 de Março de 2013.

Ac. do TRE de 18 de Fevereiro de 2014.

Ac. do TRG de 26 de Janeiro de 2015.