



Universidades Lusíada

Martins, Fátima Flora Abreu

Inimputabilidade por anomalia psíquica e respectivas consequências penais

<http://hdl.handle.net/11067/1942>

Metadados

Data de Publicação

2015

Resumo

Evocando Maria Gabriela Llansol, “O começo de um curso é precioso”. São profundas as dificuldades em determinar começos e fins á prática humana. Secalhar, devido a esta dificuldade é que estamos sempre a voltar a Ulisses e á metáfora da viagem, do homem como viajante (Viator Mundi, diziam os Cristãos) e da vida como viagem. Sem o mesmo sentido épico, de quem larga para Ítaca, permita-se-nos ao longo desta viagem que conservemos “um pé na água e um pé no barco”. Para começar, é necessário, que t...

Abstract: Evoking Maria Gabriela Llansol, “The beginning of a journey is precious”. The difficulties, setting beginnings and endings to the Human practice, are deep. Maybe, due to these difficulty we find a reason to go back to Ulysses and the metaphor of the trip that as the man like a traveler (Viator Mundi in the Christians sayings), and life like a journey. Without the same epical sense, of which one goes to Ithaca, allow us along this journey, that we keep “a foot on the water and a foot...

Palavras Chave

Direito, Processo Penal, Teoria da lei penal, Inimputabilidade

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-12-26T08:37:54Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE PORTO

**Inimputabilidade por anomalia psíquica e respectivas
consequências penais.**

Fátima Flora Abreu Martins

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto, 2015



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

Inimputabilidade por anomalia psíquica e respectivas consequências penais.

Fátima Flora Abreu Martins

Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Lusíada do Porto
com orientação do Professor Doutor Fernando José Dos Santos Pinto
Torrão

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto, 2015

Ao Distintíssimo Professor Doutor Fernando Torrão ao qual sou grata pela sua disponibilidade imediata para a orientação deste trabalho e aos meus pais, aos quais sou profundamente grata pelo apoio incondicional, que tornaram possível a realização do mesmo.

INDICE

Apresentação.....	4
Abstract.....	5
Palavras-Chave.....	6
Abreviaturas.....	7
Poema introdutório.....	8
Capítulo I – Introdução.....	9
Capítulo II – Abordagem histórica.....	11
2.1) Da evolução portuguesa em particular.....	16
2.2) A nova reformulação contida no Decreto- Lei nº48/95, de 15 de Março.....	21
Capítulo III – Porque não são os inimputáveis susceptíveis de culpa?	23
3.1.) Inimputabilidade, Culpa e Fins das penas.....	23
3.2.) Opção Legislativa Portuguesa e breves notas de Direito Estrangeiro.....	28
3.3) O Modelo Espanhol.....	31
Capítulo IV – Facto e Perigosidade.	34
4.1) Facto pressuposto e perigosidade.....	35
4.2) A formulação doutrinal do facto no Direito Italiano.....	37
4.3) Perigosidade criminal: Limites objectivos.....	42
4.4.) Os limites normativos contidos no artigo 91º, nº1 do CP.....	44
Capítulo V – Entre o jurídico e o científico – modelos de inimputabilidade.....	46
5.1.) A inimputabilidade do ponto de vista científico e á luz das ciências sociais.....	47
5.2) Modelos de inimputabilidade reconhecidos pelo Direito	51
Capítulo VI – O modelo encontrado pelo artigo 20º do Código Penal.....	56
6.1.) Análise ao artigo 20º, nº1.....	56
6.2) O caminho para a imputabilidade diminuída.....	61
Capítulo VII- A reacção penal, consagração e constitucionalidade.....	67
7.1.) Porquê um sistema tendencialmente monista?	68
7.2) Constitucionalidade e futuro da medida de segurança de internamento.....	75
Conclusão.....	81
Bibliografia.....	88

Apresentação

Evocando Maria Gabriela Llansol, “O começo de um curso é precioso”.

São profundas as dificuldades em determinar começos e fins á prática humana. Secalhar, devido a esta dificuldade é que estamos sempre a voltar a Ulisses e á metáfora da viagem, do homem como viajante (Viator Mundi, diziam os Cristãos) e da vida como viagem. Sem o mesmo sentido épico, de quem larga para Ítaca, permita-se-nos ao longo desta viagem que conservemos “um pé na água e um pé no barco”. Para começar, é necessário, que tenhamos em mente que a Questão a que me proponho tem um carácter prático e os problemas práticos só podem pensar-se historicamente. O horizonte histórico é indispensável para uma adequada compreensão dos problemas que nos confrontam actualmente.

A matéria a que me proponho versará sobre a inimputabilidade em virtude de anomalia psíquica e suas repercussões jurídicas ao nível das reacções criminais.

A vasta aplicação desta no quotidiano dos tribunais, tem vindo a exigir amplos desenvolvimentos por parte do Direito Português, coadjuvado pela Psiquiatria e psicologia forenses.

Serão consideradas de especial relevância e como questões de partida três interrogações às quais iremos responder. Clarificar se falar de inimputabilidade é falar de culpa(?); se falar de culpa é falar de liberdade (?) e por fim se falar de inimputabilidade é falar de liberdade ou de livre arbítrio (?). Estes momentos dominarão o nosso pensamento de cariz jurídico, não descurando o importante contributo das ciências forenses, com especial relevo para a psiquiatria e a psicologia, para a determinação dos factores biológicos, genéticos e culturais, que distinguem o individuo com transtorno mental, possibilitando ao juiz a compreensão dos factores que o poderão e deverão conduzir á determinação de uma reacção criminal como a medida de segurança de internamento como a mais adequada ao fim pretendido, a necessidade de cura para o agente sofredor de uma anomalia psíquica (crónica, as mais das vezes). Acompanha-nos o intuito de sensibilizar os profissionais do direito, nomeadamente o Juiz, fornecendo-lhe elementos de ramos de outras ciências que possam iluminar a sua decisão no sentido de afastar o paradigma da culpa jurídico-penal, passando-se de uma eventual inimputabilidade imanente a uma inimputabilidade real, através da ponte elementar entre o juízo clínico e o juízo jurídico.

Presentation

Evoking Maria Gabriela Llansol, “The beginning of a journey is precious”.

The difficulties, setting beginnings and endings to the Human practice, are deep.

Maybe, due to these difficulty we find a reason to go back to Ulysses and the metaphor of the trip that as the man like a traveler (Viator Mundi in the Christians sayings), and life like a journey. Without the same epical sense, of which one goes to Ithaca, allow us along this journey, that we keep “a foot on the water and a foot on the boat”. To begin, it’s necessary, that we have on mind that the question that I’m suggesting as a practical character and the practical problems only can be imagine historically. The historically horizon is indispensable for a reasonable comprehension of the problems that we are fighting for.

My theme will be about nonimputability due to psychic anomaly and it’s Law repercussions. It’s wide daily application in the courts is requiring large developments by the Portuguese Law, assisted by forensic psychiatry and psychology.

Three questions would be the biggest relevance, starting questions we may answer. Clarify if nonimputability is the same as guilty (?); if guilty is freedom (?) and at the end if nonimputability is freedom or free will (?). These moments will be the master of our juridical thinking not forgetting the relevant contribution of the forensic sciences, especially psychiatry and psychology, for the determination of the biological, genetic and cultural factors that distinguish the agent with mental disorder, allowing the judge to the understanding of the factors that can and should lead the determination of a criminal reaction like a internment security measure as the most suitable for the intended, the need for the healing agent suffering from a psychic anomaly, (most of the times, chronic).

Accompanies us in order to sensitize legal practitioners, particular judge, providing it with elements from other branches of sciences that can illuminate your decision to depart from the paradigm of criminal guilt Legal, passing up a possible nonimputability immanent to a real nonimputability, through the bridge between basic and clinical judgment Legal.

Palavras-chave

Imputabilidade

Inimputabilidade

Liberdade

Culpa

Ilícito - Típico

Finalidades das Penas

Consciência

Anomalia Psíquica

Facto

Perigosidade

Psiquiatria e psicologia forenses

O Juiz

O perito

Reacções criminais detentivas da liberdade

Pena

Medida de Segurança

Imputabilidade diminuída

Vicariato na execução

Pena relativamente indeterminada

Limites de Duração

Execução.

Lista de abreviaturas

CRP – Constituição da República Portuguesa

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CP – Código Penal

CPP - Código de processo penal

DSM - O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais

CID - Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde

I only knew what hunted thought
Quickened his step, and why
He looked upon the garish day
With such a wistful eye;
The man had killed the thing he loved,
And so he had to die.

Yet each man kills the thing he loves,
By each let this be heard,
Some do it with a bitter look
Some with a flattering word.
The coward does it with a kiss,
The brave man with a sword!

Some kill their love when they are young,
And some when they are old;
Some strangle with the hands of Lust,
Some with the hands of gold;
The kindest use a knife, because
The dead so soon grow cold.

Some love too little, some too long,
Some sell, and others buy;
Some do the deed with many tears,
And some without a sigh:
For each man kills the thing he loves,
Yet each man does not die! "

Oscar wilde

Capítulo I - Introdução

A matéria a que me proponho versará sobre a inimputabilidade e suas repercussões ao nível do seu tratamento jurídico.

A vasta aplicação desta no quotidiano dos tribunais, tem vindo a exigir amplos desenvolvimentos por parte do Direito Português, coadjuvado pela Psiquiatria e psicologia forense.

A actualidade necessita hoje, mais do que nunca, de uma solução polarizadora em tal matéria. Em nenhum tempo como o nosso, foi cometido tao grande número de crimes em que deveria suscitar-se a questão da inimputabilidade em virtude de anomalia psíquica.

Verifica-se que não existe ainda entre nos, um sistema axiológico de indiscutível validade, consagrado pelo nosso legislador, talvez por via de um desenvolvimento cada vez mais pluralista das nossas sociedades.

Apresenta-se como uma nova e valida tarefa para a dogmática jurídica, intentar tal ordem de trabalhos.

Os comportamentos criminosos são preocupações que têm persistido no tempo, comuns a todas as sociedades, mobilizando as diversas áreas das ciências na procura de explicações para a sua emergência, e na busca de soluções mais eficazes para o seu combate e prevenção.

Da defesa da ideia de ser humano determinado (biológica, psicológica ou sociologicamente) á concepção deste como ser activo e reactivo perante o meio, várias são as conceptualizações que ao nível do estudo do crime vão emergindo a respeito dos seus agentes.

O interesse pelo tema deste trabalho advém das aulas ministradas pela Excelentíssima Professora Doutora Maria João Antunes, nas cadeiras de Penal III e Processo Penal, que sempre terá alertado pertinentemente para a delicadeza desta questão, nomeadamente através do preceito normativo constante do artigo 20º do Código Penal Português.

Para uma correcta análise da problemática em questão, na apresentação deste trabalho, depois de uma parte introdutória, dedicamos a teoria às raízes históricas da inimputabilidade bem como á sua evolução ao nível das ciências sociais e jurídicas até aos dias de hoje.

De seguida, propomo-nos ao estudo das possíveis finalidades das penas e de que forma a opção consagrada entre nós, no artigo 40º do Código Penal afasta a existência de uma culpa jurídico-penal do inimputável que praticou um facto ilícito típico penalmente relevante, em virtude da sua anomalia psíquica. Neste sentido, entenderemos em que moldes assenta a racionalidade imanente a este instituto no nosso ordenamento jurídico, não deixando de realçar breves notas sobre o modelo consagrado na vizinha Espanha.

Uma vez que deste capítulo decorre a conclusão de que a medida de segurança se trata de uma verdadeira sanção criminal, autonomizaremos depois, os pressupostos dentro dos quais esta deve ser compreendida entre nós para que possa ser aplicada como uma verdadeira reacção criminal a par da pena, demonstrando de que forma se processa tal pensamento no direito italiano e por que bases se orienta.

Numa vertente mais prática, daremos conta dos modelos de inimputabilidade implícitos na legislação penal no sentido de destrinçar posteriormente a teleologia imanente á norma aposta sob o artigo 20º do nosso código, aferindo por fim da constitucionalidade de todo o regime em causa.

Vamos poder concluir com clareza todos os quesitos aqui aludidos através da apresentação das conclusões, finalizando assim o nosso trabalho.

Só assim será possível trilhar o caminho que nos levará a tecer considerações sobre a prática de acto juridicamente relevante, por agente em virtude da sua própria anomalia psíquica. Tem sido este um dos problemas mais complexos do direito penal.

Capítulo II – Abordagem histórica.

Não é possível compreender o presente sem viajar pelo passado, pois através dos pilares deste se foi estruturando o desenvolvimento das sociedades actuais.

Um desfolhar das páginas da história muito contribuirá para a compreensão e tratamento do nosso tema e a posição que este assume hoje não só ao nível do direito mas também á importância que vai assumindo no seio da comunidade. Viajando no tempo, para uma melhor compreensão do presente, durante muitos séculos não se levantou a questão da inimputabilidade, pensava-se que a resposta era mais do que óbvia, ou os criminosos tinham já nascido assim incapazes de controlarem os seus instintos ou então tinham ficado possuídos por seres maléficos, predominava uma concepção mágico-religiosa da loucura, a doença mental aparecia como influencia de espíritos em virtude do incumprimento de obrigações mágico-religiosas devendo a pessoa ser purificada com vista á sua reintegração social.

Muito embora a elaboração científica do Direito penal se tenha iniciado verdadeiramente com o Iluminismo, o nosso roteiro histórico inicia-se na Grécia Antiga, e de outra forma não poderia ser, as civilizações egípcia, grega e romana criaram os alicerces para uma compreensão global e humanitária da doença mental, oscilando em diferentes graus pela aliança entre o divino e a ciência.

No Egipto, os conhecimentos de medicina apareciam documentados no célebre papiro de Ebers, considerando a doença mental como um misto de causas sobrenaturais e naturais influenciadas por fenómenos celestes, dando assim origem a um misticismo e á astrologia. O tratamento da doença ocorria mediante actividades como a interpretação de sonhos, a hidroterapia, o uso de amuletos, as fumigações até já alguma farmacopeia.

Durante muitos séculos não se levantou a questão da inimputabilidade, pensava-se que a resposta era mais do que óbvia, ou os criminosos tinham já nascido assim incapazes de controlarem os seus instintos ou então tinham ficado possuídos por seres maléficos. O mundo Helénico configura-se com vital importância na cultura da sociedade Ocidental actual. Os factores espirituais concorreram no grego para tornar viável este admirável despertar cultural conseguido por um limitado número de gentes e num breve espaço temporal¹.

¹ Com a proximidade á cultura oriental, juntaram-se as qualidades do grego, especialmente dotado das tarefas do espirito com a constante aspiração á conquista do superior e do perfeito. Existia um ideal de liberdade e responsabilidade no seu comportamento, um desejo de educar e educar-se, como meio de conseguir o melhor

O desenvolvimento do pensamento Grego atingiu a sua plenitude no século V a.C., época clássica dos grandes pensadores, filósofos, teólogos, políticos e até juristas. Os filósofos e os médicos da Grécia antiga prestaram sempre uma profunda atenção ao problema das emoções. Foi Aristóteles quem começou por afirmar que para que um acto fosse atribuído ao seu autor, seria necessário que este possuísse uma noção exacta da sua natureza e alcance, pressupondo para aceitar a imputabilidade, a razão, o discernimento e o poder agir segundo as noções morais.

Já á época, a lei ateniense reconheceu os direitos dos doentes mentais no seio da sociedade, que não fossem culpados de delitos graves. Com Hipócrates², tal lei reconheceu algumas alterações, ampliando os direitos destas pessoas, entendia-se que Quem, em tribunal, fosse capaz de provar que sofria de uma “paranoia”, o tribunal nomearia a estas pessoas um “guardião” para representar o acusado.

Galeno³, famoso médico da sociedade romana, desenvolveu a teoria de que a alma humana se encontrava no cérebro e que se dividia em duas partes: a externa, a qual compreendia os cinco sentidos e a interna, que governava a imaginação e o discernimento. Neste sentido e apoiados no pensamento grego, também os romanos estabeleceram que os doentes mentais eram considerados penalmente irresponsáveis. Os Romanos, á semelhança dos Gregos, defendiam um tratamento humanitário para os doentes mentais, introduzindo tratamentos com actividades inovadoras.

A contribuição desta civilização foi sobretudo no domínio jurídico, encontrando-se no direito romano as bases da inimputabilidade.

No entanto e como veremos, com a queda do Império, ruíram os alicerces até então conseguidos e durante os seguintes mil e quinhentos anos, estas teorias foram praticamente ignoradas, entrando-se numa época de pensamento mais primitiva que preferiu servir-se de explicações como a feitiçaria e a possessão demoníaca para as causas de perturbação mental, pelo que se terá seguido uma época de obscurantismo e de terror até ao século XVIII. Até á Revolução Francesa, os doentes mentais continuariam marginalizados e

em todos os âmbitos do saber e na prática da vida, tendo como base na máxima Socrática “Conhece-te a ti mesmo”.

² Pai da Medicina (460-377 a.C., refutou as origens divinas da doença mental e conferiu lhes causas naturais, numa concepção Holística do Homem, considerava que o ambiente e o estilo de vida influenciavam o estado de saúde. Nesta sua perspectiva, a saúde seria um equilíbrio harmonioso entre os humores corporais: “sangue, bílis amarela, bílis negra e fleuma”, resultando a doença de uma alteração ou patologia cerebral provocada pelo desequilíbrio dos quatro humores básicos.

³ 129-199 d.C., defendia a tese do cérebro como sede das funções psíquicas, abordando a questão do ponto de vista neuroanatômico e neurofisiológico, incluindo causas orgânicas ou psíquicas, sendo que a saúde seria o equilíbrio entre o racional e o irracional.

segregados em asilos com condições completamente desumanas. Terá sido, a par da revolução, o médico Francês e director do manicómio de Bicêtre, nos arredores de Paris, a iniciar o combate á degradante concepção que as doenças mentais haviam adquirido. Foi a primeira grande revolução psiquiátrica, atribuindo às doenças mentais cariz de índole biológica e científica aliada aos conceitos de moral e liberdade que acompanhavam a dignidade do doente mental enquanto Pessoa.

O primeiro instituto a manifestar o progresso do Direito Penal é o Talião que dá nome á velha máxima “olho por olho, dente por dente”, afluente de uma certa espécie de Princípio da proporcionalidade entre o mal feito e o respectivo castigo⁴, período este que vai até á idade média, no Ocidente.

Desde aí, é numa fase intermédia, á qual o iluminismo pôs fim, que por toda a Europa, o processo que levou á refinação dos elementos que compunham a noção de crimes contra a ordem política, desenvolveu-se paralelamente através de teorias que se centravam sobre o *crimen laesae maiestatis*⁵.

As penas assumem carácter público⁶, pois são aplicadas em nome do Rei, uma espécie de vingança e repressão social caracterizada por uma maior severidade do Direito Penal. Seria caracterizada como uma época de barbárie que terá culminado com a caça ás bruxas nos séculos XVI e XVII. Os “mensageiros de Lúcifer” foram lançados às fogueiras no intuito de “queimar para purificar”⁷.

Juristas, filósofos, teólogos e políticos colaboraram activamente na elaboração de normas, que punindo todas as dimensões que pudessem atentar ao “corpo soberano”, tutelassem rigorosamente a ordem política contra os inimigos.

Processo que se afigurou lento e gradual, um período de contradições, uma vez que a noção de delito surgia de discursos e práticas filosóficas emergentes da cultura e do imaginário próprios da época greco – romana e de sociedades medieval e do Ancien Regime.

No decorrer do tempo e com o surgimento das correntes de pensamento iluministas, uma nova fase de discursos aflora. Pensadores como Voltaire, Rousseau e Montesquieu

⁴ Cfr. Levítico, cap. XXIV, vv. 19 e 20.

⁵ Crimes de ofensa contra a dignidade do Rei ou do Estado.

⁶ Objectivando uma mais ampla abrangência de actuação como instrumento de justiça na sociedade.

⁷ Até ao aparecimento dos asilos, a doença mental era um problema da esfera privada, encarada com vergonha e secretismo pelas famílias. Os loucos eram abandonados á sua sorte em locais longínquos e ermos, no entanto existiam estruturas medievais destinadas a acolher os pobres, estendendo-se tal designação aos doentes mentais.

apresentaram críticas negativas ao Ancien regime, propondo novas perspectivas de ordem político – social.

É a partir do século XVIII que surge, por assim dizer, a fase moderna do Direito penal. Surge o Iluminismo, um movimento de carácter cultural, denominado comumente de época das luzes, por tentar difundir a ciência de forma a atingir a liberdade e dignidade individuais no sentido de atingir a felicidade do Ser Humano.

Recusa – se uma onnipotência do Estado, em nome da Humanidade contra os horrores de uma doutrina de intimidação. Está em causa a liberdade e dignidade pessoal de pensamentos, assumindo supremacia a dignidade da pessoa humana, tratando as pessoas com justiça e como pólos de liberdade.

A fundamentalização destas ideias assumiu forma no livro de Beccaria, “Dei delitti e delle pene”, publicado em 1764, dando um novo significado ao Direito Penal⁸ e influenciando largamente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com profundas reformas a todos os níveis institucionais.

Ficou estabelecido que as leis devem estar definidas anteriormente ao crime, devendo ser legalmente aplicadas, devendo as mesmas prescrever penas estritamente necessárias para a segurança social e de forma proporcional aos crimes.

Deveria existir um equilíbrio entre a transcendência do Homem e a sua Humanidade, pois sendo o homem dono de uma vontade livre e consciente, o crime seria considerado um erro transitório da vontade, corrigido através de uma pena racional, privando-o da sua liberdade. Da mesma forma fugaz se desenvolveriam os estudos da psiquiatria em volta dos transtornos mentais, emergindo a ideia de inimputabilidade dando conta que a punição não poderia ser a mesma para todos os delinquentes.

A partir deste momento surgiria a primeira escola moderna do Direito Penal, a Escola Clássica, assenta na ideia de que os Homens cederam ao poder a mínima porção possível da sua liberdade necessária para manter os laços da sociabilidade, todo o castigo que vá para além do razoável será injusto.

Emerge daqui o princípio da legalidade das penas: só as leis podem fixar penas e só o juiz poderá mediar a sua aplicação, proporcional á gravidade do crime, cingindo-se á lei, esta deve ser clara e conhecida de todos. Daqui retirar-se-á a sua utilidade.

⁸ Tendo como base a ideia de que “é melhor prevenir os delitos do que reprimi-los.”

Assiste-se a uma clara representação do racionalismo jusnaturalista, assente numa ordem de razão pautada pela crença numa justiça absoluta válida para todos e para todos os tempos, influenciando os códigos penais da segunda metade do século XIX.

Imediatamente reactiva surgiu a escola do positivismo. Levada a cabo pelos pensamentos de Lombroso, segundo o qual o criminoso era um ser humano á parte, determinado á prática de crimes pela sua anormalidade. É através do crime que se evidencia uma tendência anormal de certo individuo em certo ambiente social.

O núcleo punitivo destas teorias baseava-se na ideia de imputabilidade, sendo depois substituída pela perigosidade. Já não interessa apurar da responsabilidade do individuo mas da sua perigosidade no seio de uma sociedade. Afasta-se a pena como castigo e passa-se a uma pena preventiva.

Também a escola moderna alemã e a Terza Scuola Italiana, fieis aos princípios básicos do positivismo, surgem em finais do século XIX, mas numa aceção critica ao naturalismo. Esta corrente reconhece que existem homens normais que no entanto cometem crimes, de entre os criminosos, alguns poderão sofrer de anomalias, convergindo em diferentes reacções consoante os agentes em causa (delinquentes normais reagem de uma forma, têm motivações diferente para a reacção das motivações dos agentes com anomalia psíquica).

Daqui resulta, para este pensamento, que os delinquentes normais são intimidáveis e por isso deverá ser aplicada uma pena, já os delinquentes anómalos, porque reagem aos estímulos de forma anormal, não compreenderão a aplicação da pena, não sendo intimidados por ela, e por isso deverão ser punidos com uma medida de segurança.

Chegados a este ponto, temos o positivismo jurídico também conhecido como Escola Histórico-jurídica, também em finais do século XIX, sendo seus representantes Karl Binding na Alemanha e Arturo Rocco, na Itália. Assiste-se a uma rejeição de todas as indagações de cariz metafísico, aceitando-se apenas como expressão da justiça, as leis vigentes, o ponto de partida seria o estudo do imperativo legal não tendo relação com as causas do crime.

Novas orientações surgiram como formas de superação do positivismo, entre elas o Neokantismo precludindo no direito penal contemporâneo.

A dogmática penal não poderá bastar-se com um método técnico jurídico, esquecendo a realidade da vida e das exigências sociais, acrescentando-se uma dimensão crítica, quer do ponto de vista jurídico, quer do ponto de vista criminal.

A pena aplicável deve ser adequada á culpabilidade e á personalidade do agente, exigível pela complexidade e dinâmica das modernas sociedades que vão suscitando novos problemas, frequentemente de natureza criminal, reflectindo-se no Direito Penal.

Com o surgimento do iluminismo, a política penal que havia conhecido as suas origens mais remotas na tutela jurídica do “Corpo do Rei”⁹ foi amplamente contestada, autores como Montesquieu, Beccaria e Voltaire começaram uma autêntica reforma ao Direito Penal Europeu, realizando obras de grande contributo para o Direito¹⁰.

É a Revolução Francesa que assume papel fundamental na evolução do Direito Penal. A criação de um novo sistema Penal nasceu no seio da Assembleia Constituinte, marcando a cultura moderna e contemporânea, bem como a concepção de crimes contra a segurança do Estado, a que deu corpo o Código Penal Francês de 1791.

Poderemos concluir que foi afastada a figura démodé / antiquada do crime contra a majestade ou o Soberano abrindo-se espaço para uma nova figura delituosa: o crime contra a república, assim o entenda a partir da Revolução Francesa.

Desta pequena abordagem á época pré – iluminismo se conclui a aplicação de penas e castigos da maneira que bem aprouvesse ao Soberano. Este, associado á igreja protagonizava horrendas atrocidades com os julgamentos da chamada Santa Inquisição. A legalidade e a proporcionalidade eram absolutamente desconhecidas nesta época.

Não só a reforma da penalidade como também uma nova humanidade surgiram no século XVIII, para toda a Europa.

2.1) Da evolução Portuguesa, em particular.

Originalmente, as fontes do Direito Penal português pautavam-se pelos costumes locais e pelos forais, com alguma influência do código visigótico e dos cânones que emergiam dos Concílios¹¹.

⁹ KANTOROWICZ, Ernest H. Os dois corpos do rei.

¹⁰ Destaque para O Espírito das Leis (L’Esprit des lois), publicado em 1748, de Montesquieu, pois as suas teorias inspiram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada em 1789, durante a Revolução Francesa.

Não menosprezando ainda Beccaria, A obra Dos Delitos e das Penas afirmou-se essencial ao desenvolvimento do direito penal em particular.

Também Voltaire contribui com as suas grandiosas obras em defesa da Liberdade, na influência da Revolução Francesa.

¹¹ Marcello Caetano, Lições de História do Direito Português, 1962, pp. 93 ss.

Em Portugal, é a necessidade de uniformização e materialização das leis em coletânea, que faz emergir o livro das Ordenações Afonsinas, no sentido de facilitar a administração da justiça.

Embora tratando-se de uma codificação do Direito em geral, o Livro V das Ordenações Afonsinas¹² determinava já “ Os açoutes, a mutilação, de língua, de olhos, de mão, a tortura, a marca de ferro quente, a morte enfim, já na forca, já pelo apedrejamento, já pelo cutelo, já pelo fogo....” Como a penalidade aplicável aos criminosos, meios de crueldade outrora já praticados desde os tempos mais remotos. Ficava aqui claro que a intenção do legislador havia de ser a de provocar o Terror entre os homens, ideia que viria a ser preenchida na elaboração das Ordenações Filipinas, não se vislumbrando qualquer proximidade com teorias dos fins das penas ou pelo menos, a sua aplicabilidade em função da proporção com o delicto praticado, sendo certo que daqui não se vislumbrava qualquer atendibilidade á condição de imputabilidade do criminoso, mas sim á “ mais injusta diferença de classes para o efeito da aplicação das penas que variavam segundo o Réo era nobre ou plebeu, homem honrado, ou Estado, ou homem vil”¹³.

Acompanhando as ilustres palavras de Eduardo Correia¹⁴ “monstruosamente as ordenações continuavam a ser lei” até á entrada em vigor do Código Penal de 1852. Apesar de uma obra de despotismo, constituíram o primeiro código completo e uma inovação, estavam já divididas em 5 livros, estando o Direito e o processo penal no Livro V.

No entanto, havia chegado, também a Portugal, o movimento Liberal em 1820 e todo o seu espirito humanitário, expurgando a crueldade da nossa legislação. A Constituição de 1822 e também a Carta Constitucional de 1826 asseguravam a abolição da tortura, máxime da violência física como Pena, determinando-as por um princípio da Proporcionalidade da pena ao crime, segundo bases sólidas de justiça e de Equidade¹⁵. No seguimento das ordenações, de codificação em codificação, longo foi o caminho percorrido pelo Direito penal até aos dias de hoje.

Remonta a 1789, a proposta de Mello Freire, responsável pelos projectos legislativos que antecederam o CP de 1852, os quais evidenciavam a distinção entre capacidade e incapacidade para delinquir em função de perturbações mentais, com a

¹² Títulos XXXII E XXXIII, do livro V das Ordenações do Senhor Rey D.Afonso V.

¹³ Títulos XXXV, XXXVI, XXXIX do livro V, das ordenações e leis do Reino de Portugal, recopiladas per mandado Del Rei D. Filippe o primeiro.

¹⁴ Cfr. Direito Criminal I, pág. 106.

¹⁵ Cfr. Artigos 9º; 10º e 11º, assim como 145, §17, §18 e §19, respectivamente.

consequente exclusão dos delinquentes incapazes do âmbito do direito criminal, representando uma forte ruptura com o Direito anterior.

Nasce assim o Código criminal sob o desígnio de D. Maria I, do qual é possível retirar que “só pode chamar-se delinquente o que cometeu o delicto da sua própria e livre vontade, e o que soube e conheceu o mal que fez”, ademais, os furiosos ou dementes não são capazes de delicto ou de pena “o mesmo entendemos de todo o género de loucos”.

O código Penal da Nação Portuguesa, apresentado por José Manuel da Veiga em 1833 e aprovado em 1837 adapatava já amplamente e pela primeira vez na história do Direito penal português, um princípio segundo o qual só poderão ser criminosos aqueles que têm a necessária inteligência e liberdade “em regra, as penas não são impostas àquele que no momento em que perpetrou o malefício, estava privado do uso das suas faculdades morais, sem que tivesse dado causa a essa privação ” e “por tanto nenhuma pena se pode impor aos loucos – mentecaptos – dementes – infantes – dormentes e somnambulos”¹⁶.

Chegados aqui, tornou se indispensável um novo projecto legislativo que autonomizasse de forma expressa os agentes inimputáveis em virtude de anomalia psíquica.

Emerge com o código penal apresentado em 1861, o artigo 69º onde se pode ler “não são criminosos, por falta de imputabilidade, os factos praticados pelo agente, não havendo da parte d’este completa intelligencia ou liberdade” e mais se esclarece com o artigo 70º “ não tem imputabilidade por falta de completa intelligencia os indivíduos que em resultado de qualquer affecção mental, congénita ou adquirida, estiverem completamente privados do livre exercício de suas faculdades intellectuaes”.

A partir deste momento, foi impensável a criação de novas normas penais, sem que se declarasse expressamente a qualidade de inimputável, o que muito contribuiu para o desenvolvimento dos pressupostos essenciais á responsabilidade criminal.

Este novo conceito emerge com o Código Penal de 1886¹⁷, que vigorou entre 1926 e 1974, período durante o qual se deram importantes alterações na legislação penal, introduzindo-se assim reflexões politico – criminais, de cariz preventivo especial numa primeira fase, e retributivo numa segunda fase.

A pena classificava-se como privativa daqueles que têm a necessária inteligência e liberdade, com a consequência inevitável de só estes praticarem crimes, aquele que é

¹⁶ Artigos LXXXIV e LXXXV do Código Penal da Nação Portuguesa, de 1837.

¹⁷ Artigos 26º; 42º/2 e 43º/2 do mesmo.

declarado punível pela Lei Penal, e só a estes pode ser imposta sanção penal¹⁸. Este código é ainda construído sobre o facto, no entanto, a pena vem já revelando uma referência da sua aplicação á personalidade do agente.

A primeira grande alteração do sistema penal foi a Reforma Prisional de 1936 (Decreto nº 26.643, de 28 de Maio de 1936), a qual criaria um sistema de reacções prisionais referidas á personalidade do delinquente, substituindo um regime prisional uniforme de trabalho de dia comum, executado em silêncio, e de isolamento nocturno por um sistema prisional progressivo entre o isolamento e a vida comum, não unitário, agrupando os presos em função das suas características de perigosidade como os delinquentes portadores de anomalia mental.

Esta nova concepção preventivo-especial trouxe um sistema de medidas de segurança, artigo 8º, embora configurando-as como mera possibilidade de prorrogação, sem limites temporais prévios, da pena aplicável a imputáveis especialmente perigosos, artigo 11º e a delinquentes internados em prisão asilo, artigo 121º.

Com a Reforma Prisional passou a ser possível o internamento em estabelecimentos especiais de alcoólicos, art.169º, vadios, mendigos e equiparados, artigo 155º. Esta nova concepção de pena, desligada da pura retribuição e imbuída de critérios preventistas, ou como um puro sistema de medidas de segurança, criava as condições para um sistema penal preventivo-repressivo, sem autolimitações jurídico-formais.

A segunda grande alteração legislativa foi com a Reforma de 1954 (Decreto nº 39.688, de 5 de Junho de 1954), levada a cabo pelo até então Ministro da Justiça e Professor de Lisboa Cavaleiro de Ferreira, que se caracterizou por absorver os aspectos essenciais da Reforma Prisional de 36, nomeadamente quanto á possibilidade de prorrogação sem limites antecipados – até que cessasse a perigosidade da pena aplicável a imputáveis especialmente perigosos, consagrando fortemente o principio da Culpa, renunciando à fixidez da pena e atribuindo ao juiz uma função de individualização da mesma.

Deste conjunto evolutivo é possível ficar com a ideia de que este novo Direito Penal considerava irrelevante o facto praticado pelo agente declarado criminalmente irresponsável em função de anomalia psíquica, não prevendo qualquer consequência jurídica para o ora irresponsável.

¹⁸ Cfr. Sousa Pinto, Lições, pp. 57, 76 e 57, sobre a ineficácia e inadequação das penas relativamente aos alienados.

É de acentuar sobretudo o fim da Pena, que era essencialmente a retribuição proporcional do mal causado, sendo a prevenção apenas de considerar enquanto se pudesse alcançar dentro dos limites da proporcionalidade que a gravidade do ilícito exigia¹⁹.

Só com a reforma prisional de 1936²⁰, veio a alterar-se a reforma dos fins das penas, com o desenvolvimento do princípio da prevenção especial, estruturou as medidas de segurança e modelou a execução das penas. Surge pela primeira vez estabelecimento expressamente destinado á execução de medidas de segurança²¹, passando esta a ser concebida como uma outra sanção de natureza criminal a par das penas, ficava assim clara a opção do Direito Português²².

A contrário, Cavaleiro de Ferreira pronuncia-se pela não-aceitação das medidas de segurança, considerando-as “medidas de tutela jurídica com fins preventivos, sem carácter sancionatório, compreendidas modernamente no direito penal, entendido numa acepção lata.” Para o autor, deverão ser classificadas como medidas administrativas, atenta a natureza dos seus fins.²³

Atendendo á transformação do facto desencadeador em facto pressuposto, esta ideia será de rejeitar, uma vez que a perigosidade criminal deve conexionar-se obrigatoriamente com os bens protegidos pelo direito penal e consequentemente com o facto que os viola ou põe em perigo.

Estavam criadas as condições para o relevo do facto praticado, de um ponto de vista substantivo, determinado por um princípio de judicialidade, impondo a intervenção de um tribunal para a aplicação e execução da sanção, sendo tratadas nos quadros do processo penal comum ao invés do administrativo.

¹⁹ Artigo 88º do mesmo.

²⁰ DL Nº 26 643, de 28 de Maio de 1936.

²¹ Cfr. Artigos 1º, 8º e 147º do mesmo diploma.

²² Assim, pode ler-se no Relatório d Reforma Prisional: “ A pena tem um duplo fim – de prevenção Geral e de Intimidação, correção ou eliminação individual. O fim de prevenção geral quer dizer que a acção da pena se projecta para lá do criminoso. Esta projecção reveste duas modalidades. A pena actua preventivamente sobre os indivíduos de moralidade débil, sobre aqueles que se encontram na margem do crime. É uma verdade adquirida pelo ensinamento dos séculos que o temor pode ser um elemento integrador da conduta dos indivíduos, que sem ele seriam levados á pratica do crime. E é também verdade adquirida que o crime suscita na consciência humana uma sede de justiça que só a pena consegue apagar e que convém fazer reviver porque constitui um elemento poderoso da moralidade social.

Mas além destas reacções psicológicas de carácter geral uma outra deve possuir e esta actua especialmente sobre o criminoso. Considerada sob este aspecto a pena reveste modalidades diferentes consoante a categoria do delinquente.

Umaz vezes tem por fim apenas a intimidação do delinquente, sempre que este meio baste como processo inibitório da prática de novos crimes; será a correção, quando a intimidação se revele insuficiente para integrar uma vontade moral no delinquente; outras vezes terá a função de separar o delinquente do convívio social, o que deverá suceder sempre que ele se revele incapaz de ser um elemento adaptável.”

²³ Direito Penal I, 1981, p. 15.

Só mais tarde, a partir de 1889 em diante²⁴ começaram a considerar-se medidas como o internamento em enfermarias, sujeitas a exame médico, pelo Juiz. A partir deste momento, as medidas de segurança e a sua integração progressiva no Direito Penal tornaram-se decisivas para a consideração do facto do agente inimputável, quer no respeitante á declaração de inimputabilidade, quer também quanto á decisão para a imposição de uma sanção de natureza penal.

Em 1911, o decreto de 11 de Maio cria a figura de manicómio criminal, este acolhia os delinquentes julgados irresponsáveis por motivo de “alienação mental” e condenados que enlouqueceram durante o cumprimento da pena de prisão.

O Novo Código Penal de 1982 veio trazer uma noção de penas muito mais simplificada com forte impacto nos dias de hoje. Em breves trechos, poderemos delimitar o início da história do Direito Penal Português aos costumes locais e forais, os quais conheceram breves influências.

Este período da história que perdurou aproximadamente durante Três séculos e trouxe grandes transformações às instituições nomeadamente o reforço do Estado.

2.2) A nova reformulação contida no Decreto – Lei nº48/95, de 15 de Março.

Hoje, defendemos uma tramitação unitária dos factos que levam á condenação em pena ou em medida de segurança, não sendo desencadeado incidente processual de alienação mental, como sucedia até 1987.

De uma forma geral, o Código Penal de 1995, corresponde nas suas opções essenciais ao Código penal de 1982²⁵.

Não iremos aqui esclarecer a alteração das mesmas por não se tratar do propósito deste trabalho, mas apenas enumerar de forma quase taxativa as alterações que mais relevância assumem no tratamento do nosso tema.

Contudo, é importante referir que o Código vigente eliminou as três menções expressas da culpa pela personalidade, na medida em que eliminou todo o anterior art. 2º e nos actuais nºs 1 e 2 do art. 72º, correspondentes aos arts. 85º e 86º do Projecto, se conservaram no nº 1 apenas as palavras «culpa do agente» na parte de frase «culpa do agente pelo seu facto e pela sua personalidade» e se substituiu no nº 2 a parte de frase «na apreciação da culpa do agente pelo facto e pela sua personalidade pela parte de frase «na

²⁴ Cfr. Lei de 4 de Julho de 1889; assim como a Lei de 3 de Abril de 1896 e a Lei de 3 de Abril de 1896.

²⁵ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, Temas Básicos da Doutrina Penal, p. 103.

determinação da pena». Mantiveram-se, porém, todos os outros pontos referidos do articulado do Projecto ²⁶.

A culpa não se mede hoje em função da personalidade do Agente, pelo que deve entender-se o juízo de culpa como um juízo de desvalor do agente em razão do seu comportamento, acção ou omissão, pelo que se punirá em função da culpa pelo facto ou culpa de cada crime, será punida a formação da personalidade correspondente ao acto criminoso contrariamente á medida da pena pelo defeito global da personalidade do delinquente, ou seja, pelo seu mau character, que será uma de muitas causas do crime.

Na parte geral, o CP de 1995 manteve intocada a matéria relativa á construção do conceito de crime, introduzindo alterações significativas no domínio das sanções criminais, especialmente a inovação constante dos artigos 40º e 43º. Mantem-se o sistema Monista de reacções criminais com longa tradição no Direito Penal Português, e ao mesmo agente pela pratica de um facto continua a não ser aplicada, cumulativamente, uma pena e uma medida de segurança privativas da Liberdade.

Esta nova versão impõe uma referência á pena relativamente indeterminada e às medidas de segurança não privativas da liberdade aplicáveis a imputáveis e a inimputáveis.

Sem esquecer, merece igualmente destaque o Principio da Legalidade, agora acolhido nos artigos 1º e 2º do código penal depois de consagrado pela nossa Constituição no artigo 29º. A medida de segurança só poderá ser aplicada a estados de perigosidade cujos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento, salvaguardando-se o principio da aplicação da lei mais favorável, a sua aplicação será determinada pela lei vigente no momento do preenchimento dos pressupostos de que depende.

Em especial, no que concerne às medidas de segurança aplicáveis a inimputáveis, poder-se-á dizer que a reforma de 1995, revela de forma clara a intenção de revestir a estrutura e a aplicação daquelas reacções criminais e suas garantias conformes ao Estado de Direito. Para tanto, foram necessárias alterações significativas quanto aos pressupostos de aplicação destas medidas, com especial destaque para os princípios do ilícito-típico, expresso pelo artigo 91º, nº1 do CP, da perigosidade e da proporcionalidade, e da alteração quanto á duração e execução destas reacções criminais.

²⁶ Vejam-se, além dos referidos na nota (11), os arts. 72º, nº 2, al. *f*) e *e*), 20º nº 2, 78º, nº 1, 83º, 84º e 86º.

CAPITULO III – Porque não são os inimputáveis susceptíveis de culpa?!

3.1) Inimputabilidade, culpa e fins das penas.

Como se sabe, a antijuridicidade e a culpabilidade são as duas referências de que depende a imputabilidade, uma vez que o comportamento humano só é jurídico-penalmente relevante se contrario ao direito e pessoalmente censurável ao agente e portanto afigura-se paradigmática á compreensão do problema em análise, determinar os contornos da noção de imputabilidade. Esta assenta na capacidade do agente, no momento da prática do facto, avaliar a ilicitude do mesmo e agir de acordo com essa avaliação, o que nas palavras de Eduardo Correia, “traduz-se naquele conjunto de qualidades pessoais que são necessárias para ser possível a censura do agente por ele não ter agido doutra maneira²⁷”.

Para que um acto seja imputado ao seu autor, este deverá possuir uma noção exacta da natureza e alcance do acto praticado.

A inimputabilidade é então a condição sem a qual não existe culpa, pois dependerá sempre da verificação de dois pressupostos, um biológico e um psicológico.

O juízo de imputabilidade deve fazer-se em concreto em relação a um certo facto, num certo momento e nunca em abstracto, pressupondo a capacidade do agente, de no momento da pratica do acto, avaliar a ilicitude do mesmo e de se determinar de acordo com essa avaliação, e neste sentido, não se colocará a duvida de determinar quando estaremos perante um caso de imputabilidade, que pressupõe a capacidade de culpa e a consciência da ilicitude, ou perante um caso de inimputabilidade, em que o agente não é susceptível de culpa, não apenas por sofrer de uma patologia que afecta a sua livre determinação (substracto biológico), mas também por preencher o elemento normativo, a perturbação de que sofre produz efeitos que excluem a possibilidade de culpa.

O nosso Código Penal, não define capacidade de culpa penal²⁸, apenas nos diz quem são os incapazes de culpa, os menores de 16 anos e os indivíduos portadores de graves perturbações mentais (artigos 19º e 20º, respectivamente).

²⁷ In Direito Criminal I, Coimbra 1997, p. 331, §22º.

²⁸ Aprendemos com Figueiredo Dias a definição de culpa material, “...Acepção material da culpa jurídica (jurídico – penal) como violação pelo homem do dever de conformar a sua existência por forma tal que, na sua actuação na vida, não lese ou ponha em perigo bens juridicamente (jurídico – penalmente) protegidos.”, in o Problema da Consciência da ilicitude em Direito Penal, p. 199.

Ora, sendo a culpa um elemento fundamental do tipo de crime, esta vem entendida na dogmática penal como um pressuposto autónomo de punibilidade, uma vez que só haverá responsabilidade penal se além da acção típica e ilícita, existir um acto culposo do agente que pratica a acção penalmente relevante e para tanto é necessário que sobre ele recaia um juízo de censura ético-jurídico, a medida de intencionalidade criminosa que é possível descobrir no comportamento desconforme com o tipo penal e consequentemente com a ordem jurídica.

Na verdade, devemos hoje ao princípio da culpa o imperativo categórico que veio determinar a existência de um conceito de inimputabilidade compreendido á luz dos fins das penas, afastando desta forma a retribuição como modelo subjacente á politica criminal que fundamenta e legitima uma intervenção estadual na determinação e aplicação de sanções criminais.

A velha máxima de que “não há pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa²⁹” é hoje indiscutivelmente associada a uma exigência de dignidade da pessoa humana e a um direito á liberdade, tornando-a legitima aos olhos da Constituição. Esta tornar-se-á exigível na medida em que o Ser humano é um Ser capaz de decisão quando se encontrem asseguradas as devidas condições que o tornem possuidor de uma consciência plena do conhecimento e liberdade, por referência ao homem médio.

Se a retribuição é hoje rejeitada ao nível das finalidades das penas, ao menos no seu conteúdo, trouxe até nós a importância de considerar a culpa como principio essencial á construção estrutural das finalidades das penas, como suporte axiológico do Direito Penal, não podendo hoje ser considerada como fundamento da pena á semelhança do que aconteceria no seio de teorias retributivas.

Considerado este tipo de teorias, cabe aqui dizer que se a pena funciona como a justa paga pelo mal do crime, então não haveria aqui lugar para o agente inimputável, uma vez que esta teoria esgota o seu sentido em si mesma, já que o inimputável é incapaz de entender a ilicitude do acto por se encontrar privado na sua liberdade de decisão e de conformação com o Direito, e portanto não lhe será imposta qualquer pena, pois apesar de esta teoria surgir associada ao facto, não a conseguimos dissociar da liberdade de o agente

²⁹ Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal, parte geral, Tomo I, 2ª edição, página 82.

se autodeterminar, discussão dogmática que nunca atingirá uma resposta conclusiva pela própria natureza do homem³⁰.

Estas teorias não permitem pelo seu carácter cumprir fins de política criminal, por retirarem na sua essência legitimidade ao Estado, não concedendo desta forma prossecução dos seus fins sociais, menosprezando o respeito pela dignidade do homem.

Chegados aqui, não se vislumbra qualquer solução para o doente mental, pelo contrário, deixando-o cada vez mais isolado no seio da Lei penal, até porque a comunidade não se revê no agente portador de anomalia psíquica, desta feita, caindo por terra qualquer tentativa de estabilização das expectativas comunitárias, através da repressão e do sentimento de terror.

Afirmadas pelo Iluminismo e com o mesmo fundamento das teorias retributivas, surge também entre nós, a teoria da prevenção geral, formulada por Feuerbach, cujo pressuposto assentaria não na expiação pelo mal praticado mas sim na prevenção da prática de futuros crimes, transmitindo uma aparente evolução, no entanto não deixa de ser meramente ilusória, uma vez que continua a ter como objecto imediato os efeitos societários, ainda que o seu fundamento seja evitar a prática de futuros crimes. A pena aparece como uma ameaça anterior á prática do facto, dirigindo-se a todos, independentemente da sua tendência para delinquir. Uma vez que esta teoria pune pela prática do facto ilícito, desconsiderando de todo o agente que praticou o facto, daqui só se poderá obter uma pena fixa, pois não existindo consideração da culpa, não poderá existir um quantum de medida da pena. Esta teoria pretende alcançar resultados servindo-se dos homens como instrumentos dos seus fins, relegando totalmente a dignidade humana, como afirmaria Kant, prosseguindo fins utilitaristas e renegando a justiça. Nunca, até aos dias de hoje, a severidade de qualquer punição logrou alcançar efeitos válidos na evolução da humanidade, o que explica que a aplicação de penas de forma indistinta a inimputáveis, incapazes de entender o sentido e o alcance destas, extravasa o sentimento intimidatório face á população, prosseguindo estas teorias, o mesmo fim quanto ao agente inimputável. A teleologia subjacente ao tratamento jurídico do agente imputável não poderá nem deverá ser a mesma aplicável ao agente inimputável pela sua diferente natureza biológica, como iremos entender ao longo deste trabalho. Ainda que, para o normal funcionamento da sociedade, cada individuo tenha que prescindir de direitos que lhe assistem e que lhe são

³⁰ O livre arbítrio tratando-se de uma característica humana, não poderá nunca ser pensado como critério aferidor da culpa, de um “poder de agir de outra maneira”, como pressuposto do dever-ser, abarcando consigo uma indefinição inultrapassável, revelando-se insuficiente no momento de actuação da pessoa concreta.

conferidos em nome da sua eminente dignidade, esta tese não refuta a necessidade da observância da intocável dignidade da pessoa humana quanto á necessidade e aplicabilidade de consequências jurídicas, não decorrendo desta formulação qualquer evolução para o agente inimputável por não entender o alcance da pena aplicada e como consequência fica aberta uma grande possibilidade de vir a praticar futuros crimes, constituindo um perigo para si mesmo e para a sociedade em geral, o que ao invés de provocar um sentimento intimidatório, originará um sentimento de medo, com efeitos contraproducentes. Não são, de todo, estes os fins que visa prosseguir a política criminal no seio de uma sociedade democraticamente organizada.

Á prevenção geral sucedeu desta feita a prevenção especial, doutrinalmente assente no positivismo jurídico³¹. Se tivermos presente que a este vem sempre associado o progresso, aparecendo estreitamente ligado a uma constante busca metódica, não será da nossa parte ambicioso, esperar destas teorias, uma franca evolução para o nosso tema.

Também o fim último destas teorias consiste na estabilização de interesses e expectativas comunitárias, uma vez que o objectivo é defender a sociedade de um individuo perigoso, em sentido lato, segregando-o, apesar da construção de uma prevenção especial positiva no sentido de tratar o individuo com vista á sua ressocialização. Ainda assim, em que medida poderá lograr o inimputável? Continua a existir uma insensibilidade incontornável relativamente a este agente, já que estas teorias não se fundam na culpa mas na perigosidade de qualquer delinquente, independentemente de ser imputável ou inimputável, o que dará origem á aplicação de uma medida de segurança indeterminada, por cessar apenas quando cesse a perigosidade do agente, durante a execução da sanção e mais uma vez, desta forma saem totalmente renegadas as exigências político-criminais. Deste ponto de vista, a cominação da pena só influenciará o comportamento, mais uma vez, de quem age com culpa, e a aplicação da pena sem culpa ou para lá dela, contraria totalmente a recuperação do agente delinquente.

³¹ Em breve abordagem, para um melhor entendimento do ao pensamento subjacente, ao Positivismo jurídico estava imanente um dualismo funcional e metodológico, através de uma aplicação lógico-dedutiva segundo um esquema silogístico- positivista que viria a tornar-se obsoleto no sentido de desconsiderar a índole finalística da problematidade jurídico-concreta.

O que tínhamos aqui era a aplicação de um postulado, a Lei e não qualquer decisão judicial num esquema metódico pré-determinado. O direito deveria estar positivado e sem qualquer ligação ótica ou axiológica. O direito (im)posto pelas prescrições dos órgãos político socialmente legitimados para tanto aparecia com um caracter formal o qual se afastaria do finalismo, construindo termos lógico-conceitualmente sistemáticos, elaborando conceitos logico abstractamente estruturais e como premissas para uma logico-substantiva aplicação e o resultado seria a aplicação de estruturas logicas invariantes a matéria variável, i.e., ás variações e flutuações da vida em sociedade, menosprezando os interesses e os fins que dinamizam a realidade societária.

De todo em todo, as teorias positivistas não devem ser menosprezadas neste âmbito, pois acabaram por abrir as fronteiras do Direito Penal, aos inimputáveis em razão de anomalia psíquica, por imposição da medida de segurança de internamento, reconhecida entre os seguidores desta escola como uma verdadeira sanção criminal³², num tempo em que os doentes mentais não eram vistos como titulares de direitos fundamentais. “Pari Passu” com Figueiredo Dias, concluímos que não se justifica a aplicação de uma sanção criminal como a pena, a doentes mentais, pois os actos praticados por estes não põem em causa as expectativas comunitárias por a sociedade não se rever nestes agentes e conseqüentemente não sairá abalada, quando um agente portador de uma anomalia pratique um acto ilícito, contrário á ordem jurídica.

Por tudo isto, nos finais do século XIX e inicio do século XX, a pena deixou de ser a única forma de reacção criminal como solução possível para lutar contra o fenómeno da delinquência, já que a pena num sentido retributivo e dentro da concepção clássica do Direito Penal, não foi suficiente para fazer face às exigências evidenciadas por falta de um dos pressupostos fundamentais para a sua aplicação: a capacidade de culpa do autor do facto punível.

Um pouco por toda a Europa se viveu o fracasso destas teorias face ao considerável aumento da criminalidade e reincidência, pois tal como consideramos, o postulado liberal-individualista havia perdido de vista as necessidades sociais da prevenção do delito e da individualidade concreta do homem, clamando por uma nova e eficaz estratégia, a mesma passaria por uma intervenção Estadual mais activa no campo penal.

Nesse contexto histórico em que a pena não se mostrou suficiente para satisfazer as exigências de política criminal, as Escolas de Direito discutiam fervorosamente o sentido da pena, de retribuição ou de defesa, solução alcançada por Carlos Stoos no Anteprojecto do CP Suíço de 1893, que veio introduzir novas sanções penais, fundadas na perigosidade criminal, para além das penas, considerando as medidas de segurança como um conjunto sistemático de procedências de cunho preventivo individual, suprindo a ausência de responsabilidade penal por inexistência de culpabilidade pessoal e tendo como pressuposto de aplicação, a perigosidade do agente.

É deste modo, urgente, compreender o porquê da necessidade de um conceito de inimputabilidade como causa de exclusão da culpa, quando estamos perante uma norma

³² Medida de natureza administrativa para os Clássicos.

violada de forma ilícita e a mesma ilicitude não desaparecerá pelo simples facto de advir de um agente incapaz de culpa.

Para tanto, é importante definir em que moldes se estruturou o Direito Português a par das outras ordens jurídicas face á complexidade relativa deste conceito normativo.

3.2) Opção legislativa Portuguesa e breves notas de Direito estrangeiro.

É definitivo estabelecer a normatividade que se encontra subjacente ao instituto da inimputabilidade em geral á anomalia psíquica em especial, pelo que se afigura de fundamental importância, clarificar o modelo vigente entre nós bem como o seu enquadramento jurídico no Direito Português.

Entendemos que este título só deverá iniciar-se e fundar-se de acordo com os princípios do Estado de Direito.

A Dignidade da Pessoa Humana é o princípio basilar no qual se consubstancia o Estado de Direito Português³³, além de ser qualidade intrínseca e distintiva de cada Ser Humano, tornando-o merecedor de respeito por parte do Estado e da Comunidade em que se encontra inserido, afasta-o das experiencias de outrora (inquisição, escravatura, nazismo, genocídios) em que se viu aniquilado na sua liberdade de conformação e autodeterminação. O individuo é hoje o limite e o fundamento da República, devendo esta servir o homem³⁴. Emerge deste facto, uma necessidade de assegurar de forma predominante, a realização das liberdades individuais com o mínimo de restrição da liberdade geral, bem como a autonomia de cada um, legitimando a instrumentalização de um poder punitivo.

Neste sentido, a Constituição afigura-se como uma fonte de limites ao Direito Penal, uma vez que toda e qualquer punição terá que se compatibilizar com o Princípio da necessidade da pena, conduzindo-nos á formula consagrada no artigo 40º do Código Penal. Trata-se de um compromisso entre a prevenção geral e especial como fundamento para a decisão de punir, culminando na culpa como limite da medida da pena conduzida á máxima protecção dos bens jurídicos comunitários.

Ora, censuramos o acto proibido praticado dentro de condutas não proibidas, quando olhamos as pessoas como seres capazes de decisão desde que lhes sejam asseguradas as devidas condições que lhes permitem o conhecimento e a liberdade,

³³ Artigos 1º e 2º da Constituição da República Portuguesa.

³⁴ Justifica-se assim uma proibição da pena de morte (art. 24º da CRP) e da prisão perpétua (artigo 30º).

tornando legítima e exigível a punição que vai de encontro á realização da segurança dos cidadãos. A culpa será um pressuposto incontornável a toda a punição como limite máximo e inultrapassável da pena numa atitude pragmática quanto às finalidades pretendidas.

A Lei Constitucional, assegura, no seu regime especial de Direitos, Liberdades e Garantias, uma efectiva protecção do arguido no decorrer do Processo Penal bem como na cominação e aplicação das reacções criminais, sob forma de garantias do processo criminal³⁵, e é dentro destes parâmetros que se deve mover o direito penal e processual penal, no sentido de assegurar a realização das liberdades individuais, conferindo a devida legitimidade ao poder punitivo.

Toda e qualquer finalidade da punição terá de se compatibilizar com o princípio da necessidade da pena, este reconduz-nos ao artigo 40º do Código Penal como uma fórmula compatível com a Constituição.

Após a revisão de 1995, marcada pela forte influência das tradições correcionalistas, está associada a este artigo a teleologia subjacente às finalidades das penas e medidas de segurança, assumindo um compromisso no sentido de conjugar o cominar da aplicação da sanção criminal num equilíbrio entre a prevenção geral e a prevenção especial como fundamento da decisão, atribuindo á culpa a função de limite da medida da pena. A culpa surge associada a uma exigência de dignidade da pessoa humana e a um direito à liberdade, tornando-a legítima aos olhos da Constituição, apesar da conotação ética que tem estado subjacente ao seu entendimento, esta tornar-se-á exigível na medida em que o Ser Humano é um Ser capaz de decisão quando se encontrem asseguradas as devidas condições que o tornem capaz de uma consciência plena do conhecimento e liberdade, sempre por referência ao homem médio. No entanto, é importante esclarecer que não é imanente ao Estado um Direito de Punir, deverá existir uma carência de tutela penal das condutas, este vingará apenas quando se mostre estritamente necessário e de uma forma limitada, uma vez que a tutela penal nem sempre se afirmará relevante apesar dos contornos criminógenos, prevalecendo assim o carácter de prevenção em virtude da retribuição, conformando a dialéctica entre a Constituição e o Direito Penal.

O artigo 40º do CP aparece nesta revisão de 1995, como um artigo chave e uma peça fundamental no auxílio ao juiz para aplicação de penas e medidas de segurança,

³⁵ Como se pode ler nos artigos 18º, 24º, 27º, 28º, 29º, 30º, 31º e 32º da CRP e art. 1º do CP, bem como nos diplomas internacionais, artigo 11º da DUDH, artigos 6º, nº2 e 7º da Convenção Europeia e artigos 14º e 15º do Pacto Internacional.

devendo ser entendido na vertente pragmática, afastadas que ficam todas as controvérsias dogmáticas. O aplicador do direito retira deste uma fonte de critérios estáveis pelos quais se deverá orientar aquando da opção pela medida de reacção criminal. Este preceito normativo apresenta-nos uma culpa não como fundamento, orientando-se por um critério restritivo, mas como pressuposto e limite da pena, artigo 40º, nº2 do CP, que por razões preventivas impedirá a aplicação de uma pena não proporcionada á da culpa do agente³⁶. Sem mais, as sanções em direito penal só poderão ser de natureza exclusivamente preventiva dirigidas á protecção dos bens jurídicos (prevenção geral) e promovendo ao mesmo tempo a reintegração do delinquento na sociedade, materializando o critério da prevenção especial, na escolha e medida da pena, pelo que não podemos nunca prescindir das considerações do artigo 70º e ss do CP, dadas que estão as finalidades da punição. A escolha da pena, dependerá unicamente das exigências de prevenção geral e especial, sendo a culpa o referente da medida da pena, transportando para um segundo momento a prevenção, mas não a menosprezando, aparecendo num mesmo nível. O facto ilícito praticado é decisivo e deve ser valorado quanto aos efeitos produzidos externamente, equacionando-se a culpa e cabendo á prevenção, na sua função, fornecer em último termo a medida da pena.

Apesar de pena e medida de segurança prosseguirem a mesma finalidade, a sua aplicação movimenta-se por pressupostos diferenciados, enquanto a aplicação da pena se liga á culpa do agente, por sua vez a medida de segurança aplicar-se-á em função da perigosidade do agente. O limite máximo da medida de segurança é fixado de acordo com o princípio da proporcionalidade de forma a oferecer uma cura devidamente eficaz dos dementes considerados criminalmente perigosos, em virtude de um princípio de legalidade, “a medida de segurança só pode ser aplicada a estados de perigosidade cujos pressupostos estejam fixados em lei anterior ao seu preenchimento”, artigo 1º, nº2 do CP que deverá ser lido de acordo com o artigo 29º, nº1 da CRP. Da lei deverão constar os pressupostos de aplicação das medidas de segurança pelo respeito das garantias do arguido, que se alcançam desta forma sem lacunas. Há um imperativo que assegura uma medida de segurança com limites inultrapassáveis em função da gravidade do facto ilícito típico praticado e da perigosidade do agente face a um futuro perigo social, fórmula aposta nos artigos 40º, nº3 e 91º do CP.

³⁶ Ideia que se afasta do pensamento politico-criminal de 1982, que fez da culpa princípio fundamental do sistema na esteira da culpa na formação da personalidade imanente á concepção da pena relativamente indeterminada.

O nosso CP prevê medidas de segurança privativas da liberdade, as previstas nos artigos 91º e ss e as medidas de segurança não privativas da liberdade, previstas no artigo 100º ss, tendo como destinatários os inimputáveis (inimputabilidade específica e não genérica³⁷) e os imputáveis, mas somente na aplicação de medidas de segurança não detentivas.

3.3) O Modelo Espanhol

O sistema sancionatório, sofreu em Espanha, uma evolução muito marcada pela forte influência exercida pelo movimento internacional de reforma penal. Um dos pontos fortes deste movimento foi precisamente a revisão do papel assumido pela pena de prisão no sistema penal.

A cultura jurídica Espanhola, bem como o legislador manifestaram uma particular sensibilidade às sugestões que nesta direcção vinham da reflexão internacional, criando assim as bases para a relação de integração com o movimento internacional.

Também no ordenamento jurídico espanhol, as medidas de segurança criminais, como hoje as entendemos, estão intimamente ligadas ao problema da inimputabilidade como necessárias e imprescindíveis no Direito actual, mas nem sempre foi assim. Até 1995, as medidas de segurança apareciam fundamentalmente reguladas nas Leis Penais especiais sobre perigosidade na Ley de Vagos e Maleantes de 4/08/1933 e posteriormente na Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4/08/1970 que além de dispersas eram altamente criticáveis por revelarem varias incompatibilidades de um rígido dualismo com o valor da Legalidade, mesmo antes da aprovação da nova democracia com a Constituição de 1978.

O novo Código de 1995 teve como principal preocupação a criação de um novo sistema global de medidas de segurança ressaltando no seu titulo preliminar o respeito pelo principio da legalidade e proporcionalidade e as garantias derivadas do mesmo, tanto para as penas como para as medidas de segurança, delimitando desta forma uma novo quadro normativo garantistico conformado no artigo 1º, nº2, bem como no artigo 2º, nº1, ultima parte e artigo 3º, nºs 1 e 2 do mesmo diploma legal. Desta nova formulação

³⁷ Não é suficiente que o agente padeça de uma enfermidade mental, faz-se mister a existência de prova pericial de que o transtorno afectou efectivamente a capacidade de compreensão do character ilícito do facto ou pelo menos a sua determinação no momento da prática do acto com character ilícito.

decorrem dos artigos 6º, nº1 e 95, nº1 do Novo Código, três pressupostos necessários á aplicação de uma medida de segurança:

1º O sujeito deve encontrar-se em alguma das situações previstas nos artigos 101º a 104º, pelo que os seus destinatários serão os inimputáveis e os agentes de inimputabilidade diminuída;

2º Para que ao sujeito seja aplicável uma medida de segurança, este tem que ter praticado um facto ilícito-típico, sem culpa, qualificado como crime, ficando desta forma reformado o Principio da Legalidade. Uma grande inovação tendo em conta que anteriormente a Lei permitia medidas de segurança pré – delituais;

3º A perigosidade deve agora verificar-se no facto praticado pelo agente inimputável, sendo aferida pelo juiz num juízo de prognose póstuma, como conforma o artigo 95º, nº1, abandonando conceitos confusos sobre perigosidade criminal.

Apesar desta visão bastante positiva, um dos maiores defeitos desta nova consagração legal, liga-se com a formulação pouco feliz do principio da proporcionalidade (artigo 6º, nº2), confundindo pena e medida de segurança por prever que o quantum desta deverá ser obtido através da “pena abstractamente aplicável ao facto cometido”, causando assim dificuldades, uma vez que não será possível aplicar a um inimputável medida privativa da liberdade (internamento) quando a pena que lhe podia ter sido aplicada pelo facto, não for privativa da liberdade, 95º, nº2 e no caso de poder ser aplicada, o internamento nunca poderá exceder o tempo que teria durado a pena privativa da liberdade defraudando o efeito terapêutico, caso persista a perigosidade do agente, remetendo o doente mental para a possibilidade de internamento civil³⁸, furtando-se às liberdades garantísticas de protecção do doente, uma vez que não podemos medir da mesma forma culpabilidade e perigosidade ainda que as mesmas correspondam ao fim comum da prevenção geral.

Acompanhando as legislações penais europeias, também ficaram consagradas medidas privativas e não privativas da liberdade consagradas no artigo 96º válidas para os casos de inimputáveis dispostos nos artigos e 101º a 103º e para imputáveis diminuídos

³⁸ Cfr. Artigo 211º do Código Civil espanhol.

como se pode conferir no artigo 104º. No entanto, quanto á execução das mesmas ficou por especificar a garantia de um cumprimento adequado das mesmas, por ausência de normas.

É sem dúvida notável a melhoria do sistema de medidas de segurança, evitando internamentos indefinidos e um automatismo na apreciação da perigosidade criminal, do doente sofredor de anomalia psíquica, considerado sobre um critério biopsicológico³⁹ através do reconhecimento de normas pré-delituais.

Quanto ao sistema de reacções criminais, este é de caracter dualista e admite penas e medidas de segurança, no entanto atrever-me – ia a afirmar que caminha num sentido tendencialmente monista, há uma preferência na aplicação da medida sobre a pena, “no caso de concorrência de penas e medidas de segurança privativas da liberdade, o Juiz ou o tribunal ordenará o cumprimento da medida, que será descontado no da pena” e “uma vez cumprida a medida de segurança, o juiz ou o tribunal poderá, se com a execução da pena se puserem em perigo os efeitos daquela ou aplicar alguma das medidas previstas no artigo 108º⁴⁰.”

Com referência ao Código Penal Português, concluímos que o nosso sistema é muito mais simples mas ao mesmo tempo mais rico na formulação de conceitos, referindo-se expressamente às várias modalidades de perigosidade criminal no seu título IV do Livro I, e possibilitando um caracter mais flexível na aplicação de medidas de segurança, como poderemos verificar mais á frente, em outra parte deste trabalho.

É notório que as legislações europeias abandonaram um passado marcado pela vigência de um princípio de utilidade social assente na imprescritibilidade das medidas de segurança, na irrelevância da proibição da retroactividade da lei bem como na admissibilidade de medidas de segurança pré-delituais cominando na duração indeterminada da medida de segurança e inexistência de limites decorrentes da proibição do excesso.

³⁹ Cfr. Artigo 20º, nº1

⁴⁰ Cfr. Artigo 98º.

CAPITULO IV – FACTO E PERIGOSIDADE

Ultrapassada a questão inicial sobre a natureza jurídica das medidas de segurança, e deixando de lado a eterna possível discussão dogmática sobre as finalidades das mesmas, a verdade é que, como já referimos, a medida de segurança é hoje reconhecida como uma verdadeira sanção de direito penal, distinguindo-se da pena por exigir como pressuposto de aplicação, a perigosidade do agente. Uma evolução que fica marcada pelo objectivo de submeter a imposição de medidas de segurança ao regime de garantias politico-criminais, formais e materiais por referência á pena, apelando aos princípios e garantias do Estado de Direito.

No sentido de reafirmar a natureza penal da medida de segurança, conferindo-lhe uma mais ampla legitimidade através do afastamento de um principio de pura utilidade social que viria a ser substituído pelo principio da ponderação de bens, resultando desta circunstancia a autonomização de um novo pressuposto para além da perigosidade criminal – a pratica por este agente de um facto com determinadas características, a que damos hoje o nome de “facto pressuposto” do internamento⁴¹.

Faz sentido autonomizar um capítulo para esta questão, salvo melhor opinião, por se afigurar essencial entender os pressupostos subjacentes á medida de segurança por neles se consubstanciar a sua aplicação e execução.

⁴¹ Não descurando o caracter necessário da aplicação da medida, proporcional e de menor intervenção possível da medida em questão.

4.1) Facto pressuposto e perigosidade

Na mesma medida em que decorreu a valorização da medida de segurança como sanção de natureza penal houve uma correspondente valorização do facto praticado por agente inimputável em virtude de anomalia psíquica, partindo do disposto no artigo 91º do Código Penal Português. A caracterização do facto é fundamental á determinação do juízo de perigosidade do agente.

Hoje aceitamos uma teoria que se constrói na base da responsabilidade referida á prática de um determinado facto ilícito típico, na qual o agente responderá pela sua personalidade de acordo com o seu característico modo de ser como um todo unitário e não pela construção da mesma ao longo da vida, na linha de Figueiredo Dias. É com referência ao facto, ao facto ilícito praticado pelo agente imputável, que o nosso Direito Penal alcança uma caracterização do facto praticado por agente inimputável através de uma transposição da doutrina geral do crime por os pressupostos de aplicação de uma medida de segurança se encontrarem hoje definidos por uma aproximação á pena.

Como tal, o internamento é aplicável se o facto praticado por agente inimputável em virtude de anomalia psíquica, for típico, ilícito e punível com a excepção de lhe ser atribuída culpa, que no âmbito das medidas de segurança não desempenha qualquer função, a qual fica excluída pela inimputabilidade do agente.

A inimputabilidade, como sabemos, não é um elemento do facto mas sim uma qualidade inerente ao ser enquanto pessoa, o que nos coloca no âmbito de perceber a quem se aplica uma pena e a quem se aplica uma medida de segurança. Neste sentido, o facto subjacente á prática do crime é bastante revelador, tendo a nossa dogmática jurídico-penal por assente que a perigosidade do agente só poderá ser obtida através do facto pressuposto praticado pelo agente inimputável por virtude de anomalia psíquica com o sentido específico de caracterização do facto que fundamenta a aplicação de uma medida de segurança. O facto pressuposto á pratica do ilícito típico comprovará a anomalia psíquica, sendo que o objectivo é evitar que o agente venha a praticar factos da mesma espécie.

O facto deverá, desta forma ser valorizado autonomamente para que se possa concluir se no momento da prática do facto, o agente estaria ou não privado da razão,

reconduzindo-nos a uma reflexão sobre uma loucura compatível com intervalos lúcidos⁴², e nestes casos importará mais facilmente um nexu causal, ou a uma loucura sem intervalos lúcidos e esta poderá não se ligar essencialmente ao facto ilícito típico praticado àquele momento.

Ao direito, cabe demonstrar de que forma se conxiona o facto com a perigosidade do agente, excluindo a culpa do inimputável portador de uma anomalia psíquica, pela prática de um facto ilícito, até porque perigosidade e culpa não ocupam o mesmo lugar ao nível da doutrina do facto, estes dois elementos podem coexistir no mesmo agente, já que a culpa não prescinde do agente e a perigosidade não prescinde do facto. E daí entendermos que a susceptibilidade de culpa só se afere por referência ao facto e a partir daí se pode suscitar a questão da inimputabilidade. No entanto, o juízo de inimputabilidade implica uma relação entre facto, anomalia psíquica e nexu causal, configurando a sustentação desse juízo, pois a partir do momento em que está afirmada a inimputabilidade, o agente deixa de ter capacidade de culpa e conseqüentemente o afastamento da pena, ficando provada a perigosidade do agente.

De todo em todo, não devemos olvidar que essa relação não é exclusivamente temporal, por referência á clássica distinção entre elemento biopsicológico e elemento normativo da inimputabilidade, uma vez que o mesmo sujeito pode ser capaz de avaliar a ilicitude de certo comportamento e incapaz de o fazer em relação a outro, o que impõe recorrer aos limites objectivos e normativos da perigosidade.

⁴² Na psiquiatria, é habitual falar em intervalos lúcidos quando estes se verificam por longos períodos de tempo, uma vez que não se verifica nestes casos uma alternância entre a razão e a loucura, mas um estado de retorno á sanidade plena, o que só se verificará se o retorno da doença se der por completo.

D'Aguesseau deu-nos até aos dias de hoje a melhor metáfora caracterizadora de um episódio lucido:

“Não deve ser uma tranquilidade superficial, uma sombra de repouso; mas pelo contrario, uma tranquilidade profunda, um repouso real: deve ser não um mero raio de razão, que só torna mais viva a sua ausência, quando desaparece; não um relâmpago eu rompe a escuridão só para a deixar mais opaca e hórrida; não um crepúsculo que une a noite ao dia, mas uma luz perfeita, um brilho vivido e continuo, um dia pleno e inteiro, entreposto em meio de duas separadas noites. E, para ousar outra imagem, não é aquela calma enganadora infiel que segue ou precede a tempestade, mas uma tranquilidade segura e firme por algum tempo, uma calma real, uma serenidade perfeita; enfim, abstraindo de metáforas, não deve ser uma mera diminuição, uma remissão da queixa, mas uma espécie de cura temporária, uma intermissão tao claramente marcada que a todo o respeito pareça restabelecimento de saúde: isso quanto a natureza. E como é impossível julgar num momento da qualidade de um intervalo, cumpre que haja extensão subeja do tempo, para dar segurança perfeita do restabelecimento temporário da razão, que depende das diferentes espécies de furor; mas é certo que deve haver um tempo, e um tempo considerável, isso quanto duração.”

In, Ferreira Borges, 1840, pp. 316.

4.2) A formulação doutrinal do facto no Direito Italiano.

A doutrina do facto reconduz-nos a uma análise de direito comparado, de facto esta questão tem sido tratada com alguma profundidade no resto da Europa, com particular destaque para Itália, não tivesse sido esta a raiz⁴³ que deu forma á medida de segurança, com o surgimento da Escola Positivista⁴⁴.

Também em Itália, á semelhança do que acontece no nosso código penal, se dá relevo ao facto praticado como condutor da aplicação da medida de segurança, pode ler-se

⁴³ Terá sido Cesare Lombroso, médico italiano, a ocupar, juntamente com Ferri e Garofalo (estes no âmbito da criminologia), um papel central na Escola Positivista do Direito Penal.

Contudo, fala-se muito de Lombroso entre o meio académico, mas na realidade, o papel que este terá ocupado na área do Direito Penal, é pouco conhecido. O médico e autor terá estudado na Universidade de Pádua, Viena e Paris e foi posteriormente, entre 1862 e 1876, professor de psiquiatria na Universidade de Pavia e também de Medicina Forense (1876), psiquiatria e antropologia criminal na Universidade de Turim. Foi também director de um asilo mental em Itália.

Uma vez que o positivismo terá nascido numa altura em que começaram a despoletar as ciências sociais bem como o seu acelerado desenvolvimento, especialmente a psiquiátrica, psicológica e antropologia, Lombroso haveria desenvolvido uma teoria, designada como Atavismo, que permitiria já distinguir os criminosos dos não criminosos natos, ou seja estaria implícita na teoria formulada a prática do acto com a consciência ou com a falta dela, postulado segundo o qual existia uma diferença biológica entre o delinquente e o não delinquente, o que teria ficado demonstrado por várias experiências praticas com humanos.

Desta forma, o positivismo vem sempre ligado ao seu nome como uma corrente de progresso linear do saber humano, através de ciências capazes de explicar e prever todos os fenómenos da vida, aparecendo estreitamente ligado á busca metódica, tudo o que não ficasse demonstrado materialmente, reproduzível por via de experimentação, não seria científico.

Este despertar da ciência para a doença mental terá motivado a necessidade de uma sanção criminal distinta da pena para estes casos. A verdade é que foram os italianos a consagrar na sua legislação penal as medidas de segurança de forma expressa, depois da introdução pioneira ao tema por Carlos Stoops no Anteprojecto do CP Suíço.

⁴⁴ Em breve abordagem para uma melhor compreensão, ao Positivismo Jurídico estava imanente um dualismo funcional e metodológico, através uma aplicação lógico-dedutiva segundo um esquema silogístico – positivista que viria a tornar-se obsoleto no sentido de desconsiderar a índole finalística da problematidade jurídico- concreta.

O que tínhamos aqui era a aplicação de um postulado, a lei e não qualquer decisão judicial num esquema metódico pré-determinado.

O direito deveria estar positivado e sem qualquer ligação ôntica ou axiológica. O direito (im(posto) pelas prescrições dos órgãos político-socialmente legitimados para tanto aparecia com um caracter formal o qual se afastaria do finalismo, construindo termos lógico-conceitualmente sistemáticos elaborando conceitos logico abstractamente estruturais e como premissas para uma logico- substantiva aplicação e o resultado seria a aplicação de estruturas logicas invariantes a matéria variável, i.e., ás variações e flutuações da vida em sociedade menosprezando os interesses e os fins que dinamizam a realidade societária.

no artigo 202º do Código Penale italiano “fatto preveduto dalla legge come reato”⁴⁵ bem como no artigo 222º do mesmo “nel caso di proscioglimento per infermità psichica é sempre ordinato ill ricovero dell’imputato in un ospedale psichiatrico giudiziario, per tempo non inferiore a due anni, salvo che si trata di contravvenzioni o di delitti colposi o di altri delliti per i quali la legge stabilisce la pena pecuniária o la reclusione per un tempo non superiore nel massimo a due anni, nel quali casi la sentenza di proscioglimento é comunicata all Autorità di pubblica sicurezza”. Destas normas legais decorre a exigência da prática de um facto ilícito típico, exigindo que o facto praticado pelo inimputável seja doloso, expressão de um antagonismo substancial relativamente ao código penal português, uma vez que a nossa lei não faz depender a decisão de internamento da prática de um facto *doloso* mas sim da perigosidade do agente, vinculando o juiz a decidir do internamento *apenas* se esta se afigurar *necessário*.

A solução italiana não parece razoável, muito menos em termos comparativos com a solução encontrada por nós, pois merece desde logo destaque a inaplicabilidade da medida de segurança ao inimputável em virtude da actuação com dolo, apesar da sua perigosidade acrescida.

Analisando este pensamento á luz da corrente positivista, parece razoável uma construção do facto do agente inimputável por anomalia psíquica á luz do facto praticado por imputável, pois nesta linha, o facto não deixa de ser típico, ilícito e culposo, verificando-se o preenchimento de todos os elementos que constituem o crime.

Consideramos que a imputabilidade não constitui um dos elementos do crime mas sim aparece intimamente ligada às sanções criminais, ou seja às consequências jurídicas do crime. A imputabilidade é uma qualidade subjectiva do agente não distinguindo entre responsáveis e irresponsáveis, serve sim para determinar a quem será aplicada uma pena ou uma medida de segurança.

De facto, para o direito penal italiano a condição de aplicação de medida de segurança é o crime, o que se verifica é que o artigo 222º do CP italiano tanto se aplica a agente inimputáveis como a agentes imputáveis, não havendo aplicação da medida de

⁴⁵ Art. 202º Applicabilità delle misure di sicurezza: Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato. La legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato.

segurança, desde que o agente tenha actuado ao abrigo de uma causa de exclusão da culpa, ou seja, mesmo que o individuo seja inimputável, desde que tenha actuado com dolo ou negligência, não pode ser internado num “manicómio judiciário”. Mais uma vez se verificam aqui os elementos subjectivos do crime. O agente deve ser absolvido por não estarem preenchidos todos os elementos constitutivos do crime, mais concretamente o elemento psicológico (dolo e negligência) o que pressupunha que a imputabilidade fosse concebida como um elemento da culpa, o que como já vimos, não faz sentido. No entanto, se para os italianos a estrutura subjectiva do crime não depende da capacidade de querer e entender, é possível classificar o facto do agente inimputável como doloso ou negligente, ainda que se sublinhe o caracter anormal do substrato psíquico, o que determina que para a doutrina italiana o agente age com consciência apesar da sua vontade anormal.

Este caracter rígido da doutrina italiana teve que conhecer uma significativa evolução através da autonomização do facto do agente inimputável em virtude de anomalia psíquica. A concepção de fatto-reato de Bricola⁴⁶, mostrou-se fundamental para a evolução da doutrina italiana quanto a este aspecto, quebrando a ligação á aparência exterior das normas, nas palavras de Bricola “Só se tiver uma confiança ilimitada no caracter absoluto de conceitos jurídicos, é que se pode, logo á partida, fazer corresponder a expressões idênticas conteúdos também idênticos⁴⁷”. A afirmação de Bricola contem o essencial a um afastamento da transposição das características do crime do agente imputável para o facto do agente inimputável.

O fatto – reato é um facto objectivamente lesivo do interesse protegido, enquanto núcleo base que prescinde da capacidade do agente e permite um juízo quer de responsabilidade quer de perigosidade, pelo que dentro da categoria genérica das causas de

⁴⁶ Grande mestre da Ciência Penal, desenvolveu todo o seu trabalho de 35 anos em torno de quatro focos centrais, a parte geral do Direito Penal, a teoria geral do crime, a relação entre a dogmática e política criminal e o processo penal e tratou também da evolução das sanções criminais a pessoas singulares, e individualização e identificação das sanções aplicáveis a pessoas colectivas e todo o seu forte contributo para a reforma penal Italiana.

O seu trabalho é ainda hoje entendido como uma fonte de grande rigor, profundidade e uma grande capacidade de prática reconstrutiva nos mais diversos assuntos.

A sua primeira e mais significativa obra data de 1960, “Dolus in Re Ipsa”, em que dá relevância aos agentes das infracções e nesse âmbito a pessoas imputáveis, formula materialmente o tema da imputabilidade e responsabilidade em geral e começa por classificar o dolo e as suas diversas espécies.

⁴⁷ “Fatto del non imputabile e pericolosità” (1961), segunda monografia publicada pelo Autor, na qual abordar a questão das medidas de segurança e a sua aplicação a indivíduos que revelam uma especial perigosidade.

Esta monografia é trabalho de referência no entendimento do instituto jurídico da inimputabilidade e em tudo o que lhe vem subjacente.

exclusão da punibilidade há que distinguir aquelas que operam fora da esfera pessoal do ilícito penal, ou seja, a culpa, pois estas também valem para o agente incapaz.

Enquanto lesão do interesse protegido não há *fatto-reato* quando intervêm causas de exclusão da ilicitude, o que significa que aproveitam indistintamente a agentes imputáveis e inimputáveis, até porque o juízo da culpa, da perigosidade ou de ambas, é posterior. Preenchido este núcleo base há que indagar num segundo momento sobre o elemento psíquico do agente inimputável, ou seja se é doloso ou culposo e se constituiu o mínimo necessário para a aplicação de uma medida de segurança. Nos termos do artigo 222º do CP italiano, é condição necessária da declaração de perigosidade fundada na incapacidade do agente e conducente á condição daquela medida, a pratica de um *fatto doloso*, ao *fatto reato* terá que acrescer o preenchimento do tipo subjectivo de perigosidade de natureza biopatológica que no direito italiano, diferentemente do português, está concebido com caracter legal e não judicial, o que significa que a norma que prevê a medida de segurança de internamento, em vez de prever de forma unitária o *fatto* ocasionante e os elementos de diagnostico para o juízo judicial, mobiliza elementos para tipicizar ou presumir a qualidade do sujeito socialmente perigoso, o que no caso do direito italiano se traduz na pratica de um *fatto doloso*. “O tipo subjectivo doloso pressupõe a imputabilidade, não podendo defender-se que seja o mesmo dolo o do agente imputável e o dolo do agente inimputável. É necessário atender á finalidade da norma para uma distinção de conteúdos, a expressão “doloso” retém teleologicamente uma garantia á sociedade contra sujeitos socialmente perigosos que praticaram um *fatto* que, em condições tais, se não fosse a situação de incapacidade, seria dolosa ou negligente.

Bricola especifica, sempre em termos analógicos entre os dois tipos de agentes, que o elemento subjectivo mínimo correspondente ao dolo do agente imputável, apto a legitimar a aplicação da medida de segurança de internamento radica no núcleo psíquico do dolo, numa vontade anormal de realizar o acto, prejudicando a consciência do desvalor social do comportamento.

A posição do autor assenta toda ela na recusa da natureza unitária da estrutura subjectiva.

A verdade é que a caracterização do *fatto* não deixou de ser feita á luz do crime do agente imputável, continuando o problema da inimputabilidade á margem do direito penal.

Assente em ideias de prevenção, parece-nos razoável distinguir uma outra doutrina, a de Militello. Este autor defende que o artigo 222º não deve ler-se isoladamente, este surge ligado ao requisito da perigosidade social estruturado no artigo 203º. Esta noção de

perigosidade social irá legitimizar a aplicação da medida de segurança ao conceito de “fatto preveduto como reato”. Consequentemente, quando o comportamento concreto do agente não revela qualquer sintoma de perigosidade futura não se pode verificar o pressuposto objectivo necessário á imposição da sanção reservada aos inimputáveis por ligação ao conceito “fatto preveduto como reato”, que deverá ser modelado á medida do agente capaz de entender e querer.

Aliás, a relevância jurídica do elemento psicológico, enfatizada no artigo 43º do Código Penal Italiano⁴⁸, na prática do ilícito-típico, para apurar o dolo e a culpa, é o que irá predefinir a singularidade da conduta criminosa, ou melhor, indicar quais os pressupostos presentes no sentido de apurar a perigosidade ou a culpa do agente.

O dolo é um conceito técnico-jurídico, indicando unicamente o modelo legal que deve ser seguido e que irá ser reconduzido ao facto ilícito concreto. Também como em Portugal, a culpa revela o desvalor da acção pela norma penal. A distinção entre os elementos objectivos e subjectivos a que se refere a concepção bipartida reconduz-nos ao facto típico, só podendo ser entendidos de uma forma dialética. A preocupação de Beling de evitar a tipicidade dos elementos da culpa, está hoje ultrapassada, uma vez que o dolo e a culpa já não se mostram essenciais á formação da responsabilidade penal, sendo na normatividade vigente elementos da tipicidade, dependendo o facto ilícito da estrutura psicológica e desta forma a conduta dolosa afasta-se da culpa por ser hoje um elemento legal. Em Itália, a terminologia dolo e culpa conduzem-se a um conceito de acção dolosa por lhes ser inerente a ideia de desvalor da acção.

48

**“ Art. 43.
Elemento psicologico del reato.**

Il delitto:

è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione;

è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente;

è colposo, o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico.”

Todavia, a terminologia legislativa dos artigos 43º e 222º do Código Penal Italiano, definem o crime doloso de acordo com a intenção.

4.3) Perigosidade criminal: Limites objectivos.

Contrariamente ao que acontece com a culpa, dotada apenas de um possível passado e de um presente, a perigosidade está manifestamente presente no passado, no presente e num futuro, impondo-se que declarado o juízo de perigosidade se coloque a questão de saber se essa perigosidade persiste?

A questão é pertinente, pois persistindo a perigosidade, só assim será capaz de operar a aplicação de uma medida de segurança. Nestes casos, não há lugar a um juízo de prognose do Juiz anterior á prática do facto, ainda que auxiliado pelo perito, não seria possível afirmar que a prática do facto ilícito era uma possibilidade por se tratar de um doente portador de anomalia psíquica. Para que o agente seja suscetível da aplicação de uma medida de segurança, a perigosidade deve persistir, tendo em conta as finalidades subjacentes á mesma.

É portanto, por esse facto, que falamos em “limites objectivos” da perigosidade, são estes que nos dizem que uma perigosidade já verificada deixou de existir, ou por outras palavras indica a cessação da anomalia psíquica, pelos mais diversos motivos. Esta verificação dependerá de um juízo clinico sobre o estado presente do doente, que deverá fornecer uma resposta certa e definitiva, sem lugar para incertezas, pois reporta-se unicamente ao momento presente, que há-de confirmar ou negar a persistência da doença mental. Quando referimos a palavra “unicamente”, deve ser entendida com seriedade, pois este juízo clinico, não admite de todo juízos de prognose, nem quanto ao passado, contando com todas as circunstâncias externas que potenciaram a prática do facto ilícito, nem quanto á futura possibilidade da prática de actos ilicitamente relevantes dentro de um possível quadro circunstancial ao qual o agente poderá vir a estar exposto. Em bom rigor, pensemos por exemplo no caso dos psicopatas inseguros⁴⁹ ou pouco confiantes em si, aos quais em regra estão ligados complexos sexuais. Imaginemos que este individuo sofredor desta anomalia psíquica, ao passar num beco isolado, cruza-se com duas raparigas na rua,

⁴⁹ Indivíduos assim são considerados clinicamente perversos. A medicina considera a psicopatia um distúrbio mental grave, sendo mais frequente nos indivíduos de sexo masculino, dotados de muita frieza e racionalidade. Tomam decisões ao sabor do momento e quando querem algo, “não conseguem dizer não a si próprios, sem pensar na consequência das suas acções.

que se riem dele às gargalhadas e comentam entre si que o individuo é muito feio e tem uma aparência monstruosa. O individuo movido por delírio de insuficiência interior e com necessidade de obter uma supra-compensação, provando-se que o fez em estado de inimizabilidade, começa a asfixiar brutalmente as duas mulheres no pescoço, provocando a sua morte.

De acordo, com a peritagem, esta patologia subsiste ainda á data do julgamento e descreve que esta doença é muito resistente aos programas tradicionais de tratamento e que a seguir á libertação, apresentam um elevado risco para reincidir, particularmente os que estão activados sexualmente com violência.

Nestes casos, o inimputável há-de constituir sempre uma grande ameaça para um vasto universo societário e existe uma forte probabilidade de repetição, sustentando a aplicação de uma medida de segurança, e a única certeza de que não viria a actuar da mesma forma, seria a de que o mesmo quadro não viria a representar-se, o que neste tipo de psicopatias, pela sua natureza, dificilmente aconteceria.

Já por exemplo, no caso de um cônjuge que mata o outro por delírio de ciúmes, constando no relatório clinico que este só ocorre num quadro em que o agente venha a estabelecer uma relação análoga com outra pessoa, minimizando assim a ameaça que este individuo poderá vir a produzir, mas ainda assim seria uma mera possibilidade que contaria que o quadro em que o agente actuou, não se viria a repetir, o que não poderá ser afirmado por qualquer relatório clinico.

Ou seja, destes dois casos, o que deveremos concluir é que ficamos pelo campo das possibilidades com uma objectividade meramente tendencial, pois no direito, as decisões hão-de verificar-se casuisticamente, através de uma ponderação de bens ou sacrificios e essa ponderação de valores só poderá ser alcançada através do estudo da normatividade subjacente ao caso, invocando critérios-legais que se situam fora do domínio de um conceito de perigosidade ainda que delimitada por limites objectivos, através de um principio de necessidade que limitará a intervenção estadual com base nas finalidades da norma dirigidas ao caso concreto.

4.4) Os Limites normativos contidos no artigo 91º, nº1 do CP.

O artigo 91º, nº1 do Código Penal português estabelece o quadro dentro do qual se deverá apurar a necessidade de aplicação de uma medida de segurança, “Quem tiver praticado um facto ilícito típico e for considerado inimputável, nos termos do artigo 20º, é mandado internar pelo tribunal em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança, sempre que, por virtude da anomalia psíquica e da gravidade do facto praticado, houver fundado receio de que venha a praticar outros factos da mesma espécie.”

Deste artigo retiramos os pressupostos para a necessidade da aplicação de uma medida de segurança bem como para a suspensão da execução de internamento, se for o caso.

Qualquer das decisões tem como limite o estrito plano da legalidade e tipicidade penal, chamando a intervir o princípio da proporcionalidade e da menor intervenção possível⁵⁰ para a escolha da medida, que como vimos, não é bastante a perigosidade, exige-se ainda que se verifique a necessidade da medida e que esta seja proporcional.

Este artigo parece que vai de encontro ao que defende Figueiredo Dias quanto às finalidades das medidas de segurança, o autor reitera que ao lado da finalidade de prevenção especial é ainda relevante de forma autónoma uma finalidade de prevenção geral positiva, já Maria João Antunes entende que a prevenção geral não terá qualquer intervenção neste campo e o período de duração mínima da medida de segurança haverá de ser considerado apenas pela proibição do excesso ou da proporcionalidade.

Da leitura conjunta aos artigos 91º/1 e 20º/1 do CP, subentende-se uma autonomização da prática do facto para a aplicação da medida de segurança ao agente inimputável por motivo de anomalia psíquica⁵¹. A declaração de inimputabilidade do agente pressupõe obrigatoriamente a ligação entre a anomalia psíquica e o facto concreto praticado. Por um lado, estabelece-se que “é inimputável quem, por força de uma anomalia

⁵⁰ Reconduzível ao artigo 18º, nº2 da Constituição Portuguesa

⁵¹ Já vimos anteriormente que a perigosidade da medida de segurança é pressuposto de aplicação desta, ou seja, deverá existir uma probabilidade séria qualificada de cometimento no futuro de novos factos ilícitos da mesma espécie, findando a medida de internamento assim que cesse o estado de perigosidade, com a devida excepção do artigo 91º, nº2 do CP. Caso não cesse, a medida de segurança será sucessivamente renovada, remetendo-nos à questão da admissibilidade de medidas de segurança perpétuas, artigo 30º da CRP.

psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação” (artigo 20º, nº1 do CP), e pelo lado do ponto de vista processual penal, entende-se por crime “o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminais” (artigo 1º, nº1, al. a) CPP), com a consequência de ser a mesma tramitação do crime do agente imputável e a do facto do agente inimputável, tendo em vista a aplicação de uma pena ao primeiro e de uma medida de segurança ao segundo (368º e 369º CPP).

A prevenção especial de ressocialização é claramente a finalidade principal destas, sendo a prevenção geral ainda hoje discutível, apesar de presente no nosso Código, como é o exemplo da cassação da licença de condução, que funcionará exclusivamente como prevenção geral de intimidação, no entanto e a título subsidiário existirá sempre uma intenção de proteção dos bens jurídicos, quando se tratem de medidas detentivas, artigo 91º/2 do CP. Na esteira de Figueiredo Dias, retiramos dois argumentos a favor da prevenção geral nas medidas de segurança, se o pressuposto é a prática de um facto ilícito típico é porque ainda está em causa a protecção de bens jurídicos e nesse sentido há que evitar emoções sociais derivadas da libertação imediata de inimputáveis cuja perigosidade foi controlada.

Já para Maria João Antunes, retirava-se deste artigo, antes de 1995 uma presunção de perigosidade que não podia ser contrariada, hoje, e após a revisão, esta norma deverá ser aplicada também aos sujeitos de imputabilidade diminuída (art. 20º, nº2 CP), através de uma presunção legal de duração da perigosidade considerando a proibição do excesso e o princípio da proporcionalidade⁵².

Esclarece Paulo Pinto de Albuquerque: “O critério para a suspensão da execução de internamento consiste na adequação da liberdade do internado com as necessidades de prevenção especial positiva e negativa do agente (nas palavras de Eduardo Correia “o inimputável perigoso e perigoso naturalmente nos termos do artigo 123º (actual artigo 91º) – pode ser com êxito tratado em regime ambulatorio, sem ser dentro do estabelecimento fechado)⁵³. No mesmo sentido Manuel Leal Henriques e Manuel Simas Santos, “Não consistem necessariamente medidas institucionais ou privativas da liberdade, as medidas de segurança aplicadas a inimputáveis, devendo recorrer-se a outras possibilidades susceptíveis de assegurar a cura e a defesa da sociedade. Daí o poder-dever atribuído ao

⁵² Maria João Antunes, Medida de Segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica, 2002, pág. 481.

⁵³ In Comentário do Código Penal, 2ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa 2010, pág. 340.

tribunal de determinar a suspensão da execução da medida de internamento se for razoavelmente de esperar que assim se atinge a sua finalidade; protecção dos bens jurídicos através da reintegração do agente na sociedade, curado no que se refere à eliminação da perigosidade. Através da suspensão da medida de internamento com regras de conduta e acompanhamento de regime de prova, consagra-se aqui um tratamento não institucional para agentes inimputáveis, na sequência do estabelecido nos artigos anteriores, uma espécie de regime de prova para inimputáveis”⁵⁴.

Com estes autores, concluímos que o regime de suspensão é menos intrusivo na liberdade individual do sujeito e que por isso deve ser pensado por mediação judicial dos princípios enunciados por referência ao caso concreto, pelo que a solução normativa que nos dá o Código Penal Português não tem formulação feliz quando aponta para a necessidade de uma gravidade do facto, e por isso adoptamos a posição de Maria João Antunes quanto às finalidades a prosseguir na aplicação de uma medida de segurança, o mesmo será dizer que este artigo evidencia uma clara inclinação para a finalidade da prevenção geral positiva, desprovido de uma ligeira preocupação com o sucesso do tratamento do agente em virtude de assegurar expectativas comunitárias, pondo em causa as exigências do artigo 18º, nº2 da Constituição Portuguesa, que privilegia as sanções não detentivas da liberdade.

CAPITULO V – Entre o Jurídico e o científico – Modelos de inimputabilidade.

O conceito de inimputabilidade é essencialmente normativo, mas está dependente de uma conclusão biopsicológica a efectuar por profissionais especialmente preparados e vocacionados para a formular.

“Aristóteles exige para que um acto seja atribuído ao seu autor, é necessário que este possua uma noção exacta da natureza e alcance do acto ... Aristóteles pressupõe para aceitar a imputabilidade, a razão e o discernimento, e o poder de agir segundo as noções morais⁵⁵.”

Ao indagarmos da inimputabilidade, deveremos fazê-lo através dos elementos biológico e psicológico, pois através destes é que poderemos aferir se o agente deverá ser susceptível de censurabilidade pelo facto ilícito típico praticado. Podemos negar a

⁵⁴ In Código Penal Anotado, Volume I, 1995, p.712.

⁵⁵ Polónio, Pedro; 1974: 15

imputabilidade com relação à existência de certas perturbações da vida mental do agente, que excluem a possibilidade de lhe ser exigido que tivesse agido de outra forma.

Deve o critério psicológico de perturbação mental ser considerado a par de um critério biológico, uma vez que as perturbações mentais podem assumir vários graus e modalidades, olhando-as nos seus efeitos jurídicos.

Mezger determinaria nesta matéria um critério misto que incluía elementos descritivos e elementos normativos, formulação à qual aproveitamos⁵⁶, para determinar se o juízo de censura é ou não possível.

5.1) A inimputabilidade do ponto de vista científico e à luz das ciências sociais.

Importa determinar o quadro de perturbações mentais que pode interessar ao juízo de censura, à culpa, uma vez que estes produzem certos efeitos à livre determinação do agente.

Não podemos explicar o comportamento do indivíduo sem nos referirmos à sua biologia e meios únicos. As respostas devem começar sempre por “depende”, porque somos seres complexos em termos psicológicos e as causas dos nossos comportamentos também são complexas, na generalidade.

As influências biológicas herdadas interagem com influências ambientais à medida que a personalidade se vai desenvolvendo, em alguns aspectos somos como todas as outras pessoas, como algumas outras pessoas e como nenhuma outra pessoa, definitivamente cada um é, em muitos aspectos, único!

Atrever-me-ia, neste sentido, a citar David Hume, sobre a Identidade Pessoal, In tratado da Natureza Humana, no qual descreve a mente humana como “uma espécie de teatro em que diversas percepções fazem sucessivamente a sua aparição; passam, voltam a passar, fogem deslizando e misturam-se numa variedade infinita de atitudes e situações... a entidade que atribuímos à mente humana, por mais perfeita que possamos imaginá-la, é incapaz de fundir numa só as diversas percepções diferenciais que lhe são essenciais... a ideia de mente humana é considerá-la como um sistema de diferentes percepções ou diferentes existências ligadas entre si pela relação de causa e efeito e que se produzem, destroem, influenciam e modificam umas às outras.”

⁵⁶ Beleza dos Santos, Imputabilidade 104 ss.

Com efeito, uma pergunta deve pairar, o que existe de mais caprichoso do que as acções humanas?! O que há de mais inconstante do que os desejos do Homem? Que criatura se poderá afastar mais da razão e do seu próprio carácter bem como das suas constantes alterações de humor?!

Ora, parece-nos que bastam meros instantes para fazer mudar a mente humana de um extremo para outro e muitas vezes para derrubar inadvertidamente, em poucos segundos, o que mais lhe custou a construir.

O Homem é um ser com necessidades e essas afiguram-se certas e necessárias á sua sobrevivência, no entanto o seu comportamento é regular e incerto e por conseguinte não dependerá certamente da sua necessidade, pois na verdade, o que move o Homem é a vontade e quando é esta que o conduz, e quando a vontade move o homem, significa que este tem consciência, a sua mente tem consciência do acto que praticará para satisfazer essa tal vontade que aparece ligada á sua liberdade, não existindo aqui uma atitude de indiferença na sua realização. Ponto assente, é que os “loucos” encontram-se despidos da sua personalidade de querer e entender e portanto não têm liberdade, o que os afasta de uma ideia de consciência, no entanto e a julgar pelas suas acções, entendemos que estas acontecem com menos regularidade do que as acções das pessoas ditas “normais” ou por sua vez, sensatas, o que afasta os primeiros da ideia de necessidade.

Considerando tudo quanto ficou dito, a necessidade tem sido entendida por nós como um elemento de causa, retirando este elemento de causa á liberdade, obtemos uma liberdade espontânea, a qual atribuímos aos loucos e deixamos de obter uma liberdade de indiferença aguçada pela necessidade. Neste sentido acompanhamos Descartes em “Teologia X Razão” e tal como o filósofo, acreditamos que o que é feito sem o uso da razão não assegura a liberdade completa e é neste plano que colocamos as pessoas que sofrem de uma anomalia psíquica.

No entanto, existe todo um conjunto de factores que não devemos descurar quando tentamos entender o porquê de estarmos perante um portador de anomalia psíquica.

Em rigor, de todas as qualidades que possuímos, a autoconsciência é uma característica muito especial dos humanos, mas não pode haver auto-imagem até haver autoconsciência dos outros, falamos de consciência social. Uma das consequências de ser Humano é que uma pessoa se torna objecto para si mesma. Na realidade, o Eu ou Ego, é normalmente o aspecto da personalidade com que as pessoas mais se preocupam.

As ciências exactas, designadamente a biologia, utilizam o conceito técnico “Fenótipo” para descrever todas as características observáveis de um individuo, em dada

altura. A personalidade é um exemplo de fenótipo, pois é o produto final de uma interação entre tudo aquilo que o indivíduo herdou e todas as influências ambientais que deixaram a sua marca. Os problemas específicos adquiridos pelos pais através da sua experiência de vida, só podem ser transmitidos aos seus descendentes por meio de mecanismos psicológicos, herdando o potencial para se comportar de determinada forma. Mais importante, para o eficaz funcionamento e bem-estar da personalidade, há uma componente genética bem estabelecida na susceptibilidade para desenvolver doença depressiva e esquizofrénica. Muitas características em que existam variações quantitativas, ou seja, diferença de graus, e algumas particularmente complexas, como a inteligência e o temperamento, dependem da acção de muitos genes, com maior significado em crianças que já vão crescendo com comportamentos neuróticos ou problemas de comportamento simplesmente.

Quando nos referimos a distúrbios psiquiátricos, aquilo que queremos fazer entender é que o que é herdado, é já normalmente uma certa susceptibilidade para desenvolver determinados problemas futuros do foro psíquico.

As pessoas com doença mental existiram desde sempre, em todas as sociedades e culturas, do passado e do presente.

No âmbito da psicopatologia dividem-se em dois grupos as perturbações mentais, as *doenças mentais*, ou psicoses em sentido restrito e as *personalidades anormais* que podem por sua vez subdividir-se no grupo dos débeis mentais (inteligência anormal) e o grupo dos psicopatas, caracterizados por terem uma forma anormal de personalidade em sentido estrito, uma anormalidade no domínio da vontade ou dos sentimentos e afectos.

Apesar desta divisão, deverão ser de considerar certas perturbações singulares em geral nas quais se incluem certas tendências psicopáticas, perturbações da consciência e neuroses.

Quando falamos em psicoses queremos designar aqueles processos que se vão desenvolvendo no cérebro como corpos estranhos que substituem fenómenos psíquicos normais por fenómenos psicóticos e que pela transformação da actividade e conteúdo da consciência alteram qualitativamente e quantitativamente a personalidade.

Estas doenças procuram explicar-se como doenças do cérebro e daí podem manter-se estáveis ou curar-se, mas quando isso aconteça deixam inevitavelmente mazelas, “defeitos pós-psicóticos“, uma vez que nunca deixaram de se reflectir no sistema nervoso central.

Também as psicoses conhecem várias divisões, revestindo o carácter de psicoses orgânicas, tóxicas ou funcionais.

As orgânicas definem-se por processos doentios ou corporais do cérebro directamente verificáveis⁵⁷; já as psicoses tóxicas⁵⁸ são aquelas em que a perturbação mental é condicionada por qualquer envenenamento (v.g. alcoolismo); quanto às psicoses funcionais determinam-se por aquelas em que falta prova precisa de uma doença do cérebro, neste grupo devem incluir-se a epilepsia verdadeira e especialmente a esquizofrenia e a loucura maníaco-depressiva.

Quanto aos débeis mentais, comumente chamados de oligofrénicos, estes indivíduos sofrem normalmente de lesões a nível da inteligência e também se definem por grupos: o chamado idiota, estado que caracteriza aqueles indivíduos que não atingem o desenvolvimento de uma criança de seis anos; os imbecis, quando se tratam de indivíduos que apenas atingem o desenvolvimento de uma criança crescida, até ao começo da puberdade; e a debilidade, ou seja, o estado dos indivíduos que não atingem o desenvolvimento que o homem alcança com o fim da puberdade.

Um outro tipo de perturbações singulares são as que assentam nas características de psicopata, perturbações a nível da vida emotiva, afectiva ou da vontade. São personalidades que na sua estrutura anímica revelam desvios notáveis na vida afectiva ou volitiva, influenciando nestes indivíduos ao nível do carácter. Contrariamente ao que sucede nas doenças mentais em sentido estrito, não se trata de um homem com lesões, mas de um homem cuja constituição se desvia daquilo que corresponde á média dos homens e neste sentido a sua apreciação deverá ser feita por referência á totalidade das pessoas.

Este tipo de personalidades sofre com a sua própria anormalidade e faz sofrer os restantes membros da sociedade.

No entanto, para aferirmos da inimputabilidade do agente, é necessário entender, se o estado anómalo do agente produz efeitos que excluam a possibilidade de o agente se comportar doutra maneira, ou seja, exige-se como já ficou definido, um contrabalanço entre o elemento biológico (estado de perturbação mental) e o elemento normativo (a presença de uma liberdade de auto – determinação consciente que permitiria ao agente agir de uma outra forma).

⁵⁷ Falamos em jeito de exemplo da paralisia progressiva, sífilis cerebral, arterio-esclorose, demência senil, tumores do encéfalo e as lesões no cérebro.

⁵⁸ Falamos de embriaguez aguda, patológica e crónica.

5.2) Modelos de inimputabilidade reconhecidos pelo Direito.

Para a afirmação da existência ou não da inimputabilidade à luz da Lei, o nosso ordenamento jurídico, atribui essa função ao juiz, mas fazendo-a depender de uma prévia apreciação médica e por isso nos debruçamos no ponto 1. deste capítulo sobre a forma como poderão pensar os peritos especialistas sobre o assunto, no entanto, sem o vasto conhecimento da ciência em causa, uma vez que esta pertencerá a quem de direito. Apesar disso, tentamos traçar linhas orientadoras, que nos fizessem chegar até aqui com uma visão mais ampla, uma vez que consideramos que para a boa aplicação do direito nestes casos, deverá existir uma maior aproximação entre os profissionais das duas áreas científicas.

Todas estas considerações deverão ser pensadas no quadro da situação concreta, casuisticamente, uma vez que a doutrina considera que a liberdade do agente poderá ser sempre limitada por circunstâncias endógenas à personalidade do agente no decorrer da sua vida em sociedade, o que exigirá a prova conclusiva da existência de perturbação que exclua a possibilidade de o agente poder actuar de outra forma.

A valoração exigirá sempre o caso concreto, já que o agente poderá ser imputável relativamente a um facto/crime e já não o ser relativamente a um outro tipo legal de crime.

Como bem sabemos, não tem sido fácil a cooperação entre juízes e médicos, o que bem se entende face a um critério normativo que o primeiro terá que aplicar em função de um critério biológico demonstrado pelo segundo que determinará a sua aplicação, e portanto esta situação evidencia desde logo a forte tensão entre os dois, por um lado não poderemos ter um juiz a tomar decisões em função de um livre- arbítrio, sem os conhecimentos necessários para tal, o que se revelaria inviável ao nível de aferir da culpa do agente e quanto mais da sua perigosidade, provocando uma certa confusão entre o conceito perigosidade e quem deveria ou não ser absolvido em virtude da doença mental; mas também não poderíamos ter um médico a decidir sobre a inimputabilidade do agente, pronunciando-se pelo juiz, pois àquele apenas compete trazer ao processo os elementos científicos que sustentam a existência de uma patologia anormal e que possam servir de base à declaração de inimputabilidade do agente pela entidade competente, o juiz.

Portanto, o que devemos ter presente quando as duas ciências entram em colaboração, é saber qual o conceito subjacente à inimputabilidade para que esta possa ser avaliada e qual

a ponderação a fazer ao juízo do perito médico na decisão final sobre a capacidade do arguido.

Quanto á primeira interrogação, hoje não tem um critério unificador que permita definir doença mental.

A psiquiatria forense tem como principal papel a averiguação de indicadores e determinantes psicopatológicos que possibilitem identificar o sujeito que se revela incapaz de conhecer e avaliar da natureza e das consequências de um comportamento, permitindo decidir sobre a responsabilidade penal ou ausência dela. A definição de psicopatia tem-se revelado pouco consensual, tanto em termos clínicos, como no âmbito forense.

O termo difundiu-se no início do século XX, enquadrando um registo comportamental já anteriormente descrito e mencionado por diferentes estudiosos, mas a sua definição ficou a dever-se á Escola Alemã de Psiquiatria.

A Psicopatia considera-se o conjunto de características emocionais, interpessoais e comportamentais, que leva a um funcionamento patológico que acarreta uma desordem emocional catalisadora do risco para a ocorrência de comportamentos anti-sociais extremos. Frequentemente, os indivíduos com psicopatia revelam uma total ausência de ansiedade ou depressão, contrariamente ao que dizem quando manifestam preocupações somáticas e até a ideia suicida.

O Manual Diagnostico e estatístico de Transtornos mentais (o actual DSM-IV-TR), foi publicado em 1952 pela Associação Americana de Psiquiatria, tendo sofrido várias alterações até hoje, contam-se cinco, até ao ano de 2000. Este manual é um auxiliar fundamental á prática clinica com doentes que sofrem de anomalia psíquica, nele encontram-se listados 297 transtornos mentais de espécie diferente ao longo de 886 páginas. O DSM dá-nos exclusivamente critérios diagnósticos, não se referindo em algum momento ao modo de tratamento e á evolução do mesmo no doente mental, rege o especialista por um sistema de classificação categórica, uma espécie de protótipos aos quais ligam intimamente cada paciente e os seus sintomas, determinando desta forma o tipo de transtorno que o doente apresenta, qualificando como leve, moderado ou severo.

Cada categoria de transtorno mental tem um código numérico tirado do sistema de códigos da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, CID⁵⁹, usado por serviços de saúde.

Cada diagnóstico psiquiátrico é organizado por cinco níveis:

⁵⁹ International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems.

- Eixo I: transtornos clínicos, incluindo principalmente transtornos mentais, bem como problemas do desenvolvimento e aprendizado;
- Eixo II: transtornos de personalidade ou invasivos, bem como retardo mental;
- Eixo III: condições médicas agudas ou desordens físicas;
- Eixo IV: fatores ambientais ou psicossociais contribuindo para desordens;
- Eixo V: Avaliação Global das Funções (*Global Assessment of Functioning*) ou Escala de Avaliação Global para Crianças (*Children's Global Assessment Scale*) para jovens abaixo de 18 anos (numa escala de 0 a 100).

Os critérios do DSM – IV são necessariamente genéricos e destinam-se a apreender aquilo que é comum entre os doentes, aplicando-se através de ciclos de desenvolvimento, da infância á velhice, a homens e a mulheres, e através de culturas diferentes. O facto de os critérios funcionarem tão bem quanto se sabe, mostra que as pessoas têm mais semelhanças do que diferenças. Todavia, cada um de nós é único, singular e o médico nunca deverá perder de vista essa mesma singularidade/ individualidade, tentando aplicar os critérios de diagnóstico de forma rígida e mecanicista. Existe uma forte confiança no julgamento clinico e o respeito pela tremenda variedade da natureza humana devem constituir a base de qualquer interpretação destes critérios.

Tendo em conta os critérios enunciados é fácil entender porque juízes e médicos se encontram cada vez mais distantes nas suas considerações dado o caracter das ciências opostas, ficando assim claro que os dois profissionais se movem em planos altamente diferentes, o que obrigatoriamente fará com que um e outro tenham concepções diversas sobre o juízo de inimizabilidade, havendo necessariamente que demarcar opções. Confrontamo-nos nesta medida com dois paradigmas, o normativo e o biopsicológico. O que devemos entender é que ao nível do Direito e conforme ficou evidente, a inimizabilidade aparecerá sempre sobre a sua veste normativa e é nesta que deveremos procurar a nossa resposta, face á previsão do artigo 20º, nº1 do Código Penal Português.

Parece poder concluir-se que o sistema penal consagra aqui um modelo lato de inimizabilidade, modelo este que não se limita às doenças mentais como fundamento de um juízo de inimizabilidade, mas sim o alarga a todas as anomalias psíquicas que tenham como efeito não ter o arguido, no momento da pratica do facto, capacidade para entender e querer, o que pela sua natureza engloba um modelo mais restrito de inimizabilidade. Como este ultimo modelo sugere, aqui impõe-se a existência de uma doença mental comprovada pelos peritos médicos, devem estas ter a qualidade de psicoses orgânicas e psicoses endógenas, com fundamento somático – esquizofrenia, paranoia, psicose

maníaco-depressiva). Trata-se de um modelo bem mais exigente no que respeita ao sentido da sua prova, potenciando o papel do perito técnico e consequentemente restringindo o juiz na sua capacidade de emitir juízo diverso do perito.

Nas palavras Carlota Pizarro de Almeida: “Há uma presunção de capacidade do individuo adulto, que só pode ser ilidida perante a comprovação de um estado patológico que afecte as suas faculdades normais. O modelo restritivo repousa, portanto, num juízo a emitir pelo psiquiatra sobre a existência de uma autêntica doença mental (nos limites em que este conceito é entendido pelo psiquiatra), juízo que é prévio e determinante de toda a tramitação do incidente de inimputabilidade”⁶⁰.

A posição da lei portuguesa, pelo que entendemos mostra-se evidente, se por um lado permite um modelo lato de inimputabilidade ao nível penal, preceituado no artigo 20º, nº1 do nosso código, ao mesmo tempo, ao nível da fase processual, esta refere-se á prova do mesmo mediante restrição á capacidade do juiz, pois apesar do Principio da Livre apreciação da prova, no artigo 127º do CPP, o mesmo código estabelece diferentemente, no artigo 163º desse diploma que o juízo técnico e científico se presume subtraído á livre apreciação da prova, permitindo-se, que sempre que a convicção do juiz divirja deste juízo contido no parecer dos peritos, essa divergência deverá ser fundamentada.⁶¹

Esta situação poderá relevar ao nível da prova, se tivermos em conta que um doente inimputável, poderá ter intervalos de lucidez, e em nossa opinião, pelo percurso travado até aqui, um doente inimputável que pratique acto ilícito típico em intervalo de lucidez, dirigido ao momento da pratica do facto, se o perito concluir pela sua capacidade de nesse momento, querer e entender o alcance do seu acto, então o juiz facilmente decidirá sobre o seu juízo de culpa, que no entanto, á luz do modelo restrito e tendo em conta os efeitos da sua anomalia, a perigosidade há-de ser dada pelo perito, delimitando facilmente ao juiz uma opção entre uma pena ou uma medida privativa da liberdade, e nestes casos recai sobre o juiz uma decisão de cariz valorativo sobre o juízo base (subsunção do facto á norma), tema que não debateremos aqui por se tratar de uma opção do julgador.

No entanto, é importante frisar que esta situação deixará o julgador dividido entre o declarar o agente inimputável e apostar numa reacção criminal com base em padrões de

⁶⁰ Modelos de inimputabilidade: Da teoria á prática. Almedina, ano de 2000, pág. 45.

⁶¹ E nessa senda - na senda restritiva - têm seguido alguns acórdãos do STJ, designadamente o de 13-01-1988, ao afirmarem que a divergência do julgador relativamente ao juízo técnico ou científico emitido no processo deve ser por aquele justificada no mesmo plano científico em que se produziu o exame.

Processo nº 1.255/97 – 3ª Secção, sendo relator o Cons. Mariano Pereira. Vide igualmente o Ac. do STJ de 12-11-97, Proc. Nº 492/77 – 3ª Secção, sendo relator o Cons. Brito Câmara.

perigosidade; ou então considera-lo imputável e medir a sua actuação com base na culpa, podendo ocorrer uma situação de transição, senão vejamos...

A resposta há-de ser encontrada com referência ao nexos causal, o julgador deverá ajuizar se a anomalia, afectou a prática do acto, em grau suficiente que retire ao agente a capacidade que a lei prevê no artigo 20º do CP.

Esta situação poderia reconduzir facilmente a uma controvérsia relacionada com o facto de saber se estaríamos perante uma inimputabilidade diminuída, são as tais situações de dúvida que por isso deverão ficar acauteladas. Não nos cabe aqui dissertar sobre o instituto da inimputabilidade diminuída, por se tratar de uma questão que será abordada no âmbito do próximo capítulo, mas apenas dizer que em Portugal, esta figura não chega a existir em pleno, apesar da disposição contida no artigo 20º, nº3 e portanto o juiz terá que optar por julgar o agente segundo critérios ou de culpa, ou de perigosidade, o que deste modo colocará o juiz perante uma situação de opção valorativa, estando autorizado a abandonar o plano da verificação fáctica contido na norma do 20º, nº2. Esta deixa em aberto a hipótese de um imputável ser tratado como inimputável. A par desta dúvida razoável, poderá figurar também a questão da *Actio Libera in Causa*, mas de diferente forma, apesar de tal como a primeira permitir um afastamento entre o real descritivo e o real normativo, Nestes casos, a lei é mais objectiva, apesar de existir um nexos entre facto e anomalia, o inimputável deverá ser julgado como se de um imputável se tratasse, sendo o agente objecto de um juízo de culpa.

Relativamente á consideração descrita no artigo 20º/4⁶², sobre a qual não teceremos grandes considerações, apenas dizemos tal como o artigo, que o agente que actua ao abrigo deste instituto, actua com culpa, pois em casos destes o agente autocoloca-se conscientemente em estado de anomalia psíquica com a intenção de provocar o facto, o agente age nesse sentido de uma forma propositada.

De todo em todo, não nos alargaremos aqui sobre esta questão por não se compreender dentro do objecto desta dissertação.

⁶² Em conjugação com o artigo 295º CP.

Capítulo VI - O modelo encontrado pelo artigo 20º do Código Penal.

6.1) Análise ao artigo 20º, nº1.

Como será do nosso conhecimento, o tipo objectivo de ilícito estrutura-se elementarmente em conjuntos de características que dizem respeito ao autor, á conduta e ao bem jurídico que vem a conxionar-se um tipo subjectivo de ilícito ora sob a forma dolosa ora sob a forma negligente, é o que temos hoje, uma relação bipartida entre estes dois fenómenos, obtendo – se desta forma uma concepção pessoal do ilícito (abandonando por fim uma concepção finalista⁶³).

Em breves notas gerais, a acção ilícita terá sempre um Autor, pessoa individual ou ente colectivo, este será em regra qualquer pessoa, na qual pode recair um dever ou especial qualidade que determinará a forma do crime (comum ou específico). Ligado a esse autor, exige-se uma conduta, que se trate de um comportamento humano e voluntario, o que exclui desde logo atitudes praticadas em estado de inconsciência, apesar da eventual produção de um resultado ou mera acção praticada nesse sentido. A conduta ilícita é apta a lesar um bem jurídico, estes não são realidades palpáveis, não se confundindo com o objecto da acção, mas sim valores da existência social e reputados fundamentais á existência da sociedade. Assim se estrutura a construção de um tipo de ilícito objectivo, mas para que este se torne efectivo é o tipo subjectivo que definirá o grau de culpa a atribuir á acção ilícita e típica, na modalidade de dolo ou negligencia⁶⁴.

Em termos gerais, para a realização do tipo objectivo de ilícito, impõe se necessário o conhecimento e a vontade de realização deste para a determinação da qualidade do agente como (in)imputável. A qualificação jurídica do tipo como ilícito permanece, no entanto, não ficando demonstrado um destes dois elementos, não resulta a intenção do crime, pelo que o elemento volitivo é sem dúvida, sempre mais difícil de demonstrar.

⁶³ Seria um conceito de acção final, o Ser, como realidade ôntica é anterior á realidade normativa e desse forma a intenção que determina a acção é a sua finalidade.

Esta teoria não pretende saber se está em causa a violação de bens juridicamente protegidos mas sim verificar se quando o agente actuou de forma ilícita, lhe é imputável um juízo de desvalor no facto praticado, o que se traduz em dois desvalores, o da acção da conduta levada a cabo pelo agente e o do resultado em que se traduz o comportamento/conduta do agente, o que conduz esta teoria a um conceito de culpa puramente normativo, subvertendo os elementos da culpa á consciência da ilicitude, á capacidade de culpa e exigibilidade dos comportamentos. Sem qualquer destes, torna-se impossível formular um juízo de culpa, o que resume as exigências da culpa á capacidade do agente para avaliar as exigências, o que deixa cair por terra a possibilidade da existência de crimes negligentes.

⁶⁴ Conforme o próprio código penal configura nos artigos 14º e 15º.

Detenhamo-nos agora no artigo 20º e analisemos, nomeadamente, se quando se verifique a inimputabilidade existe ou não crime. O que nos enuncia este artigo e como foi já possível verificar, é no fundo tudo o que temos vindo a reter até este momento.

O conceito de anomalia psíquica inserido no artigo 20º do C.P., que veio substituir o termo “loucura” que fazia parte da redacção do C.P. de 1982, é vago e simultaneamente vasto. Para a sua concretização valem-nos as Actas da Comissão de Revisão em 24 e 25 de Janeiro de 1964 e a Nota Informativa sobre o Projecto de Parte Geral do Código Penal de 1963, apresentada por Eduardo Correia, de onde decorre que se procurou evitar o termo “loucura”, à semelhança dos modelos francês e alemão, devendo entender-se, com Maia Gonçalves, que anomalia não é sinónimo de doença e de que não compete ao direito penal tomar partido em questões puramente médicas, sendo preferível optar por um critério lato de forma a permitir uma definição puramente normativa da mesma.

Sobre a amplitude Figueiredo Dias ensina, “...Se bem que deva reconhecer-se que assim se torna mais difícil obter uma apreciável certeza na aplicação, esta decisão legislativa pode reivindicar em seu favor boas razões».

Resumidamente, a inimputabilidade por anomalia psíquica constitui uma causa de exclusão da culpa ou um obstáculo á comprovação da mesma. Do que ficou já explícito, a anomalia psíquica não se trata apenas da doença mental mas também da panóplia de psicoses que por factores exógenos e endógenos com ela subjazem.

Entende a doutrina, que o catálogo de psicoses a considerar, é vasto e portanto deverá o artigo 20º, nº1 abranger todo o tipo de psicoses, nomeadamente e além das endógenas, logram também as exógenas, ou seja privações de perturbação, as intoxicações por álcool ou drogas, delírios escleróticos e paralisia cerebral. São também de incluir, as psicopatias e as neuroses, distinguindo-se do primeiro grupo por não serem de base orgânica, estas diferentemente, são perturbações da personalidade, como veremos mais á frente.

A inimputabilidade depende de uma juízo sobre a capacidade de avaliação da ilicitude e de autodeterminação de acordo com essa avaliação, juízo que se reportará ao momento histórico da pratica do facto e a cada facto ilícito típico praticado, aferindo-se para cada um a existência da capacidade de avaliação e autodeterminação, e por isso se diz que o agente pode no mesmo momento, cometer um facto praticado em estado de inimputabilidade e um outro em estado de imputabilidade, tendo em conta a consciência do agente para cada um deles.

Naturalmente que carece de lógica sancionar penalmente um individuo incapaz da autodeterminação que o ordenamento jurídico requer para a responsabilidade criminal. A declaração de inimputabilidade não será mais de que uma declaração de exclusão de culpa jurídico-penal, desde que para tanto se verifiquem cumulativamente os pressupostos do artigo 20º, nº1.

Este artigo, dá-nos desde logo um entendimento de inimputabilidade em sentido lato, a nosso ver, propositadamente vago, pois não vem acompanhado de qualquer elenco, ainda que exemplificativo dos estados anómalos que o podem integrar, com o intuito de abranger situações muito variadas e que podem não corresponder a patologias reconhecidas pela psiquiatria enquanto tal, permitindo ao mesmo tempo uma melhor adaptação do conceito legal á evolução das ciências do Homem, nomeadamente a psiquiatria e a psicologia.

Ora, neste modelo lato, a inimputabilidade em razão de anomalia psíquica, a que se reporta o nº1 do artigo 20º, depende apenas da verificação de dois requisitos cumulativos: a verificação do elemento biopsicológico, que se traduz em ser o agente portador da referida anomalia no momento da prática do facto e do elemento normativo, que consiste na incapacidade de o agente avaliar da ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com essa avaliação, em virtude da anomalia psíquica que provoque esse efeito no agente. Mostram-se assim excluídos da noção de inimputabilidade, as situações em que o agente padece de anomalia psíquica á data dos factos *mas esta não gera o efeito legalmente exigido*, desde logo por não se poder estabelecer a relação causal entre a anomalia e o acto do agente que o artigo pressupõe, mas também nos casos em que o agente poderia ser considerado incapaz de avaliar a ilicitude dos factos ou se determinar de acordo com tal avaliação em virtude de estados afectivos intensos, nomeadamente estados de raiva ou de vingança, desde que tal estado não tenha por subjacente, nem por qualquer forma, constitua efeito que afectasse o arguido na pratica dos factos, por não existir aqui uma perturbação patológica da consciência.

Como conclui o STJ, “A compreensível emoção violenta, a compaixão, o desespero ou um motivo de relevante valor social ou moral constituem cláusulas redutoras da culpa ou cláusulas de privilegiamento, traduzindo estados de afecto vividos pelo agente, ou causas de atenuação especial da pena do homicídio”⁶⁵.

⁶⁵ Processo nº 3283/09.7TACBR.S1, 3º Secção.

Pode ainda acontecer, que aquando do julgamento, ou seja, em momento posterior á prática do acto, a anomalia psíquica já não se verifique, mas ainda assim não fica impedido o juízo de inimizabilidade, independentemente da relevância que tal situação assuma no juízo sobre a perigosidade do agente enquanto fundamento da medida de segurança de internamento, como se pode obter da parte final do nº1 do mesmo artigo.

Face a este modelo, o que poderá causar mais dificuldades assume-se ao nível do elemento volitivo, intimamente relacionado com os vícios da vontade. Nestes casos existe um vicio da vontade que poderá ir de encontro á eterna discussão dogmática que subjaz ao livre-arbítrio do homem e que até hoje, na medida em que reconhecemos a sua liberdade existencial, enquanto pessoa concreta pré-estabelece o seu modo de Ser, definindo a sua própria essência e adquirindo por isso uma liberdade de decisão que determinará o sentido e fundamento das suas acções. No entanto, as motivações que poderão levar o Homem a determinar a sua personalidade de acordo com a estrutura individual que ele terá criado em si, têm consequências determinadas pelo seu comportamento como Ser face ao dever-ser que agora se impõe, atribuindo-lhe responsabilidade pela sua liberdade ou seja, imputando-lhe o seu comportamento enquanto Ser livre, só assim faz sentido falar em culpa jurídico-penal referida ao Homem, como um dever-ser que é, abandonando-se desta forma uma tese indeterminista referida ao livre-arbítrio. Por tudo isto, o agente pode dispor de uma vontade livre determinada por factores que ele não podia dominar, considerando o individuo por inteiro com relação as condicionantes que impedem a sua livre expressão. A doutrina considerava que estas só deveriam relevar, se se mostrarem patologicamente exageradas, no entanto, a dogmática jurídico-penal tem caminhado em sentido inverso e também nós concordamos com a tese de Curado Neves ao concluir que “os estados passionais não são fenómenos psicopatológicos, pelo que não podem ser reconduzidos ao conceito de anomalia psíquica contido no artigo 20º (...). Não há portanto, qualquer razão para falar de inimizabilidade a este respeito”⁶⁶. No entanto, o autor não excluiu uma atenuação da culpa por via da inexigibilidade.

Uma outra duvida que poderá ser levantada, face a este artigo, relaciona-se directamente com as chamadas psicopatias, ainda no domínio dos vícios da vontade. Em nosso entendimento, estas não devem ser integradas na qualidade de anomalia psíquica, senão vejamos.

⁶⁶ In, A Problemática da Culpa nos Crimes Passionais, 2006, p. 649 e ss.

Ao nível da psiquiatria, esta qualidade do individuo assume-se como um transtorno de personalidade e que se pode reflectir aliás, na maioria das pessoas que convivem connosco societariamente. Relevante para esta afirmação, é o próprio perfil do psicopata, também hoje apelidado de sociopata, não há manifestação de sintomas mas apenas de comportamentos antissociais.

É verdade que no Direito Penal, há um aparente silêncio quanto a este assunto, o que pensamos justificar-se pela falta de unanimidade no conceito ao nível da psiquiatria. Apoiando-nos nas investigações feitas ao nível deste tipo de ciência, demos por concluído que os psiquiatras, em geral, não caracterizam a psicopatia como uma doença mental por não provocar qualquer capacidade na alteração psíquica do agente. O psicopata conhece exactamente as normas que regem a sociedade e as suas consequências e ainda assim investe em planos e premedita-os consoante as suas conveniências e portanto subsumindo estes factos científicos ao direito, não nos parece que este agente possa ser considerado inimputável, a não ser que o psicopata, ao momento da pratica do facto sofra de alguma doença mental e essa se mostre suficiente, para no momento da pratica do acto, afastar a sua capacidade de querer e entender e só aí se tratará de inimputabilidade, sem esquecer que será declarado inimputável pela anomalia psíquica subjacente e não pelo seu caracter psicopata.

A psicopatia não provoca qualquer alteração na saúde mental do seu portador e portanto não afasta a culpabilidade por si só, por não ser afectado no seu desenvolvimento mental, como seria um retardado, por exemplo. Há uma plena consciência nestes indivíduos, dos actos que pretendem praticar e um auto-controle suficiente para os repelir no momento em que os desejam praticar.

Em todos estes casos, consideramos que a vontade se presume livre e portanto a verificação de uma anomalia psíquica deverá estar dependente de uma presunção ilidível, uma vez que este individuo não perdeu a sua identidade intelectualmente, enquanto homem-livre, por a sua vontade ser determinada por factores, que em nossa opinião, e apesar da tendência, ele poderá dominar.

Por tudo quanto ficou assente, concluimos que o nosso artigo 20º, nº1 se afasta do modelo restrito de inimputabilidade que retratamos no capítulo anterior, por englobar muitas situações que não são reconduzíveis ao conceito médico de inimputabilidade, o que só desta forma permitirá uma boa aplicação do direito por parte do Juiz, tendo em conta a especificidade da matéria.

É suficiente qualquer causa que reproduza o efeito normativamente previsto.

6.2) O caminho para a imputabilidade diminuída.

Só conseguimos entender o preceito estabelecido no número 1 do artigo 20º, se para tal considerarmos também todas as ramificações que nele vêm subjacentes.

É, desta forma, pertinente, perceber a ideia do legislador quanto ao nº2 do artigo 20º, uma vez que este consubstancia uma imputabilidade diminuída, mas de que forma? E porquê uma imputabilidade diminuída quando nos encontramos no âmbito da inimputabilidade?

Avaliemos a letra do nº2 deste artigo, “Pode ser declarado inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não acidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do facto, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída”.

Estabelece-se aqui uma necessidade de fazer face a casos limite, pois desde logo, o início deste número começa por sugerir que não se trata aqui da questão da inimputabilidade natural mas jurídica. Quando refere “pode ser declarado inimputável...”, restringe a sua aplicação a agentes imputáveis no momento da prática do facto mas que por força de determinados condicionalismos contra os quais nada pode, e mais uma vez nos deparamos aqui com expressões de sentido lato, a sua culpa se encontra sensivelmente diminuída.

Esta declaração leva-nos a reflectir e a retirar quatro pontos essenciais a que se refere a aplicabilidade do artigo:

Temos um agente (arguido) que é imputável;

Aos imputáveis deve ser aplicada uma pena; mas,

Devido á menor culpa, a pena será correspondentemente atenuada;

No entanto, a menor culpa, não evita a perigosidade do agente, que terá, in caso, aumentado.

Perante este circunstancialismo e reportando-nos ao papel do julgador, este estará aqui perante um impasse, o agente ou é imputável ou inimputável, não se tratando aqui de encontrar uma solução intermédia, ou seja, ou tem capacidade de culpa ou não tem.

Naturalmente que o conceito de anomalia psíquica poderá figurar muitas vezes vago entre o conhecimento técnico e científico dos especialistas em psiquiatria e psicologia e ainda mais face ao aplicador do direito quando se trate de aferir da culpa do agente

perante um facto ilícito típico com vista á aplicação de uma reacção criminal, uma vez que a anomalia que esteve na origem da prática do facto ilícito pode não ser objectivamente evidente, apesar do vasto elenco exemplificativo que os estados anómalos podem integrar, o que acaba por não cobrir todas as situações que possam surgir.

Ora, admitindo casos em que o agente sofre de anomalia psíquica grave não accidental, cujos efeitos não domine, aproximando-o da condição de inimputável, a verdade é que qualquer semelhança com esta condição se mostrará ténue, quando se decide se o agente pode ou não ser censurado por não dominar os efeitos da anomalia psíquica, pressupondo-se que este terá capacidade para avaliar a ilicitude do acto ou se determinar de acordo com ela.

Em todo o caso, do que se trata é de dissipar qualquer duvida que possa existir a respeito da inimputabilidade do agente, deixando para o julgador a decisão de declarar o agente inimputável, aplicando-lhe uma medida de segurança, cumpridos que se encontrem os pressupostos do artigo 91º do CP⁶⁷, ou antes, ser considerado imputável, aplicando-lhe uma pena ainda que especialmente atenuada nos termos do artigo 72º do mesmo diploma.

Como se depreende, este conceito existente entre um possível estado de inimputabilidade ou imputabilidade arrastará no seu todo sérias dúvidas, afigurando-se a decisão como uma tarefa complexa, suscitando até um conjunto de questões substantivas determinantes ao decorrer do processo para uma decisão final.

“Com o disposto do art. 20.º, n.º 2, do CP, o legislador português propôs-se oferecer ao juiz uma norma flexível que lhe permite, em casos graves e não accidentais - em casos, portanto, em que a prática do facto se revela já uma espécie de forma adquirida do existir psiquicamente anómalo -, considerar o agente imputável ou inimputável consoante a compreensão das conexões objectivas de sentido do facto como facto do agente se revele ou não ainda possível relativamente ao essencial do facto.

Trata-se de uma situação mais exigente mas que no entanto não está dependente do elemento normativo que cobre a inimputabilidade, resolvendo de forma satisfatória os problemas que emergem da gravidade da patologia evidenciada pelo agente, afectando-o e consequentemente diminuindo a sua capacidade de compreensão e também assim a sua culpa, mas em que essa capacidade sensivelmente diminuída torna o arguido especialmente

⁶⁷ A declaração de inimputabilidade permitirá que o arguido portador de anomalia psíquica grave e não accidental, possa ser internado em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança, 91º, nº1 CP, prosseguindo as finalidades dos fins das penas, a protecção dos bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

perigoso para a sociedade, o que resolve a questão da reacção aplicável e afasta a teoria do “poder de agir de outra maneira⁶⁸”.

Desta forma, compreende-se que o legislador tenha previsto expressamente no artigo 20º, nº2 do CP a incapacidade do agente para ser susceptível de uma pena, uma vez que este não possui a capacidade de entender o sentido e alcance da mesma, e só desta forma poderá ser cumprida a ressocialização do agente, num Direito Penal orientado para as consequências jurídicas do crime, seguindo a linha de raciocínio de Maria João Antunes, “esta protecção de bens jurídicos, a depender da influencia da pena na pessoa do delinquente, não se realizaria quando em causa estivessem delinquentes incorrigíveis, aqueles que já não são influenciáveis pela pena, pelo que as exigências preventivas impõem, neste caso, a equiparação destes delinquentes aos inimputáveis, para dessa forma lhes poder ser aplicada uma medida de segurança, mecanismo mais adequado às mencionadas exigências preventivas” (Antunes, 1993: 74-5), conciliando deste modo a pretensão de um sistema monista com as necessidades de defesa social, através do nº3 deste artigo 20º.

As dúvidas pertinentes suscitadas no aspecto teórico transportam-se á prática processual imanente, pois nestes casos, a decisão do juiz logrará do êxito pretendido através do recurso aos meios de prova, pela descoberta da verdade material e da realização da justiça, com respeito pelos direitos do arguido, através de uma concordância prática. Para tanto, a estrutura que serve o Processo Penal em Portugal assenta num modelo acusatório integrado por um principio da investigação, este implica que em tribunal, o juiz possa, por sua iniciativa, produzir os meios de prova necessários para a descoberta da verdade material e da realização da justiça, cfr. Artigo 348º, nº5 CPP, parafraseando Figueiredo Dias, “se pretende traduzir o poder-dever que ao tribunal pertence de esclarecer e instruir autonomamente – i.e., independentemente das contribuições da acusação e da defesa – o “facto” sujeito a julgamento, criando ele próprio as bases necessárias á sua decisão”, (Dias, 1974: 71 e 72) e desta forma ficam protegidos os direitos de defesa do

⁶⁸ Esta teoria comportaria uma solução clara que nas palavras de Figueiredo Dias se esgota numa simples fórmula: “á diminuição daquela capacidade haveria de corresponder necessariamente uma diminuição da culpa e por conseguinte uma atenuação obrigatória da pena”, o que causaria graves problemas de justiça penal.

Jorge Figueiredo Dias, Direito Penal, Tomo I, 2ª Edição.

As diminuições da compreensão e inibições do arguido que não comportem relação com qualquer patologia psiquiátrica, convocam outros institutos de Direito Penal que não a imputabilidade diminuída, em sede de culpa e de determinação da sanção, como o excesso de defesa estênico ou a atenuação especial da pena por diminuição da culpa do agente, artigo 72º do CP, mas que não se reconduzem às possíveis situações que o artigo 20º, nº2 pretende ver reguladas.

arguido pela indisponibilidade do objecto do processo (já previamente fixado pelo M.P.). Assim, quanto á prova dos factos essenciais no processo, será chamada á colação a prova pericial com o objectivo de apurar uma de duas hipóteses:

1. Se no momento da pratica do ilícito típico, o arguido sofria de patologia do foro mental, suscetível de ser considerado, nas ciências medico psiquiátricas, como uma anomalia psíquica que influencia as capacidades cognitivo intelectuais e volitivas do arguido, que não lhe permitam avaliar da ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com um juízo de ilicitude, no momento da pratica, concluindo-se aqui pela inimputabilidade aposta no artigo 20º, nº1 do CP; ou,
2. Se o arguido sofria de uma patologia do foro mental, atribuída á qualidade de anomalia psíquica grave, não accidental, cujos efeitos não domina e qual a influencia desta patologia nas capacidades cognitivas e volitivas do agente, sensivelmente diminuídas, reconduzindo-se á figura da imputabilidade diminuída.

O perito irá avaliar o estado biopsicológico do agente, no período temporal em que tenha decorrido a pratica do facto ilícito fazendo uma ponte entre este estado anómalo e a eventual incapacidade do agente para avaliar da ilicitude dos factos, sempre com um juízo de prognose póstuma relativamente á pratica de futuros actos ilícitos da mesma natureza, recorrendo ao seu historial clinico. Cabe ao Juiz, mediante as evidências apresentadas, fazer o enquadramento penal do resultado obtido.

O parecer do perito torna-se indispensável, até porque o legislador penal não se imiscuiu de legislar nesse sentido, atendendo á letra do artigo 151º do CPP e ss, sem suscitar grandes questões quanto á livre apreciação da prova, uma vez que é imprescindível á descoberta da verdade material e só assim se obtém prova de determinados factos⁶⁹.

Depois de comprovada a incapacidade do agente, o juiz poderá responder com a aplicação de uma medida de segurança, se for considerado inimputável perigoso; a aplicação de uma pena a cumprir num estabelecimento destinado a inimputáveis (artigo 104º do CP); a aplicação de uma pena relativamente indeterminada, se for declarado imputável e a “anomalia psíquica” de que padece “coincida com uma tendência para o crime” (artigo 83º e ss do CP); ou, a aplicação de uma pena atenuada, se for declarado imputável e não perigoso.

⁶⁹A questão da inimputabilidade pode ser suscitada em qualquer fase do processo, atendendo ao espirito e letra do artigo 351º CPP.

É importante salvaguardar nestes casos, a possibilidade da coexistência de duas peritagens com o mesmo objecto mas de conclusões diferenciadas. Diz o nosso Código de Processo Penal, no artigo 158º, que o julgador deverá fundamentar a sua convicção, na que se mostra mais sólida. No entanto, apesar da formula adoptada pelo código, não deixa de ser uma resolução difícil, uma vez que estamos perante perícias contraditórias mas realizadas na mesma área do saber e por peritos de igual formação. Ao contrario do que poderia parecer uma resposta lógica, a solução não passa, em nossa humilde opinião, pela realização de uma terceira perícia no sentido do desempate, pelo que essa situação só viria acrescentar apenas mais uma soma de opiniões e portanto deve concluir-se por uma análise de ambas as perícias estabelecendo uma relação logico racional de base científica entre o que fundamenta e conclui cada um dos relatórios em causa.

Cabe ao Perito a pronuncia por uma reunião de circunstancialismos face ao facto em questão. O Perito deverá pronunciar-se sobre a existência ou não de doença mental e as possibilidades de este poder comportar-se desta ou de outra maneira por virtude da doença existente e face a uma futura perigosidade. Este deve graduar as várias possibilidades de comportamento constantes do art. 20º, nº2 do CP, apelando aos casos de imputabilidade diminuída, nesta o agente não pode ser censurado por anomalia psíquica por não dominar os seus efeitos. Há por parte do agente, uma tendência para o crime, excluindo-se o recurso á culpa pela formação da personalidade.

Pois por isso, a questão da responsabilidade diminuída implica para além do diagnóstico nosológico, uma outra espécie de diagnóstico, obtido através da rotina e da intuição, devendo merecer a nossa melhor atenção o processo de diagnosticar, pois será esta a realidade que determinará o que vai acontecer ao agente. Somos deste modo reconduzidos a um conceito de interface entre o jurídico e o clinico, autonomizando-os. No entanto, o conceito de autonomia traz-nos certa ambiguidade, pois o individuo nunca age autonomamente, ou pelo menos desprendido de uma certa autoridade que o legitima enquanto tal inserido num determinado contexto social.

Desta forma, no intuito de aproximação do ponto de vista jurídico ao clinico, aquele terá de conceptualizar a responsabilidade penal em termos de autoridade e este terá de explicitar para além do diagnóstico nosológico o diagnóstico relativo aos graus de liberdade dos possíveis comportamentos. Estes estados internos serão os decisivos para a tomada de posição sobre a eventual responsabilidade bem como a sua diminuição e não o diagnostico clinico só por si, uma vez que a tarefa do juiz não é deduzir a responsabilidade através dos dados clínicos mas sim estabelecer uma relação entre esses dados, o agente e os

factos. Afigura-se uma tarefa de dificuldade extrema, lidamos com personalidades invulgares no limite da sua normalidade e da doença, pois trata-se de travar um conhecimento aprofundado com o caracter do agente. Não se tratam de dificuldades praticas mas do empírico, e por isso mesmo o nosso Código de processo penal dirige-se a um modelo restrito quando trata a especial figura da inimputabilidade, no seu artigo 163º, submetendo o juiz á especial cientificidade do juízo do perito, podendo apenas rejeitá-lo quando fundamente a sua opção numa crítica material da mesma natureza. Aquele terá sido recolhido segundo as regras do artigo 151º CPP, não se encontrando o tribunal vinculado a pareceres emitidos fora do âmbito da norma.

A solução encontrada pelo código de processo penal vertida na solução do código penal, consubstancia desta forma um modelo lato mitigado tornando o regime mais flexível, o que se compreende considerando que estamos perante casos em que as conexões objectivas de sentido que ligam o facto à pessoa do agente se revelam pouco claras, conferindo ao juiz uma certa abertura no momento da aplicação da consequência jurídica de acordo com os critérios da prevenção, ao que o juiz fará a ponderação ao nível da socialização do agente, se será preferível que este cumpra uma pena, ou antes, eventualmente, uma medida de segurança. É precisamente neste contexto que deverá recair a interpretação ao artigo 20º, nº3, que não trata de trazer até nós um novo conceito de inimputabilidade mas sim um conceito que perante as dificuldades dogmáticas da culpa da vontade e do poder de agir de outra maneira, faria coincidir a imputabilidade com a capacidade do agente para ser influenciado pelo cumprimento da pena. É de resto, este factor que deve ser tido em linha de conta na decisão de considerar o agente imputável e aplicar-lhe uma pena, ou antes inimputável e aplicar-lhe uma medida de segurança.

Capítulo VII - A reacção penal, consagração e constitucionalidade.

A par das linhas Europeias⁷⁰, a Constituição Portuguesa elevou á categoria de Direitos Fundamentais os princípios relativos á estrutura básica do Direito Penal, estabelecendo o artigo 18º/2 da mesma, como parâmetro e necessidade de cada reacção penal: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, obedecendo a um Principio de proporcionalidade, o qual se desdobra pela exigibilidade, adequação e necessidade de meios, num Estado de Direito Democrático (decorre do artigo 2º, 18º, nº2 e 30º, nº2 da CRP e ainda sustentado expressamente no artigo 40º, nº3 do CP).

Há uma ideia translúcida de um Direito penal de intervenção mínima, assente numa ideia de justiça, que lhe permite assegurar a efectividade dos Direitos e liberdades fundamentais.

É assim exigível a verificação de um Principio da Legalidade, não só quanto às penas mas também quanto às medidas de segurança, decorrente do artigo 29º, nº1 da nossa Constituição, efectivando-se nos artigos 1º e 2º do Código Penal.

Claramente, fica esclarecido que é comum á pena e á medida de segurança o fim de defesa social, seguem autonomamente a finalidade de prevenção geral de integração e em boa medida, Figueiredo Dias vem afirmar isso mesmo “a exigência da prática pelo agente de um facto-ilícito típico⁷¹ como pressuposto da aplicação de uma medida de segurança, todavia, suscita uma outra questão importante... o papel que a prevenção geral deve aqui jogar”; “se a aplicação da medida de segurança se liga não apenas á perigosidade, mas sempre ainda á prática de um ilícito típico, então isso só pode acontecer porque também ela participa da função da protecção de bens jurídicos e de consequente tutela das expectativas comunitárias”.

No entanto, o crime, para a aplicação das medidas de segurança, tem apenas valor sintomático e de prova, mas nunca é o seu fundamento pois estas contendem apenas com a perigosidade criminal e apenas enquanto esta durar.

Em boa razão, o que aqui fica sublinhado por Figueiredo Dias trata apenas de comprovar a necessidade social de aplicação da medida de segurança, sendo insuficiente

⁷⁰ A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia vincula os Estados – Membros através do seu artigo 49.º, n.º 3 que “As penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção.”, devendo esta referência ser constitucionalmente convocada para o ordenamento jurídico nacional, artigo 8.º, n.º 2 da CRP).

⁷¹ Princípio da Tipicidade, condição e pressuposto da aplicação das medidas de segurança.

para a justificação da restrição da esfera individual do agente. Já apuramos que o fim imanente á segregação social do agente imputável é a sua recuperação especial (prevenção especial) que não poderá funcionar da mesma forma para os delinquentes inimputáveis. O fim atinente á restrição da liberdade destes é a sua cura no sentido de recuperar a dignidade e liberdade interior do homem o que poderá á partida justificar, ainda que não autonomamente, um caracter de prevenção especial com a proibição de medidas de caracter perpetuo e de duração ilimitada e indefinida e só quanto a medidas com caracter terapêutico poderão estas ser prorrogadas sucessivamente enquanto a anomalia perdurar (30º, nº2 da CRP).

7.1) Porquê um sistema tendencialmente monista?

O conceito moderno de sanção penal, configurou além das penas, as medidas de segurança, como uma verdadeira reacção penal. Ambas emergem da prática de uma facto ilícito e típico, mas distinguem-se na medida em que a pena se aplica á culpabilidade do delincente, enquanto a medida de segurança é uma consequência directa da perigosidade que o agente poderá representar comunitariamente a par da sua dignidade e recuperação enquanto Homem. No entanto, as diferenças não se esgotam na culpa e perigosidade que subjaz a cada uma delas, a pena reporta-se ao passado e ao futuro, o que não acontece com a medida de segurança, por ser aplicável a um agente que actua sem culpa, diferentemente da pena, não tem como causa originária o crime praticado e por isso se reporta ao futuro. Nestas o crime aparece apenas como valor sintomático e de prova, não fundamentando a sua aplicação.

Como temos vindo a analisar, as penas podem ser aplicadas tanto a imputáveis perigosos como a inimputáveis e sendo a pena uma reacção á culpabilidade do delincente, será correspondentemente a medida da culpa que lhe couber, artigo 71º do nosso CP.

A dúvida transborda quando estamos perante um delincente cuja perigosidade ultrapassa os limites da culpa e nestes casos vem-se notando uma alternância entre sistemas dualista e monista, relativamente ao que vem positivado na legislação.

Adoptar um sistema dualista que aplica ao agente medidas diferenciadas, cada uma delas correspondente á culpa e á perigosidade ou então optar por um sistema que permita a realização das finalidades da pena e das medidas de segurança, simultaneamente, através da aplicação de uma só reacção penal.

O sistema monista contende com a estrutura de execução das reacções criminais, enquanto o sistema dualista faz uma separação entre os pressupostos da mesma, a culpabilidade para a pena e a perigosidade para as medidas de segurança, e neste campo continuamos a ser tendenciais, uma vez que o nosso sistema realmente se encontra dividido entre penas e medidas de segurança, contudo este sistema apresenta uma dificuldade acrescida, motivo pelo qual tem vindo a ser recusado pela doutrina, uma vez que é insuficiente para a determinação de qual a reacção criminal a cumprir primeiro, a pena ou a medida de segurança?!

Se for a pena, adia o tratamento necessário; Se for a medida de segurança, os efeitos benéficos do tratamento vão perder-se durante o cumprimento da pena de prisão.

O nosso Código, bem como a legislação anterior que remonta já á época da Reforma Prisional, é fruto de uma opção do legislador por um sistema tendencialmente monista, a solução é a que vem consagrada no artigo 99º, o vicariato na execução, permitindo a consagração de uma pena relativamente indeterminada adequada a casos limite, esta deverá assegurar a punição pelo delito e ao mesmo tempo realizar as finalidades de prevenção.⁷²

Assim se compreende o porquê de termos um sistema tendencialmente monista.

“O nosso sistema é decerto monista no sentido de não permitir a aplicação ao mesmo agente, pelo mesmo facto, de uma pena e de uma medida de segurança complementar privativa da liberdade. Ele é todavia dualista, não só no sentido de conhecer a existência de penas e de medidas de segurança, mas também no sentido de aplicar medidas de segurança não detentivas a imputáveis (artigos 100º ss.) como ainda no de aplicar cumulativamente no mesmo processo, ao mesmo agente, embora por factos diversos, penas e medidas de segurança.”⁷³

O código Penal tentou reduzir formalmente as medidas de segurança às medidas que são aplicáveis a inimputáveis, no entanto, substancialmente a pena relativamente indeterminada é a execução conjunta de uma pena e de uma medida de segurança e assim sendo, a prorrogação desta só se justifica em função da perigosidade criminal, devendo

⁷² Artigos 20º, nº3 e 83º a 90º.

⁷³ Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal – Parte geral, 2007, p.100 ss.

assim distinguir-se entre medidas de segurança restritivas da liberdade (artigo 91º ss do CP) quanto aos inimputáveis perigosos sujeitos a internamento e medidas de segurança não privativas da liberdade (arts. 100.º ss CP) e a pena indeterminada que pode ser substituída no decurso da sua execução por uma medida não privativa da liberdade, aplicáveis a delinquentes perigosos imputáveis.

Será a solução adoptada por nós a mais apta a dar resposta às finalidades plasmadas pelo artigo 40º, nomeadamente quando estamos perante delinquentes imputáveis perigosos que demonstram não ser influenciados pelas penas?

O nosso artigo 20º, como bem apreciamos, torna muitas vezes de difícil solução a resposta ao caso concreto, ainda mais quando se tratam de casos que deverão ser solucionados face ao nº3 do mesmo artigo, no entanto diremos que a solução encontrada com o monismo tendencial, é sem dúvida a que mais se coaduna com as exigências decorrentes do artigo 40º, senão vejamos.

Há entre nós, uma clara distinção entre penas e medidas de segurança, que em nada se confundem, e apesar de ser admissível entre nós o regime de internamento também para imputáveis perigosos, possibilitado pelos artigos 104 e 105º do nosso CPP, a verdade é que estes não esbarram com um principio monista na aplicação de sanções criminais, pois como bem devemos entender, na sua base de aplicação não se encontra a perigosidade do agente. No primeiro caso, o que está em causa é a inadaptação do agente ao regime prisional, e portanto, deverá cumprir a medida preventiva da liberdade em estabelecimento destinado a inimputáveis, no entanto será correspondente á duração da pena aplicada, aqui o internamento não tem qualquer consequência na duração da pena, logo que cessar a causa do mesmo, o delincente deverá ser colocado em estabelecimento comum para cumprir o restante da pena. Já no segundo caso, a pena não é adequada a satisfazer as finalidades visadas, uma vez que o delincente não poderá compreender o sentido da mesma e por isso o seu internamento terá a função de o fazer recuperar o normal entendimento.

Não se tratam aqui de excepções a um sistema de índole monista mas apenas de “medidas de diversão na execução da pena”, nas sábias palavras de Maria João Antunes.

Um outro preceito que obsta á classificação do sistema como monista, será o artigo 91º, nº2. O que está aqui em causa é a determinação de um prazo mínimo de 3 anos para a duração do internamento, aplicável a qualquer inimputável que tenha cometido crime contra as pessoas ou de perigo comum punível com pena de prisão superior a 5 anos.

Diz a doutrina dominante que a instituição de um limite mínimo se justificará por motivos de prevenção geral associada a uma presunção de perigosidade, “em matéria das reacções criminais, não existem diferenças “fundamentais” entre penas e medidas de segurança. Diferente é apenas a forma de relacionamento entre as finalidades de prevenção geral e especial: nas penas, a finalidade de prevenção assume o primeiro e indisputável lugar, enquanto finalidades de prevenção especial de qualquer espécie actuam só no interior da moldura construída dentro do limite da culpa, mas na base exclusiva daquelas finalidades de prevenção de integração; nas medidas de segurança, diferentemente, as finalidades de prevenção especial (de socialização e de segurança) assumem lugar absolutamente predominante, *não ficando todavia excluídas considerações de prevenção geral de integração sob uma forma que, a muitos títulos, se aproxima das (ou mesmo se identifica com as) “exigências mínimas de tutela do ordenamento jurídico”*.⁷⁴”

Em boa verdade, deverá ser este o entendimento quanto á fixação de um prazo mínimo de três anos, como conclui Maria João Antunes, “Pode dizer-se que á semelhança do que acontece em matérias como a escolha da pena (artigos 70º e 40º do Código penal), a da liberdade condicional (art. 61º, nº2 do Código Penal) e a da execução da pena de prisão (43º do Código Penal), também em relação á medida de segurança de internamento, a finalidade de prevenção especial encontra limites na tutela da confiança comunitária as normas.”⁷⁵

A doutrina é unanime quanto á letra deste artigo, defendendo que um prazo mínimo de 3 anos, apesar da segunda parte deste nº2 permitir uma flexibilização do mesmo, deveria desaparecer, por considerar que a prevenção geral positiva não releva autonomamente quanto às medidas de segurança, se a perigosidade cessar antes dos 3 anos, o individuo não poderá continuar internado com o objectivo de estabilizar as expectativas comunitárias, afastado que está o principio da culpa.

A redacção dos artigos 91º, nº2 e 93º, nº3, parece não permitir, para os inimputáveis aí referidos, a formulação de um juízo de não perigosidade, fora de internamento, impondo o respeito pelo limite de 3 anos. Efectivamente, a Lei exclui a invocação de qualquer causa justificativa de cessação do internamento, enquanto não decorrer o prazo mínimo de 3 anos de internamento, contrariamente ao que acontece com outros delinquentes inimputáveis. Esta conclusão basta-se no facto de a aplicação da medida de segurança conter uma declaração e fixação judicial de perigosidade pelo prazo

⁷⁴ In Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte geral, tomo I, 2ª edição, pagina 99.

⁷⁵ In, Alterações ao Sistema Sancionatório, as Medidas de Segurança, Cej, Lisboa 1998.

mínimo de 3 anos que impede o próprio juiz das Penas de conceder liberdade ao internado antes de aquele prazo expirar.

Em nosso humilde entender, durante esse período, a possibilidade de flexibilização da medida de segurança não parece lógica face ao quadro legal existente, aparentando, até, certa contradição com a decisão judicial que aplicou a medida de segurança e mesmo que se verifiquem casos excepcionais ao limite dos 3 anos, é necessário ter em linha de conta que os hospitais psiquiátricos existentes ainda não estão suficientemente sensibilizados para receber este tipo de doentes em regime de tratamento livre, pelo que deverá ser feito em hospitais do Ministério da Saúde, e estes não constituem verdadeiros hospitais psiquiátricos. Apesar destas considerações, não devemos olvidar que o conceito de perigosidade não é absoluto e imutável, podendo ser apreciado, antes da sua cessação, da cura, em vários graus evolutivos, numa consideração gradativa, em termos tais que, embora se manifeste um juízo global do estado de perigosidade, pode, apesar disso, ser formulado um juízo de que uma saída precária ou outra medida de flexibilidade não envolvem risco de subtracção à execução da medida ou de danosidade social pelo perigo da pratica de actos da mesma natureza, sendo ate que a própria autorização de saída precária possa constituir um elemento do plano de tratamento do internado.

O próprio Código Penal, admite diversos graus de estado de perigosidade: devendo o internamento findar apenas quando o tribunal verificar que cessou o estado de perigosidade (artigo 92º, nº1, com as ressalvas dos artigos 91º, nº2 e 93º, nº3), o diploma prevê, como pressuposto da concessão de liberdade a título de ensaio (94º, nº1), a mera presunção de que o internado já não oferece o perigo de prática de novos factos ilícitos, e como pressuposto de suspensão condicional de internamento (artigo 99º, nº1), a conclusão pelo tribunal, de que á suspensão se não opõe a necessidade de prevenção de perigosidade.

Dados os fins terapêuticos destas medidas de flexibilidade, tais medidas não constituem ainda nenhuma das formas de liberdade definitiva, e portanto não encontramos obstáculos á verificação de alguma delas, observados os devidos pressupostos legais, mesmo quando a medida de internamento pressupõe o limite mínimo de três anos (artigos 91º, nº2 e 93º, nº3)⁷⁶.

⁷⁶ Em favor, invocamos o DL nº 265/79, Reforma do sistema prisional (§único do artigo 68º), idêntico á formulação do actual 91º.

Cabe ainda, dentro do âmbito deste tema, analisar uma outra figura *sui generis* dentro do nosso sistema penal que não conhece aqui antecedentes⁷⁷, a pena relativamente indeterminada. Quanto de pena e quanto de medida de segurança?

Encontramos a pena relativamente indeterminada em duas secções do nosso código, plasmada no artigo 83º a 90º. Esta constitui um desvio á ordem natural de punição de um delinquente resultando de circunstâncias qualificativas que, revelam uma certa perigosidade, dirigindo-se a destinatários bem definidos, cuja personalidade tem por indício a prática de crimes dolosos reiterados de certa gravidade ou pelo abuso de bebidas alcoólicas ou estupefacientes.

A sua especial complexidade revela-se pela sua natureza de pena ou medida de segurança, na parte em que excede a pena que deveria ser concretamente aplicada em razão do crime cometido.

Nestes casos, considera-se que o delinquente não pode ser enquadrado no ambiente de uma prisão normal, no sentido de eliminar a sua especial tendência, reeducando-o e portanto a medida de segurança deverá ser executada antes da pena de prisão a que o agente tiver sido condenado e há-de a primeira ser descontada na segunda. Desde já concluimos pelo cunho exclusivamente preventivo desta figura que não se alcançaria no âmbito de uma sistema dualista por não permitir um tratamento adequado ao fim a que se destina.

Maria João Antunes na linha de Beleza dos Santos, aponta dificuldades á execução desta figura num sistema dualista, escrevendo sobre a possibilidade da “ineficácia quando a medida de segurança é executada antes da pena, pois corre-se o risco de a execução sucessiva da pena prejudicar a ressocialização alcançada; inoportunidade quando se executa a pena em primeiro lugar, uma vez que a execução diferida da medida de segurança pode frustrar irremediavelmente, o objectivo desta reacção criminal, comprometendo-se ou agravando a recuperação do delinquente”⁷⁸.

Após a reforma de 1995, que veio estabelecer os pressupostos para a aplicação desta pena, a doutrina vem esclarecer que “ a circunstancia de tal instituto ser aplicado apenas quando ainda persista, no momento da condenação, a perigosidade do agente e a possibilidade de este vir a cumprir uma sanção superior á que foi fixada em função da

⁷⁷ Figura inspirada no §67º I do StGB Alemão.

⁷⁸ Maria João Antunes, Alterações ao sistema sancionatório, As medidas de Segurança, Lisboa 1998, CEJ, pág. 132.

culpa, revelam que, esta parte, a sanção constitui uma autentica medida de segurança, o que faz da pena relativamente indeterminada uma sanção de natureza mista.”⁷⁹

Atentas as finalidades do artigo 40º, para fixar a pena relativamente indeterminada o juiz começa por fixar a pena concreta a atribuir e é a partir dela que dentro dos limites estabelecidos, nos termos dos artigos 83º, 84º ou 85º, define os limites máximos e mínimos do quantum de pena a cumprir, entrando aqui considerações sobre a culpa e no momento da sentença é medida a perigosidade, independentemente do momento da prática do facto. A moldura penal aqui encontrada não poderá exceder obrigatoriamente a culpa, ainda que depois de cumprida a medida de segurança e descontada no tempo de prisão todo o tempo já cumprido de internamento, já nada sobra a cumprir a título de prisão efectiva ou de liberdade condicional, por se ter alcançado o limite máximo da mesma. Renegando desta forma a possibilidade de uma teoria da “culpa pela formação da personalidade”⁸⁰, construída por Eduardo Correia, pois diferentemente do que este autor pensava, por se tratar de um misto de pena e de medida de segurança, afasta em definitivo considerações exclusivamente relativas á culpa como se de uma pena de culpa se tratasse.

Hoje aceitamos uma teoria que se constrói na base da responsabilidade referida á prática de um determinado facto ilícito típico, na qual o agente responderá pela sua personalidade de acordo com o seu característico modo de ser como um todo unitário e não pela construção da mesma ao longo da vida, na linha de Figueiredo Dias.

⁷⁹ In Figueiredo Dias, Direito Penal Português, as consequências jurídicas do crime, 1993, §794.

⁸⁰ Este terá sido abandonada nos dias de hoje.

A questão que se põe e segundo o Autor do Projecto, é a de saber se a medida da pena “poderá ir além da moldura penal do facto – pensada para abranger as oscilações médias da personalidade do delincente – quando o modo de ser, revelado no crime, que o agente não dominou, como podia, permite diagnosticar uma especial perigosidade. Especial perigosidade que assim – independentemente de qualquer pensamento preventivo – justifica, já por si, uma particular censura, pela omissão do dever de a corrigir e, portanto, uma punição mais intensa. Com isto, naturalmente, passa a culpa pela não preparação – como se podia e devia – da personalidade, a fundamentar, autonomamente a medida da pena. E então, num certo sentido, poder-se-á falar num direito penal referido ao agente que não só ao facto.”, Jorge de Figueiredo Dias, Liberdade Culpa Direito Penal, 1995, 3ª Edição.

É de rejeitar esta teoria, uma vez que não poderá funcionar como fundamento da culpa do facto praticado pois não resolve os problemas da culpa da vontade. Portanto da personalidade do agente não se retira a culpa, uma vez que se move na mesma linha da culpa do facto e portanto daqui só se poderá inferir a possibilidade de enquadrar na moldura o caracter do agente, não tendo força suficiente para servir como fundamento a um caracter culposo que revele a responsabilidade do agente na condução da sua vida com culpa.

Esta que apesar de tudo, continua a merecer crédito nos nossos tribunais aos dias de hoje, cfr. Ac. STJ DE 18.02.99, ano de 1999 (...considerando o toxicodependente, que pelo facto de o ser, revela uma certa culpa na personalidade, o que deverá ser um factor agravante da pena e nunca como atenuante da conduta evidenciada pelo individuo.)

As regras dos institutos analisados dão portanto primazia á prevenção especial, que se torna clara nas palavras do próprio Eduardo Correia: “ter-se-á diluído a ideia de retribuição mas ter-se-á ganho um homem”⁸¹.

7.2) **Constitucionalidade e futuro das medidas de segurança de internamento.**

A evolução das medidas de segurança no nosso ordenamento jurídico fica marcada pelo objectivo de submeter a imposição destas reações criminais, ao regime de garantias politico-criminais, formais e materiais que estava já subjacente às penas e portanto houve um sucessivo apelo no trato das mesmas no que respeita aos princípios e garantias do Estado de Direito e expressões como “tendência moderna para de alguma forma se eticizarem as medidas de segurança”, num “esforço para revestir a estrutura e a aplicação das medidas de segurança de garantias conformes á ideia de Estado de Direito”. “ A consciencialização jurídica politica, ligada ao aprofundamento do Estado de Direito, vê na sujeição das medidas de segurança, e respectivos pressupostos, aos princípios da legalidade e da (...) jurisdicionalidade, uma necessidade de garantia dos Direitos Fundamentais, necessidade esta que é conatural á ideia e ao Princípio de Estado-de-Direito”; “um Direito de medidas de segurança só pode ter uma importância secundária no sistema sancionatório e, em todo o caso, igual ao Direito penal da Culpa, devendo estar controlado e limitado por princípios que salvaguardem os Direitos individuais na mesma medida em que o fazem os princípios penais tradicionais; “a medida de segurança é estranha – a menos que passe por uma profunda revisão legislativa – a uma tradição jurídica de liberdade e legalidade.”⁸²

Consideramos que para as medidas de segurança, deverão, num futuro próximo, ser repensadas as regras e os princípios sobre os quais estas recaem como uma nova construção dogmática em torno da perigosidade criminal.

Como autenticas reacções criminais que são e depois de alcançado esse merecido lugar com sucesso, não poderão continuar na sombra das penas, que apesar de em muito se assemelharem a estas, diferem nos pressupostos essenciais que ditam a sua aplicação. Sem

⁸¹ Direito Criminal I, pp. 66.

⁸² Cfr. Respectivamente, Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal, parte geral, II, separata do boletim do Ministério da Justiça, Lisboa 1996, pág. 265, Figueiredo Dias “ O sistema sancionatório do direito penal português no contexto dos modelos da política criminal”, Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia, I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984, pág. 787, Taipa de Carvalho, Sucessão de Leis Penais, Coimbra Editora, 1997, p. 209 e ss; Munoz Conde, “Monismo y Dualismo en el Derecho Penal Espanhol”, Estudios penales y criminológicos, 1983, pág. 235 e ss; Bettiol, “I problema di fondo della misura di sicurezza, Padova, 1962, pág. 17.

dúvida, que este exigente trabalho de exegese dogmática deverá criar-se unicamente em torno da perigosidade do agente, tal como logramos de uma extensa dogmática jurídico-penal com referência à culpa, parece nos que ao nível das medidas de segurança, ainda haverá muito por desenvolver merecendo francas melhorias.

Desde logo, ao nível das finalidades das penas, recuando ao artigo 40º do nosso CP, deverá aumentar um esforço no sentido de evidenciar e atribuir uma certa exclusividade à finalidade preventivo-especial de tratamento, pois como bem sabemos, parte da doutrina, nomeadamente Figueiredo Dias e apoiando-se no artigo 91º, nº2 do CP, considera ainda que deverá aqui valer uma intenção, de forma autónoma, no âmbito das medidas de segurança.

Ora, como tal, não é este o nosso entendimento, chegado a final à conclusão de que estamos perante um agente com o qual a sociedade não se identifica e que apesar do aumento da criminalidade em torno de doenças que revelam uma anomalia psíquica, a verdade é que devemos encarar estes agentes não como verdadeiros criminosos ou seres perigosos, mas como um Ser desprovido da sua razoável consciência, por entendermos que os sofredores desta patologia perderam como tal a sua personalidade, ficando sem a possibilidade de se autodeterminarem consciente e eticamente de acordo com o dever-se jurídico. Para tal, consideramos que esta questão deverá ser encarada como um verdadeiro problema a resolver pelo Direito Penal, no sentido de criar normas mais claras no que respeita a estes agentes com a exigibilidade de um programa com uma estrutura de tratamento sustentável que realize adequadamente a finalidade da prevenção especial, pois a verdade é que como bem sabemos, estes agentes sofredores de uma patologia do foro mental, dificilmente se verão livre dela, no entanto, esta consideração não deve imiscuir o legislador a assegurar um tratamento mais condigno em cooperação com as ciências da psiquiatria, possibilitando ao doente uma vida dentro dos parâmetros da normalidade que lhe possam ser assegurados, além do internamento.

Também quanto ao princípio da proporcionalidade este deverá agora ser pensado com relação às medidas de segurança em exclusivo, por se assemelhar na sua originalidade, dentro de um critério de transposição, à aplicação da pena em virtude de um princípio da culpa. Em sentido contrario ao formulado pelo artigo nº40, nº3, é do nosso entendimento que a proporção da medida de segurança não deve ser aplicada face à gravidade do facto praticado, por não residir aí a sua essência. Uma vez que a perigosidade não se reporta ao passado, tal como acontece com as penas, a medida de segurança não deve ser aplicada como se de uma pena se tratasse, referida à moldura penal

abstractamente aplicável, pois não é este o fundamento da mesma, não podendo fundar o juízo de proporcionalidade da mesma. Deste modo, em nossa humilde opinião, idealizamos que o juízo de proporcionalidade deve ser feito em função da perigosidade que emergiu da prática do facto bem como á futura probabilidade temporal de esta permanecer. No mesmo sentido, convergimos com Maria João Antunes, “Concordamos antes com a formulação que podemos encontrar no artigo 133º do Projecto do Código Espanhol de 1980 – As medidas de segurança devem ser proporcionadas á perigosidade revelada pelo facto cometido e á gravidade do que seja provável o agente poder cometer”⁸³, apesar de não ser hoje esta a formulação do Código Espanhol vigente.

Também quanto aos limites de duração das medidas de segurança, mostramos já alguma discordância quanto á existência de um limite minino, por se tornar incompreensível apesar de justificável por se entender que deverão aqui entrar ponderações de prevenção geral positiva, como vem defendendo Figueiredo Dias, fundamentando a sua posição na exigência de que a aplicação da medida de segurança também depende da pratica de um facto ilícito típico e grave, e também por uma presunção de perigosidade, que veio sendo defendida até á revisão de 1995, por Maria João Antunes. A autora considera que após a revisão, o limite mínimo vertido nesta norma de caracter excepcional do artigo 91º/2, se justifica pelo facto de este dever ser igualmente aplicado aos agentes que figuram no artigo 20º, nº2, em virtude da imputabilidade diminuída. No entanto, esta nova redacção não deixou de ir ao encontro do que vinha sendo defendido por Figueiredo Dias, plasmando no artigo 40º, nº1. Ficam assim colocadas de lado quaisquer finalidades de prevenção especial.

Quanto ao limite máximo, consideramos mais uma vez aqui, exigível a ajuda da evolução da psiquiatria, pois como sabemos, as ciências médicas encontram-se em constante desenvolvimento, sendo elas exactas. E se antes consideravam que os “loucos” entravam em hospícios, sendo internados para la ficarem o resto das suas vidas, com caracter perpetuo, convergindo a medida de segurança num iminente caracter perpetuo, contra os modelos constitucionais exigíveis, a verdade é que hoje as estratégias de recuperação do delinquente para a vida em sociedade passam já por métodos psicofarmacológicos, permitindo desta forma uma diminuição do tempo de internamento, sendo a tarefa principal, a recuperação do individuo e não a sua ressocialização, até porque

⁸³ O passado, o presente e o futuro do internamento, pag. 357, In Revista Portuguesa de Ciência criminal, Ano 13, nº3, Julho-Setembro 2003.

voltando á vida comunitária, certamente irá deparar-se com os mais diversos obstáculos ao seu livre desenvolvimento, para o qual deverá estar preparado.

A verdade, é que denotamos que a propósito dos limites máximos estabelecidos para o internamento de doentes sofredores de patologias psíquicas, o direito parece não acompanhar a medicina, se olharmos ao disposto pelo artigo, 92, nº2, que mais uma vez se associa á pena para determinar o quantum da medida de segurança, sugerindo privações injustificadas e excessivas da liberdade, podendo originar inconstitucionalidade em virtude de medidas perpetuas.

O agente inimputável, como devemos concluir não sofre uma condenação com a aplicação da medida de segurança e por esse motivo, figurando a hipótese de o agente não se curar, a sanção poderá prolongar-se ad eternum e poderá esbarrar com a proibição de sanções penais de caracter perpétuo. Num primeiro momento, será mais simples dizer apenas que a medida de segurança não é uma pena, numa interpretação strictu sensu e portanto, facilmente se deduziria daqui que o seu prazo indeterminado não fere de qualquer vício de inconstitucionalidade.

A verdade é que não podemos olvidar que as medidas criminais são verdadeiras sanções criminais e por isso trazem consigo, apesar do que as caracteriza, um caracter penoso, podendo suscitar a inconstitucionalidade pela indeterminação do prazo.

A Lei fundamental, claro está, não se mostra omissa quanto a esta questão e portanto regulou a questão da seguinte forma no seu artigo 30º, nº2:

“ Em caso de perigosidade, baseada em grave anomalia psíquica, e na impossibilidade de terapêutica em meio aberto, poderão as medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade ser prorrogadas sucessivamente enquanto tal estado se mantiver, mas sempre mediante decisão judicial”.

A doutrina tem mantido silencio quanto á norma aqui vertida, no entanto, não deixaremos de a analisar, por se mostrar pertinente.

É inquestionável que o artigo fixa a proibição tanto para penas como para medidas de segurança, por ser inegável que as duas se tratam de verdadeiras reacções criminais, no entanto vai permitindo uma excepção de forma aberta no que respeita às medidas de segurança, como limitação á imposição de medidas limitadas e definidas. O que tem vindo a entender a doutrina e talvez por essa circunstância, não levante grande questões sobre o assunto, é que esta abertura da norma constitucional se justifica pelo próprio fundamento que legitima a aplicação destas medidas, ou seja, o juízo de perigosidade (artigo 91º e ss do CP). Se o contrário acontecesse, não estariam cumpridas as finalidades de prevenção

especial, ou seja, impondo-se um limite máximo não se assegurava a cura do agente bem como a extinção da perigosidade que poderia presidir ainda ao momento da libertação ditado pela norma se assim existisse.

Enquanto o estado de perigosidade persistir, deverão as medidas ser prorrogadas mas sempre mediante título judicial, o juiz terá o discernimento de assegurar a defesa das garantias político-criminais de acordo com os princípios constitucionais, como autoridade judicial que é. Neste sentido, acompanhamos as sábias palavras de M.A. Lopes Rocha, “A execução da Medida de Segurança de internamento, constante dos artigos 500º e ss, revela aperfeiçoamentos em confronto com as correspondentes disposições do Decreto-Lei nº402/82 (artigos 41º e seguintes). A exigência expressa do mandato do tribunal para o início e a cessação do internamento traduz a ideia do reforço das garantias do internado, não bastando a simples comunicação do tribunal a que aludia o artigo 43º daquele decreto-lei, deste modo se acentuando que também na execução da medida de segurança vigora em pleno o Princípio da Legalidade. “Desaparecem as especificações do artigo 42º do Decreto-Lei 402/82 quanto ao tipo de estabelecimentos em que a medida deve ser executada, naturalmente por se ter considerado que a matéria releva do Direito Penitenciário e estaria deslocada no Código de processo penal.

O artigo 502º é novo e regula a intervenção do tribunal de execução das penas na execução da medida ... Ainda na senda do reforço das garantias do internado, a nova disposição do artigo 503º cuida dos preliminares da revisão obrigatória da situação daquele, impondo a perícia psiquiátrica e dispondo que a revisão tem lugar com audição do defensor e do próprio internado, só podendo ser dispensada a presença deste se o seu estado de saúde a tornar inútil ou inviável. As mesmas garantias são acauteladas no artigo 504º, para o caso da libertação a título de ensaio ou de experiência e, em geral, para a suspensão, revogação e reexame de medidas de segurança, no artigo 509º.

O papel do instituto de reinserção social em matéria de assistência e vigilância é reafirmado no artigo 505º.”⁸⁴

No mesmo sentido, Maia Gonçalves esclarece “A posição assumida maioritariamente pela CRP, como consta expressamente do nº3, consagrando a possibilidade de o internamento de inimputáveis portadores de elevado grau de perigosidade ser prorrogado por períodos sucessivos de 2 anos ate que cesse esse estado, em nosso entendimento, não sofre de inconstitucionalidade. Além do que já foi

⁸⁴ M. A. LOPES ROCHA, "O Novo Código de Processo Penal", em "Jornadas de Direito Processual Penal" no âmbito do C.E.J., pág. 489 e 490.

considerado supra, há que referir que o artigo 30º, nº2 da CRP consagra precisamente essa possibilidade, que pode até equivaler a uma medida de segurança perpétua, desde que se ressalvem, como a lei ordinária ressalva, as exigências constitucionais da pré existência do estado de perigosidade; da sujeição de prorrogação ao princípio da necessidade e ainda da reserva de decisão judicial para a prorrogação.⁸⁵ Desta consideração retiramos que o autor se refere igualmente aos artigos já em cima citados 500º e 509º que estabelecem a tramitação necessária dentro do processo penal, para a execução da medida de segurança de internamento de inimputáveis, estabelecida nos artigos 91º a 95º do Código Penal.

Portanto, existe realmente uma presunção de duração definida e limitada associada às reacções criminais, que só conhecerá excepções nos casos previstos no artigo 92º, nº3 do CP, especialmente graves, mantendo intocado o núcleo da proibição.

Apesar de tudo e de acordo com as considerações que temos vindo a tomar, deve ser de concordar que esta não é de todo uma redacção feliz para um assunto de extrema complexidade como o que está em questão. Negligencia desde logo as terapêuticas em meio aberto, que continuam ainda a ser medidas de segurança em execução e fá-lo de igual forma quanto á suspensão de execução do tratamento, no regime de liberdade para prova, estando ainda submetido a princípios de garantia.

No entanto, é ponto assente que a possibilidade de prorrogação das medidas de segurança não é extensível a casos que assentem em qualquer outro fundamento que não tenha por base a anomalia psíquica.

É fundamental ter sempre presente a ideia de que as pessoas com perturbações mentais devem ser protegidas contra factos com os quais as outras pessoas possam lidar.

Apesar de a nossa Legislação não acompanhar a evolução da psiquiatria ao mesmo ritmo que esta se desenvolve, e apesar de reconhecermos que existe esta consciência e necessidade efectivas, deveremos contudo, concluir que o quadro legal que nos é dado, apesar de se estruturar em linhas gerais simples, é no entanto muito rico em matizes e de trato fino quanto ao significado de perigosidade criminal e apresentando uma certa flexibilidade quanto ao tratamento e execução das medidas de segurança face às legislações penais estrangeiras, v.g. o caso espanhol. A originalidade do nosso código de 1982 e atentas as sucessivas alterações que sofreu ao nível das penas e medidas de segurança e conseqüentemente quanto as suas finalidades, em certas matérias é hoje um

⁸⁵ M. Maia Gonçalves, Código Penal Português, Anotado e Comentado, 12ª Edição, 1998, pág. 342.

exemplo a seguir nos ordenamentos jurídicos internacionais por se mostrar tão bem conseguido e até considerado por alguns como um exemplo a imitar.

Conclusão.

Depois de toda uma profunda abordagem pelas linhas em que se move o tema da inimputabilidade em virtude de anomalia psíquica transversal a todo o regime da medida de segurança de internamento, cumpre por fim, tomar uma posição sobre o tema em apreço.

Não devemos deixar por isso, de parafrasear o emérito Claus Roxin, ainda que numa longa afirmação, mas de um elevado interesse revelador: “Começo com o reconhecimento, hoje pacífico, de que o poder de agir de outro modo na altura do facto se subtrai a uma demonstração empírica perante o tribunal. A minha tese é a seguinte: esta liberdade de agir, não necessita de prova alguma, porque o papel que ela desempenha no Direito Penal não é o de um facto real, mas sim o de um dado normativo. A nossa Constituição ao assentar nos Princípios da Dignidade Humana e da realização da livre personalidade não toma – nem poderia tomar – posição na disputa entre o determinismo e o indeterminismo; dirige isso sim, ao poder legislativo, ao poder executivo e ao poder judicial esta injunção: tratai o cidadão como um Homem livre e responsável. Admitir-se a liberdade de decisão do homem livre, não é, portanto, uma afirmação reportada ao mundo do ser, mas sim um princípio de regulamentação jurídica. Tenho muitas vezes, dificuldade em encontrar a devida compreensão para esta afirmação, que torna supérflua, para o Direito Penal, a discussão acerca do livre arbítrio: e, no entanto, o que se passa com a liberdade do Homem não é diferente do que acontece, por exemplo com a igualdade: quando a ordem jurídica assenta na igualdade de todos os homens não está a fazer a afirmação absurda de que os homens são realmente todos iguais, mas sim a ordenar que todos os homens recebam, perante a lei, um tratamento igual.

Ninguém contesta isso, ao passo que a irrelevância do problema do livre arbítrio tem grande dificuldade em ser compreendida, por se tratar de uma questão realmente importante no plano da teoria do conhecimento, da teologia e das ciências naturais. Mas a perspectiva do Direito Penal é outra. A posição a assumir, num plano jurídico, sobre o direito penal da culpa, não depende, pois, de a liberdade e a responsabilidade do Homem serem susceptíveis de demonstração filosófica ou psicológica, mas sim, exclusivamente, de

saber se é adequado, dum ponto de vista teleológico, que o homem seja tratado como livre e responsável⁸⁶.”

Neste sentido, entendemos que a vontade do povo, só se respeitará a partir do momento em que tenha como prius a dignidade da pessoa humana, ao que o legislador se encontrará vinculado a esta ainda que tenha na sua disponibilidade a escolha dos meios aptos a garantir essa dignidade⁸⁷ que não se esgota em comportamentos ilícitos tipificados no nosso ordenamento jurídico⁸⁸.

O respeito pela dignidade do homem só se alcançará na medida em que reconhecemos a sua liberdade existencial, enquanto pessoa concreta que pré-estabelece o seu modo de Ser, definindo a sua própria essência e adquirindo por isso uma liberdade de decisão que determinará o sentido e fundamento das suas acções e é neste sentido que podemos afirmar que temos uma ordem jurídica aberta, um cosmos que terá que acompanhar sempre, o caos susceptível a novas problemáticas, numa tarefa diária.

No entanto, as motivações que poderão levar o Homem a determinar a sua personalidade de acordo com a estrutura individual que ele terá criado em si, têm consequências determinadas pelo seu comportamento como Ser face ao dever-ser que agora se impõe, atribuindo-lhe responsabilidade pela sua liberdade ou seja, imputando-lhe o seu comportamento enquanto Ser livre, só assim faz sentido falar em culpa jurídico-penal referida ao Homem, como um dever-ser que é, abandonando-se desta forma uma tese indeterminista referida ao livre-arbítrio. Este entendimento do Homem no sentido de podermos afirmar uma culpa material⁸⁹, faz cair por terra uma concepção de culpa pela vontade, de um “poder de agir de outra maneira” subtraído por um “dever” de agir de outra

⁸⁶ In Problemas Fundamentais do Direito Penal, algumas reflexões sobre o Direito Penal na Sociedade de Risco, inserto neste livro de homenagem a Claus Roxin, que contem as intervenções proferidas no colóquio com o mesmo nome, realizado pela ocasião da concessão do Grau de Doutor Honoris Causa ao penalista alemão, pela Universidade Lusíada de Lisboa em 2002 e o papel do Direito Penal na Protecção das Gerações futuras, publicado no volume comemorativo do BFDUC em 2003.

⁸⁷ Artigo 1º da DUDH: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de Razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de confraternidade”. Já aqui se encontrar esclarecido o denominador que faz de todos os homens iguais: a razão e a consciência... que tanto têm vindo a ser faladas por nós.

⁸⁸ Nenhuma pena envolve como consequência a perda de direitos (artigo 30º, nº4 da CRP) e os condenados a quem sejam aplicadas penas ou medidas de segurança privativas da liberdade mantêm a titularidade dos direitos fundamentais, salvo as limitações próprias da execução das mesmas, artigo 30º, nº5 da CRP.

⁸⁹ Aprendemos com Figueiredo dias a definição de Culpa Material, “...Acepção material da culpa jurídica (jurídico-penal) como violação pelo homem do dever de conformar a sua existência por forma tal que, na sua actuação na vida, não lese ou ponha em perigo bens juridicamente (jurídico – penalmente) protegidos.” Jorge de Figueiredo Dias, in o Problema da Consciência da ilicitude em Direito Penal, pp.199.

maneira, denotando desta forma a importância das concepções da culpa pela personalidade, originariamente com Mezger autor da “culpa na condução da vida” e terminando em Eduardo Correia com a “Culpa na formação da personalidade⁹⁰”.

Hoje aceitamos uma teoria que se constrói na base da responsabilidade referida á prática de um determinado facto ilícito típico, na qual o agente responderá pela sua personalidade de acordo com o seu característico modo de ser como um todo unitário e não pela construção da mesma ao longo da vida, na linha de Figueiredo Dias. Este autor, que em proposta feita na comissão de revisão do CP de 1989- 199, terá inspirado a disposição do artigo 40º do CP quanto á concepção dos fins das penas e das medidas de segurança, atribuindo-lhes natureza de caracter exclusivamente preventivo⁹¹. É unânime que a pena serve finalidades de prevenção geral positiva, fornecendo a moldura da pena dentro dos limites da prevenção especial e da culpa, por seu turno, a medida de segurança encontra o seu limite dentro de considerações de prevenção especial de socialização, devendo prevalecer o propósito da socialização sobre a estabilização das expectativas comunitárias que hajam sido eventualmente abaladas com a pratica de um crime, sempre com o limite máximo fixado pelo principio da proporcionalidade e o limite mínimo fixado pela prevenção geral em relação a tutela da ordem jurídica.

É com referência ao facto, ao facto ilícito praticado pelo agente imputável, que o nosso Direito Penal alcança uma caracterização do facto praticado por agente inimputável através de uma transposição da doutrina geral do crime por os pressupostos de aplicação de uma medida de segurança se encontrarem hoje definidos por uma aproximação á pena. Como tal, o internamento é aplicável se o facto praticado por agente inimputável em virtude de anomalia psíquica, for típico, ilícito e punível com a excepção de lhe ser atribuída culpa, que no âmbito das medidas de segurança não desempenha qualquer função, a qual fica excluída pela inimputabilidade do agente.

A inimputabilidade, como sabemos, não é um elemento do facto mas sim uma qualidade inerente ao ser enquanto pessoa, o que nos coloca no âmbito de perceber a quem se aplica uma pena e a quem se aplica uma medida de segurança. Neste sentido, o facto subjacente á prática do crime é bastante revelador, tendo a nossa dogmática jurídico-penal

⁹⁰ Esta que apesar de tudo, continua a merecer crédito nos nossos tribunais aos dias de hoje, cfr. Ac. STJ de 18.02.99, ano de 1999 (...considerando o toxicod dependente, que pelo facto de o ser, revela uma certa culpa na personalidade, o que deverá ser um factor agravante da pena e nunca como atenuante da conduta evidenciada pelo individuo.)

⁹¹ Com o voto contra de Faria Costa, por seu turno defendia que estas teriam caracter retributivo.

por assente que a perigosidade do agente só poderá ser obtida através do facto pressuposto praticado pelo agente inimputável por virtude de anomalia psíquica com o sentido específico de caracterização do facto, este só releva penalmente se for típico, o que fundamenta a aplicação de uma medida de segurança, aparecendo sob a disposição do artigo 91º do CP.

O facto é valorado de acordo com a teoria da acção, incluindo a causalidade e do tipo subjectivo, o que permite que o facto do agente inimputável possa ser doloso ou negligente, e por isso pode ainda o agente na mesma ocasião, cometer um facto em estado de inimputabilidade e outro em estado de imputabilidade.

Hoje, como sabemos, o facto deverá ser valorizado autonomamente para que se possa concluir se no momento da prática do facto, o agente estaria ou não privado da razão, reconduzindo-nos a uma reflexão sobre uma loucura compatível com intervalos lúcidos⁹², e nestes casos importará mais facilmente um nexu causal, ou a uma loucura sem intervalos lúcidos e esta poderá não se ligar essencialmente ao facto ilícito típico praticado àquele momento. Por isso, também a aferição da anomalia psíquica e a consequente declaração de inimputabilidade estão intimamente ligadas ao facto concreto praticado pelo agente.

Naturalmente, que se afigura necessário um pequeno auxilio, neste aspecto da inimputabilidade, das ciências médicas e sociais, pois quando o juiz está perante uma decisão deste teor, não pode apenas suportar-se na vaga noção de anomalia psíquica que nos dá a lei que utiliza este conceito em sentido amplo, o que precisa de saber, através da ajuda fundamental do perito, não é a patologia subjacente mas sim dos possíveis estados psicológicos e no que eles se traduzem, ou seja da correlação entre o cérebro a mente e o

⁹² Na psiquiatria, é habitual falar em intervalos lúcidos quando estes se verificam por longos períodos de tempo, uma vez que não se verifica nestes casos uma alternância entre a razão e a loucura, mas um estado de retorno à sanidade plena, o que só se verificará se o retorno da doença se der por completo.

D'Aguesseau deu-nos até aos dias de hoje a melhor metáfora caracterizadora de um episódio lucido:

“Não deve ser uma tranquilidade superficial, uma sombra de repouso; mas pelo contrario, uma tranquilidade profunda, um repouso real: deve ser não um mero raio de razão, que só torna mais viva a sua ausência, quando desaparece; não um relâmpago eu rompe a escuridão só para a deixar mais opaca e hórrida; não um crepúsculo que une a noite ao dia, mas uma luz perfeita, um brilho vivido e continuo, um dia pleno e inteiro, entreposto em meio de duas separadas noites. E, para ousar outra imagem, não é aquela calma enganadora infiel que segue ou precede a tempestade, mas uma tranquilidade segura e firme por algum tempo, uma calma real, uma serenidade perfeita; enfim, abstraindo de metáforas, não deve ser uma mera diminuição, uma remissão da queixa, mas uma espécie de cura temporária, uma intermissão tao claramente marcada que a todo o respeito pareça restabelecimento de saúde: isso quanto a natureza. E como é impossível julgar num momento da qualidade de um intervalo, cumpre que haja extensão sobeja do tempo, para dar segurança perfeita do restabelecimento temporário da razão, que depende das diferentes espécies de furor; mas é certo que deve haver um tempo, e um tempo considerável, isso quanto á duração.”

In, Ferreira Borges, 1840, pp. 316.

comportamento ilícito e portanto, não bastará um simples diagnóstico de doença mental, afigura-se fundamental a contribuição do perito em termos que a sua avaliação do agente possa dar ao aplicador do direito, a informação clínica necessária de modo a que este fique a entender até que ponto o agente terá a capacidade de avaliar da ilicitude do acto e de se conformar de acordo com ele, revelando-se importante, integrar aqui um pequeno auxiliar relativamente ao que a medicina considera ser um caso de inimputabilidade mediante determinamos pressupostos, complementando as considerações jurídicas ontofenomenológicas que em cima já tecemos.

O que deve retirar-se da resenha clínica, é que para a medicina será normal, em termos de valoração de imputabilidade, o indivíduo que tem conservadas as capacidades cognitivas (não só as funções instrumentais da inteligência, como os conteúdos do pensamento e da senso-percepção que nos asseguram um contacto objectivo com a realidade) e volitivas ou motivacionais (sujeitas ao controlo cognitivo, subentende-se que a vontade estará ligada ao conhecimento naturalmente, pois também para a medicina, o indivíduo actua mediante o que conhece previamente. Toda a conduta que não mostre intencionalidade, supõe uma ausência de conhecimento e também da vontade, uma vez que esta surge de algo que se conhece, seja de forma objectiva ou subjectiva.⁹³).

A perigosidade criminal consiste numa probabilidade séria de cometimento de factos da mesma natureza e por isso não basta que se verifique a mera probabilidade. O juízo sobre esta pertence ao tribunal de julgamento, mas naturalmente que a análise sobre a personalidade do agente cabe ao perito.

A medida de segurança haverá de ser conseguida com base na gravidade do facto pressuposto e pela importância do facto praticado pelo agente inimputável em virtude da anomalia psíquica prosseguindo finalidades de prevenção especial primordialmente mas mantendo as exigências mínimas de tutela do ordenamento jurídico sob a forma de prevenção geral, como podemos obter da dupla conforme entre o artigo 40º, nº1 e 91º, nº2 do Código Penal, sendo nestes casos a duração máxima da medida de internamento de 3 anos por uma presunção *iuris et iure*, precisamente no sentido de preservar finalidades de prevenção geral, no entanto ficam abertas as portas ao tribunal para avaliar uma possível libertação antes do decurso dos 3 anos. Este limite mínimo é aplicável a qualquer inimputável que tenha cometido crime contra as pessoas ou de perigo comum punível com pena de prisão superior a 5 anos quando o imponham as necessidades de prevenção geral e

⁹³ Ocorreu-me neste âmbito, a alegoria da caverna discutida por Platão a propósito da teoria do conhecimento na sua obra *A República* (Livro VII).

não apenas ao agente imputável declarado inimputável nos termos do artigo 20º, nº2, no entanto e sem esquecer seguimos aqui a posição de Maria João Antunes que considera esta disposição inilidível de duração da perigosidade do agente e portanto restringe o seu âmbito de aplicação apenas aos casos do imputável diminuído por força do artigo 20º, nº2, trazendo muito mais sentido nestes casos a aproximação à prevenção geral e justificando-a, uma vez que estes agentes se apresentam sob condição diferente dos agentes referidos no nº1 do mesmo preceito legal.

Pelas mesmas razões, temos hoje um princípio de Vicariato na Execução, uma vez que existe sempre a possibilidade de o agente ser condenado por factos diferentes, numa pena e numa medida de segurança privativas da liberdade (artigo 99º do CP). As regras destes dois institutos dão portanto primazia à prevenção especial. Tratando-se de um misto de pena e de um misto de medida de segurança, é na sua substancia uma medida de segurança embora se apresente formalmente como uma pena á luz do artigo 20º, nº2.

Este instituto terá implicações ao nível da caracterização do sistema de sanções criminais, que continua ainda hoje a ser entre nós um sistema tendencialmente monista, apesar das vozes em contrário, nomeadamente Maria João Antunes, vem afirmando que estamos já perante um sistema dualista que submete o condenado imputável a uma verdadeira medida de segurança privativa da liberdade através da introdução desta pena.

Quanto á constitucionalidade dos limites de duração da medida de segurança de internamento, concluímos que a duração mínima dos três anos quanto a crimes contra as pessoas ou de perigo comum, se encontra de acordo com o artigo 5º da CEDH⁹⁴, ate porque é permitida ao tribunal uma certa discricionariedade na decisão quanto a estes casos, se as necessidades de prevenção geral não impuserem a fixação deste limite, o tribunal não o deve fixar. Com relação aos restantes crimes, os tribunais devem fixar o limite mínimo tendo por referência o limite mínimo da moldura penal.

No entanto, mesmo nos casos de crime contra pessoas ou de perigo comum punível com pena de prisão superior a 5 anos em que o limite da moldura penal seja inferior a 3 anos, o tribunal deverá fixar o limite mínimo de acordo com as necessidades de prevenção geral. V.g., se o inimputável tiver cometido o crime do artigo 272º, nº2, o tribunal de julgamento pode fixar o limite mínimo do internamento entre 1 ano e 3 anos, consoante as necessidades de prevenção geral.

⁹⁴ Acórdão do TEDH Silva Rocha v. Portugal.

Quanto á cessação e prorrogação da medida de segurança, existe uma necessidade de aferir da constitucionalidade da mesma, uma vez que não existe um limite máximo estabelecido para a duração da mesma, no entanto, em regra deverá prevalecer um princípio constitucional de proporcionalidade e cessando as necessidades de prevenção, deverá cessar igual a medida de segurança. Esta situação poderá dar origem a internamentos indefinidamente prorrogados até que cesse a perigosidade do agente, o que poderá durar toda a sua vida. Mas, se voltarmos ao princípio da proporcionalidade, este é plenamente respeitado pela limitação resultante do limite abstracto da moldura penal do tipo de crime cometido pelo inimputável, respeitando as exigências politico-criminais impostas pelo artigo 30º, nº2 da CRP.

BIBLIOGRAFIA

Actas CP/Eduardo Correia, 1965 a: Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal, Parte Geral, Tomo I, sem data, Lisboa: AAFDL

- 1966: Actas das sessões da comissão revisora do Código Penal. Parte Geral, tomo II, 1979, Lisboa: AAFDL.

Actas CP/Figueiredo Dias, 1993: Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, Lisboa: Rei dos Livros.

American Psychiatric Association, DSM-IV 1994: Manual de diagnóstico e estatística das perturbações mentais: versão internacional com os códigos da ICD-10, 4ª Edição, Lisboa: Climepsi.

Albuquerque, Paulo Pinto de, 2003: A reforma da justiça criminal em Portugal e na Europa, Coimbra: Almedina.

- 2003: A consagração de um novo direito securitário na reforma prisional de 1936, in Manuel da Costa Andrade e outros (org.), Liber disciplorum para Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 433 a 480.

-2011: Comentário do Código de Processo penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa: Universidade Católica.

Almeida, Carlota Pizarro de, 2000: Modelos de inimputabilidade, Da Teoria à Prática, Coimbra: Almedina.

Andrade, J.C. Vieira de, 1987: Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976 (reimpressão), Coimbra: Almedina.

Andrade, Manuel da Costa (org.) e outros, 2010: A dignidade humana como prius axiomático, in Estudos em homenagem ao Prof. Jorge de Figueiredo Dias: Coimbra, vol. IV.

Antunes, Maria João, 1988-89: Direito Processual Penal (Lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coligidas por Maria João Antunes), Coimbra: Secção de textos da FDUC.

-1993: O internamento de Inimputáveis em Estabelecimentos Destinados a Inimputáveis (Os artigos 103º, 104º e 105º do Código Penal de 1982), Coimbra: Coimbra Editora.

- 1998: Alterações ao sistema sancionatório – as medidas de segurança, in RPCC, ano 8 (repblicado in CEJ, Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal, Alterações ao sistema sancionatório e parte especial, volume II, PP. 119 a 136).

- 2002: A medida de segurança de internamento e facto do inimputável em razão de anomalia psíquica, Coimbra: Coimbra Editora.
- Arús, Bueno Francisco, 1993: O sistema de penas no projecto de Código penal Espanhol de 1992, in RPCC (3): Aequitas Editorial.
- Beccaria, Cesare, 1797: Dei Delitti e delle pene, Edizione novíssima: Bassano.
- Beristain, 1974: Medidas penales en derecho contemporâneo, Madrid: Reus.
- Bertolino, Marta, 1981: "La crisi del concetto di imputabilità": RIDPP, Pp. 190 E SS.
- Bettiol Giuseppe, 1962: "I problemi di fondo delle misure di sicurezza", in Bettiol (a cura di), *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova: Cedam.
- Bricola F., 1976: "Costituzione e misure di sicurezza", in M. Cappelletto, A. Lombroso (a cura di), *Carcere e società*, Venezia: Marsilio Editori, pp. 37 e ss.
- Beleza, Tereza Pizarro, 1985: Direito Penal, 1º Volume, 2ª edição revista e actualizada: AAFDL
- Brandão, Nuno, 2000: Anotação do acórdão do STJ de 12.4.2000, in RPCC, ano 10. P. 613.
- Cadoppi, Alberto, 2012: Introduzione al sistema penale, Vol. I, Quarta edizione.
- Carvalho, Américo Taipa de, 1998: As penas no direito Português após a revisão de 1995, in CEJ, Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal, Alterações ao sistema sancionatório e parte especial, volume II, Lisboa, pp. 13 a 30.
- 2003: Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, Porto: Publicações Universidade Católica.
- 2003: Prevenção, Culpa e pena, Uma concepção preventivo-ética do Direito Penal, in Costa Andrade e outros, *Liber – Disciplorum para Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 317 a 330.
- Centro de Estudos Judiciários, 1998: Jornadas de Direito Criminal: Revisão do Código Penal: Alterações ao sistema sancionatório e parte especial, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.
- Cid, José de Matos Sobral, 1983: Psicopatologia clinica e psicopatologia forense, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Costa, Francisco Santos, 1994: Da avaliação da perigosidade em peritagem psiquiátrica médico-legal à aplicação de medidas de segurança: Coimbra Editora.
- Dias, Jorge de Figueiredo, 1995: Liberdade Culpa Direito Penal, 3ª edição: Coimbra Editora.

- 1995: O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal, 4ª edição: Coimbra Editora.
 - 1997: Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena, 2ª Edição: Coimbra Editora.
 - 2007: Direito Penal, Parte Geral, tomo I, Questões fundamentais, A doutrina geral do Crime, 2ª edição: Coimbra Editora.
 - 2005: Direito Penal Português, Parte geral II, As consequências jurídicas do crime (Reimpressão): Coimbra Editora.
- Ferreira, Manuel Cavaleiro de, 1943: A personalidade do delinquente na repressão e na prevenção, Lisboa: Portugália.
- 1981: Direito Penal I.
 - 1989: Lições de Direito Penal. Parte Geral, II, Lisboa: Verbo.
- Palazzo, Francesco, 1996: A evolução do sistema sancionatório em Itália, in RPCC (6), pp 45 e ss: Aequitas Editorial.
- Gonçalves, Manuel Lopes Maia, 1998: Código Penal anotado e comentado, Legislação complementar, 12ª Edição, Coimbra: Almedina.
- Habermas, Jürgen, 2008: Direito e Moral: Instituto Piaget.
- Hume, David, 2002: Tratado da Natureza Humana: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Marques, Mário Reis, 2010: A dignidade humana como prius axiomático, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. IV: Coimbra
- Monteiro, Cristina Líbano, 1997: Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”, Coimbra: Coimbra Editora.
- Monteiro, Fernando Conde, 2009: “Reflexões epistemológicas sobre o Direito Penal” in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. II: Coimbra Editora.
- Montesquieu, Charles Secondat, 2005: O espírito das Leis, 3ª edição, São Paulo: Martins Fontes.
- Moreira, Vital, 1993: Constituição da República Portuguesa anotada, org. J.J. Gomes Canotilho, 3ª Edição revista, Coimbra: Coimbra Editora.
- Palma, Maria Fernanda, 2004: Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais (org. Faculdade de Direito de Lisboa e do Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, com a colaboração de Goethe Institut, Coimbra: Almedina.
- 2009: Constituição e Direito Penal: as questões inevitáveis, in casos e matérias de Direito Penal, 3ª Edição, Coimbra: Almedina.

Rocha, João Luís de Moraes, 2002: Perigosidade, violência: Da reinserção à incapacitação, in RPCC (12), pp. 265 e ss: Aequitas Editorial.

Rodrigues, Anabela Miranda, 1983: A pena relativamente indeterminada na perspectiva da reinserção social do recluso, in CEJ, Jornadas de Direito Criminal. O novo código penal português e legislação complementar, pp. 288.

- Critério de escolha das penas de substituição no código penal português, in Estudos em homenagem ao Prof Doutor Eduardo Correia, I, pp. 21 a 53.

- 1983: A pena relativamente indeterminada na perspectiva da reinserção social do recluso, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, pp. 285 a 314.

- 1988: A fase de execução das penas e medidas de segurança no Direito Português in BMJ, 380, PP. 5.

-1995: A determinação da Medida Privativa da Liberdade (Os critérios da culpa e da prevenção), Coimbra Editora.

- 2000: O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena, Lisboa: Universidade Lusíada.

- 2003: Política criminal, novos desafios, velhos rumos, In Costa Andrade e outros (org.) Liber Discipulorum para Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 207 a 234.

Polónio, Pedro, 1975: Psiquiatria Forense.

Silva, Germano Marques da, 2008: Direito Penal Português III, Teoria das penas e das medidas de segurança, 2ª edição revista e actualizada: Editorial Verbo.

Valdágua, Maria da Conceição Santana, 2002: Problemas Fundamentais de direito penal/ Colóquio internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Lisboa: Universidade Lusíada.

Jurisprudência:

Itália

- Corte di Cassazione, Sezione Terza Penale, sentenza de 12/11/2003, n° 43135.

- Corte di Cassazione, Sentenza n° 9163, de 25/01/2005.

- Corte di Cassazione, Sentenza n° 5771/10, de 12/02/2010.

- Corte di Cassazione, Sentenza n° 17305, 5/05/2011.

- Suprema Corte di Cassazione, sezione II Penal e sentenza n° 17086 de 27/03 – 15/04 de 2013.

Portugal

- Acórdão do Tribunal Constitucional nº 674/98, de 2 de Dezembro, Diário da República, II série, de 3 de Março de 1999.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-07-2011.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21-06-2012.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03-07-2014.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10-07-2013.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28-06-2006.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13-05-2014.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24-06-2014.