



**A PSICOLOGIA E O DIREITO: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS
PERÍCIAS EM CONTEXTO FORENSE**

DORA ISABEL BAPTISTA SILVA

N.º 18172

Orientadora de Dissertação:

PROF.^a DOUTORA ÂNGELA VILA REAL

Coordenadora de Seminário de Dissertação:

PROF.^a DOUTORA ÂNGELA VILA REAL

Tese submetida como requisito parcial para a obtenção do grau de:

MESTRE EM PSICOCRIMINOLOGIA

2010

Dissertação de Mestrado realizada sob a orientação de Professora Doutora Ângela Vila Real, apresentada no Instituto Superior de Psicologia Aplicada para a obtenção de grau de Mestre na especialidade de Psicocriminologia conforme o Despacho da DGES, nº 29595/2008, publicado em Diário da República, 2ª série, nº. 223, de 17 de Novembro de 2008.

Agradecimentos

Começo por agradecer ao Ispa, nobre casa que tão calorosamente me acolheu, de onde levo uma diferente, mas profundamente proficua experiência académica;

À Profª Doutora Ângela Vila-Real, por ter acedido à orientação deste trabalho, pelas suas criticas e disponibilidade, e pela confiança;

Ao Dr. José Pereira da Silva pelo seu incentivo e pela partilha de conhecimento e experiências;

Agradeço ainda à Profª Doutora Lúcia Pais, pela sua disponibilidade enquanto docente e pela inspiração à realização deste trabalho.

A todos os que participaram e ajudaram a tornar possível a execução deste trabalho; em especial a dois colegas e hoje Amigos fruto desta viagem, à Laura Filipe e ao Pedro Anjos, ajudando sempre como instigadores intelectuais, pelos devaneios e pelas gargalhadas.....

Por fim, a quem mais do ninguém permitiu que fosse possível esta maravilhosa jornada, ao T., e ao J. pelas horas roubadas, pelo apoio e compreensão.

Um especial obrigada à minha mãe, a quem dedico este trabalho.

A todos obrigada e até sempre

RESUMO:

O presente trabalho pretende ser uma reflexão acerca do cruzamento científico entre a psicologia e o direito. Na justiça, sempre que se torna necessário uma análise técnico-científica do comportamento criminoso, o juiz pode recorrer à Psicologia ou à Medicina, através de instrumentos e meios de prova previstos na Lei – As perícias. Procurou-se reflectir acerca da relevância da psicologia enquanto instrumento de análise do comportamento criminal, através deste instrumento em particular na determinação da culpa. Após o enquadramento teórico do problema e das definições conceptuais pertinentes, exemplificámos o seu meio operatório, através da análise de um processo judicial que nos serviu de guia à reflexão. Nesse percurso verificámos que há comportamentos criminais que têm necessariamente de ser interpretados não só à luz da Lei, mas também da personalidade do agente e à face das circunstâncias do meio, fazendo surgir um desejável investimento em áreas como a psicocriminologia.

Palavras-Chave: Crime, psicologia, direito, culpa, exame pericial.

ABSTRACT:

This study is a reflection on the scientific intersection between psychology and law. In justice, whenever it becomes necessary technical and scientific analysis of criminal behavior, the judge may resort to psychology or medicine, through tools and evidence provided in the Law - The psychological evaluation. We tried to reflect on the relevance of psychology as a tool for analysis of criminal conduct, in particular the determination of guilt. After the theoretical approach to the problem, of conceptual definitions and relevant examples of the way their operation, through analysis of a lawsuit that served as a guide to reflection. Along the way we found that there is criminal behavior necessarily have to be interpreted not only in light of the law but also the personality of the criminal agent and is circumstances of the social environmet, and that in this theme it would be desirable an investment in areas such as psychocriminology.

Keywords: Crime, psychology, law, guilt, forensic evaluation.

"O castigo deve ser adequado ao carácter do culpado e tal que frutifique."

Ugo Foscolo

ÍNDICE

Índice de Anexos	VI
1 – INTRODUÇÃO	1
2 – REVISÃO DE LITERATURA	4
O Crime e a Sociedade	4
O Fenómeno Criminal e a Criminologia	9
A Reinserção Social	11
O Acto Criminoso	13
A Interpretação do Acto	13
A avaliação	13
As perícias	14
O momento processual das perícias e do seu pedido	16
O Perito	19
O Pedido e o exame	20
A tomada de decisão penal	22
A Culpa	23
A Culpa e a Medida da Pena	23
A Culpa em psicologia	26
<i>A culpa depende da ausência da desculpa?</i>	29
3 – O CASO DE ESTUDO	33
O Processo Judicial	33
A Análise	36
4 - DISCUSSÃO	41

Novos critérios Multidisciplinares	46
5 – CONCLUSÕES	53
Referências	58
Anexos	
Índice de Anexos	
I. Artigos do Código de Processo Penal Português	65
II. Artigo 1º da Constituição Portuguesa	71
III. Artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem	73

1. INTRODUÇÃO

Nenhuma outra matéria move a opinião pública como o crime. “O crime [está presente] no debate público sempre que se examinam as grandes preocupações, ou mesmo as obsessões colectivas” (Robert, 2007, p.7). O comportamento do homem criminoso e a sua investigação são terrenos férteis para a eclosão de novas disciplinas cujo objectivo é decifrar e enquadrar o crime, as suas práticas, os seus autores e também as suas vítimas.

A vontade de constituir e consolidar um saber científico sobre o crime, converge necessariamente em ciências e disciplinas científicas tão diversas como a criminologia, o direito, a psicologia, sociologia, antropologia, medicina, etc.

“O crime impõe a todos os espíritos a sua incómoda presença” (Cusson, 2007, p.13). A criminologia tem como objectivo tornar inteligíveis estes comportamentos e ainda as Instituições que os circundam, descrevendo, compreendendo e explicando de que é feito o fenómeno criminal. Feita a revisão literária sobre a temática, verificamos que, não estando sujeitos à limitação lexical dos juristas, os criminólogos, utilizam mais ou menos indistintamente termos como crime, infracção, delito ou delinquência, não tendo no entanto todos a mesma perspectiva sobre a noção de crime. Havendo quem opte por uma lente mais sociológica para a observação do fenómeno, onde se poderá encontrar uma noção de crime fundada na razão e na justiça, há também quem funde a sua análise numa perspectiva mais jurídica, de infracção. A unanimidade surge no facto de todas elas estabelecerem o que consideram certo ou errado, normal ou patológico.

Façamos um parêntesis, para referir que, sair da norma, pode não ser anormal. Há casos previstos nos ordenamentos jurídicos, e o nosso não é excepção, onde agir de forma ilícita pode não ser punível, como a legítima defesa, ou a inimputabilidade, por exemplo, o que aqui, por restrição da análise, deixaremos de lado.

Em última instância, as regras a que nos referimos a este nível, são regras estabelecidas e catalogadas em códigos penais, com inspirações mais ou menos punitivas conforme as teorias penais e linhas políticas de orientação de cada Estado ou País.

O presente trabalho pretende ser uma reflexão acerca do cruzamento científico entre a psicologia e o direito. Não obstante estas duas áreas se basearem em pressupostos filosóficos diferentes, uma vez que até a sua construção histórica é diferente, pois se na perspectiva da psicologia a Lei é mais descritiva, descoberta nas relações da natureza

humana, para os juristas esta é prescritiva baseada em tradições que são fonte de autoridade (Blackburn, 2006), aqui julgamos importante salientar os aspectos preponderantes desta parceria. Pretende-se reflectir acerca da relevância da psicologia enquanto instrumento de análise do comportamento criminal, a sua influência na tomada de decisão e na aplicação do direito. Especifiquemos. Através do direito, e aqui em concreto do sistema penal, encontramos balizas e regras que determinam cada população a seguir os seus normativos penais.

O crime está tipificado, catalogado, descrito e assente numa determinada moldura penal, esta passível duma aplicação maleável e diríamos, até permeável ao comportamento do agente criminoso e ao seu meio circundante. Quando existe um crime, existe também uma vítima, mas é expectável que haja uma condenação e a aplicação de uma pena, para que possamos restabelecer o bem jurídico violado. Mas não há condenação sem culpa, podendo no entanto existir culpa sem condenação, depende se falamos de culpa legal ou de culpa psicológica, questão que abordaremos mais adiante neste estudo.

Sempre que se torna necessário uma análise técnica do comportamento criminoso, pode recorrer-se à Psicologia ou à Medicina, através de instrumentos e meios de prova que no nosso ordenamento se encontram plasmados no Código Processual Penal (adiante CPP), nomeadamente as perícias previstas nos artigos 159º e 160º do referido Código.

O que será que se pretende aquando do recurso à(s) perícia(s)? Poderá ser uma busca do elemento primordial para uma eventual condenação – O da Culpa (?), ou o intuito será o de decifrar determinado acto, torná-lo inteligível, ou de prever outros? Como decorre a tramitação deste meio de prova?

É sobre este enlace que nos pretendemos debruçar. Como influi esta prova na livre apreciação do julgador e qual o seu peso? Estamos mais alerta para o criminoso, para o seu comportamento ou para o crime em si cometido? O que mais pesará, como aferi-lo? Ainda assim e após a condenação, como intervir com o sujeito, como prepará-lo para o retorno ao meio livre? Como abordar a(s) sua(s) vítima(s) ? Estas são realidades nem sempre tidas em conta no veículo condenatório.

Acreditamos estar perante temas de interesse colectivo, actuais e de grande relevância para a sociedade contemporânea. São por isso estas, apenas algumas das questões sobre as quais convidamos à reflexão, num trabalho que se pretende mais descritivo e exemplificativo.

O presente estudo é composto pelo enquadramento teórico do problema e das

definições que nos parecem pertinentes ao mesmo, tornando-se inevitável uma contextualização histórica para vislumbrar e melhor compreender algumas das práticas de hoje nestas matérias. Considerámos ainda pertinente, exemplificar o meio operatório da questão, através da análise de um processo judicial que nos servirá de guia, para na prática melhor enquadrar a teoria entretanto descrita, como que uma ilustração da nossa reflexão.

Tentaremos com a ajuda de “um caso prático”, i.e., de um processo judicial cujo crime objecto é um crime de homicídio qualificado, onde foi pedida uma perícia médico-legal com avaliação psicológica complementar, verificar como e para quê pode relevar tal prova pericial, para a determinação da culpa do sujeito, bem como na determinação da medida da pena. Tendo por base a acusação, o pedido da perícia (a sua forma, momento processual e conteúdo) e a sentença. Ao percorrer os conceitos teóricos, e porque estas temáticas nunca são estanques, faremos pequenas incursões sobre temáticas paralelas, mas intrincadas neste vasto tema, como convite a uma reflexão conjunta.

Assim sendo, começaremos por enunciar e definir alguns conceitos como o crime, a psicologia, o direito, a culpa, a pena e a reinserção social do sujeito condenado, duma forma digamos mais descritiva, para depois passarmos a uma perspectiva mais causal, através da análise do processo em concreto, esmiuçando os seus contornos e as suas fragilidades. Levantaremos hipóteses quanto à forma e conteúdo das perícias trazendo a lume a psicocriminologia. Finalmente terminaremos partilhando em discussão não só a nossa análise, mas também as dúvidas e anseios que nos foram surgindo, e que não são poucos...

Percorrendo estes caminhos, estes saberes, espreitando as suas realidades, não podemos deixar de concordar com Gil (2004) quando diz que “(...) o apelo à tomada de consciência do valor central do homem, em vez de fechar os problemas com falsas soluções, deve abrir mil outros debates (...)” (p.110).

Sílvio de Lima, na sua obra *Psicologia*, de 1958, aludindo ao indivíduo e à criminologia, questionava se “existe o crime? [, respondendo de seguida que] é claro que não. O crime é uma realidade abstracta, o que há é criminosos. O juiz que condena em função do crime em si torna-se defensor de uma criminologia artificial. (...) O juiz tem de ser inteligente”
(cit. in Le Blanc, Ouimet, & Szabo, 2008, p.14).

2. REVISÃO DE LITERATURA

O Crime e a Sociedade

As variadas sociedades humanas são dependentes de diversas circunstâncias, nomeadamente dos seus factores genéticos, familiares, sócio-económicos, geográficos, políticos, etc.. Desta inevitabilidade, nascem necessariamente restrições, ou melhor, nascem molduras, nas quais por vezes temos de enquadrar a nossa liberdade de escolha a bem de uma convivência mais ou menos próspera e frutífera. Estas restrições ou molduras, têm o seu último reduto nos sistemas penais de cada lugar, e é neles que verificamos uma excelente amostra do que é um povo ou uma região; se assim não fosse, não teríamos com a simples distância geográfica, fossos tão grandes entre *modus vivendi*.

É da ausência de enquadramento de determinado(s) sujeito(s), nestas convenções que se surge a punição. E aqui repare-se não dissemos que se dá o crime, pois consideramos que a prática criminal está para além de qualquer norma, do seu estabelecimento mais ou menos rígido e até da sua punição, caso contrário, não existiriam fenómenos como a reincidência, por exemplo.

Retomemos o mote inicial: *o crime não existe, o que existe é o criminoso*. Nesta esteira, o comportamento criminoso de determinado sujeito, muitas vezes pouco tem a ver com as normas criadas, mais tem a ver com a capacidade de cada sujeito de as conseguir respeitar. As políticas jurídico-penais, diríamos, giram em torno destas tentativas de adaptação do sujeito à norma e não da norma ao sujeito. Senão vejamos, apenas a título de convite à reflexão, uma vez que não será disso que aqui trataremos, mas será pertinente despertar para a destrinça.

No caso do intitulado “crime de colarinho branco”, é conhecida a definição de Shuterland (Bacher & Gagnon in McLaughlin, Muncie, & Hughes, 2003) que em 1939, o define como o crime cometido por pessoas respeitáveis e de elevado estatuto social nas suas ocupações profissionais. Nas últimas duas décadas, este crime de facto apanhou boleia com a globalização, as novas comunicações e transportes tecnológicos (Castells in McLaughlin et al., 2003). O crime organizado não trata de um fenómeno novo pois as suas origens perdem-se no tempo, tendo no entanto aumentado o seu grau de ofensividade face às sociedades ditas democráticas, fazendo condicionar o poder político e instituições

eleitas, impondo as suas normas e formas de actuar; em estruturas muito bem hierarquizadas. Habilmente se moldaram em busca de jurisdições favoráveis e *habitats* propícios ao seu desenvolvimento. Não obstante e apesar deste desfalque global, poucos esforços se verificam ser levados a cabo para compreender o fenómeno de uma forma mais sistemática. Ao invés de crimes como o do processo que aqui nos servirá de exemplo – o de homicídio –, e onde um pedido de prova pericial não seria tão apetecível; verificamos tratar-se de um crime cometido contra todos efectivamente, onde a vitimação é por isso numerosa.

Sem violência, astuciosamente planeado e com recurso ao aproveitamento de uma confiança depositada no agente, o qual tem ao seu dispor meios e sapiência suficientes para os perpetrar com vista a um lucro e ao qual acresce a particularidade deste não ser exclusivo de estruturas totalmente ilícitas. Muito pelo contrário, gravitam e têm o seu apoio em torno de estruturas legítimas e em conformidade com as ordens jurídicas onde se inserem, não devendo por isso ser procurado unicamente nos limites da Lei, pois muitas vezes os seus agentes influem na sua criação e até na sua efectiva aplicação. Trata-se duma realidade mais subtil, integrada e relacionada com realidades licitas, movendo-se num terreno mais pantanoso e difícil de drenar. Parece-nos evidente que neste tipo de crimes, olham-se os agentes e só depois as suas acções, e, ainda assim, quando efectivamente se atinge algum sucesso na tomada efectiva da responsabilidade, por norma existe o sangramento de um dos elementos que é exposto como criminalizado, enquanto a estrutura permanece incólume transparecendo um falso sucesso da operação.

A própria condição humana faz surgir dois sentimentos básicos relativamente a este tipo de crimes, o medo por um lado e a admiração por outro. O medo pela verificação do efectivo poder que os agentes que praticam estes delitos têm e a admiração pelo sucesso das operações, pela sabedoria, engenho e arte necessárias para os cometer. Tratando-se de figuras públicas, podemos mesmo torná-los ícones de admiração por parte de uma população, como casos bem conhecidos da realidade política portuguesa.

Ficamos assim, por vezes com a impressão de que o agente que possui maior poder financeiro é mais socializado, quando efectivamente e em bom rigor da verdade, o agente socializado é aquele que está apto a seguir as regras, que se enquadra num todo social, no direito estatuído e consagrado, independentemente da sua condição, seja ela económica ou pessoal (Velloso, 2005). Mais uma vez, o léxico que abençoa: “colarinho branco”, se é branco é casto, é suave e pouco perceptível, em última análise é limpo, não se mistura com

a sujidade para cuja mobilização de limpeza tão bem se recruta o povo através do escudo e falsa promessa da higienização social, estes crimes não são alvos dessa tarefa. Há medo do negro não do branco. A política, tal como a sociedade em geral é governada por leis objectivas, mas que têm o seu assento na natureza humana que é por seu turno, absolutamente subjectiva e, mais concretamente na natureza humana de quem se aventa a elaborá-las. Os principais actores do mundo global movem-se através de directrizes estabelecidas por quadros específicos de interesses (e não por considerações de ordem moral), e estes visam obviamente o poder, e sendo que o poder é saber, há que saber para melhor controlar.

Os discursos e tendências penais na última década nos chamados países desenvolvidos, demonstram uma clara ligação entre a ascendência do neo-liberalismo e a implantação de uma punitiva e proactiva aplicação da Lei (Wacquant, 2008). As políticas aí inspiradas têm como características comuns a proliferação de leis e *gadgets* de vigilância, o que nos leva a permitir a implementação do domínio da informação como sendo uma verdade absoluta. A vigilância e controle absoluto de todos para todos, um sistema *panopticum*, conceito de Bentham, em 1785 (in Wacquant, 2008), em que este propõe e ideia de “ver sem ser visto”, uma invisível onisciência representando uma sociedade disciplinar; hoje com redes de informação, sistema de alertas precoces, falando-se em sede de investigação do princípio da necessidade de conhecer, na *intelligence*. Existe o interesse supremo na informação, pois como referimos o homem cedo percebeu que a informação é saber e saber é poder.

O discurso securizante, do tipo *crime victim*, tem como se sabe enorme receptividade e impacto na sociedade. O crime, especialmente se violento possui um valor dramático exigido pelos meios de comunicação, tem o chamado “valor de noticiabilidade” (Machado, 2004). Outra das políticas é a de uma base de punição que leva ao aumento do número efectivo de encarceramentos. A própria linha de pensamento legislativo, quanto às teorias da culpa, impende por vezes sobre a responsabilidade individual, senão vejamos por exemplo entre nós a construção levada a cabo por Eduardo Correia (in Dias, 1995), através da culpa na formação ou preparação da personalidade. Tal culpa dever-se-á à incapacidade do agente em não nortear a sua própria formação e a preparação da sua personalidade de modo a torná-la conforme e em respeito absoluto pelos valores jurídico-criminais (Dias, 1995). Nesta esteira, podemos reter a ideia de que o essencial da culpa se encontraria sempre e previamente no agente, destituindo totalmente a sociedade do seu envolvimento

das causas do crime.

Conseguimos já a esta altura, vislumbrar o perigo em que podem assentar tais correntes doutrinárias e consequentemente legislativas. É que a eventual responsabilidade colectiva ou fundamentos sociais e culturais na prática do crime, não obstante serem alvo de estudo por disciplinas científicas como a criminologia, não têm assento entre as causas de exclusão da culpa e da desculpa, relevando quando muito em sede de mera atenuação da mesma. Verifica-se pois nos discursos e práticas legislativas, um claro apartar entre as explicações e implicações sociológicas do crime, as quais estabelecem relações de causalidade entre o meio social e o comportamento desviante e a responsabilidade por culpa (Palma, 2005), o que acreditamos, tende a fazer diminuir as possibilidades de sucesso no estudo e aplicabilidade da Lei nesta matéria.

É ainda pacificamente aceite que estas teorias gozam de grande receptividade junto das massas. O léxico utilizado como “guerra contra o crime”, “combate ao banditismo” e outro para nós veiculadas diariamente por diversas vias, parecem convidar todos a um espírito de missão de que o povo se sente imbuído.

Paradoxalmente verificamos que se unem apenas nesta matéria a jusante dizemos nós, do que de facto relevaria, como seria o espírito de união ou ainda na busca de realidades como a recuperação da família e tradições relacionais. Neste sentido fala-nos, em 1991, Currie (in McLaughlin et al., 2003), ao afirmar que a sociedade de mercado promove o crime por enfraquecer a capacidade das comunidades locais do apoio informal, regulação e socialização dos mais novos.

Parece surgir uma nova forma de governar, como que através de uma insegurança social, de uma turbulência de desregulação da economia e do emprego precário, assumindo aqui a prisão um papel mais visível e importante. Desde meados dos anos 70, do século passado, que os Estados Unidos da América parecem ser os grandes impulsionadores teóricos e práticos da elaboração e disseminação, à escala planetária, de um projecto político que visa em última instância subordinar todas as actividades humanas à tutela de mercado (Wacquant, 2008). O encorajamento da colaboração das redes de assistência social, de saúde e serviços educativos com o sistema policial e judicial, acaba por torná-los extensões do aparelho penal, instituindo um panoptismo que, sob a camuflagem do bem-estar das populações desfavorecidas, se submete a uma, cada vez mais penetrante e incisiva forma de vigilância punitiva (Wacquant, 1999).

A própria guerra é vendida de outra forma, onde se aposta em intervenções de

escrutínio e de controlo sob a camuflagem de operações de paz de Estados amigos. Ao nível militar o uso da força, ou melhor a utilidade desse uso, é já debatido em larga escala, pelo vislumbre da necessidade de desmontar o obsoleto conceito de guerra, trocando-o por intervenções rápidas, cirúrgicas e com aparente diminuição de custos e meios. A assimetria que provoca esta realidade, em termos de capacidade defensiva dos Estados, tem a consequência de espalhar a instabilidade e a impermanência em cada um de nós. Os conceitos de termos como guerra, crime, segurança ou defesa são hoje conceitos menos estanques, mais esbatidos em termos de diferenças entre si.

Mesmo a aferição da capacidade da força de um Estado (do ponto de vista de meios, recursos militares, económicos, etc.), não deve ser confundida com o poder, pois esta é mensurável, enquanto que o poder efectivo é avaliado conforme o caso concreto, sendo mais plástico e fluido (Smith, 2008). No mundo global como lhe chamam, a integração europeia (com uma difícil gestão do espaço Shengen), os conceitos de segurança interna e segurança externa, fazem a quem pretende trabalhar estas temáticas, rever estratégias políticas por um lado e políticas de intervenção por outro.

As bases económicas muito variáveis dependem da tolerância social e da densidade legislativa. Mais do que políticas de segurança pretendem-se políticas sociais. Uma política penal repressiva já se verificou não contribuir para fazer diminuir o crime. A realidade política tenta resolver estas questões recorrendo com preferência ao aparelho jurídico-penal, que acaba por ser ratificado por todos. É um valioso instrumento ao serviço de uma actuação supostamente séria e legítima dos governantes que se vão envolvendo numa justiça de cariz essencialmente retributivo. Estas tentativas desde logo enfermam de dificuldades que nos parecem por todas as vias óbvias, a saber, e reiterando o anteriormente dito, qualquer punição há muito se demonstra inútil como elemento dissuasor seja de que tipo de crime se trate.

As próprias autoridades têm de fazer opções, e, entre investir e investigar um tipo de crime mais difícil de perscrutar, ou atingir sucesso na resolução da investigação, vai apostando nos que lhes tragam maior visibilidade, dando origem a uma falsa reposição da ordem e que se traduzem em espectáculo e números apresentados às massas.

Para a criminalidade de massas bagatelar decisões simples, rápidas e tabelares, tal como nos disse Beccaria (1766, 2007), a pena deve ser pronta, pública e proporcional. Para os outros tipos de crime seria fundamental reunir em conselho terapêutico com gente experiente, com formação adequada, sabendo-se rodear de ciências e disciplinas de saber

complementares.

Podemos então levantar uma questão: será dotado de tal ingenuidade quem decide? É que os crimes, os seus tipos e agentes, põem em causa bens jurídicos absolutamente difusos, pelos que as abordagens a delinear à problemática devem igualmente ser diferentes conforme cada caso. O crime pode ter como alvo vítimas objectiváveis, ou não. A(s) vítima(s), pode(m) assumir então um papel extremamente relevante, não só para a interpretação do acto, como para a reparação do dano ao nível individual ou colectivo, conforme o tipo de crime e de criminoso que estiver em causa. No caso de um terrível homicídio por exemplo, será mais notório o comportamento do criminoso, olhando-se se calhar primeiro para o crime e só depois para o agente, enquanto que noutros, como vimos o agente pode até ser facilmente aceite no seio de uma sociedade. Não nos devemos pois apartar de nenhuma das vertentes que possam ajudar numa construção mais positiva do fenómeno criminal.

É essencial como demonstração de boa vontade genuína a demonstração de um esforço de adaptabilidade da norma e da técnica à realidade penal e processual penal. Busquemos na história o contexto destas evidências.

O Fenómeno Criminal e a Criminologia

“O comportamento delinvente resulta de uma interacção entre a pessoa com um certo grau de instabilidade e o ambiente que oferece oportunidades de comportamentos ilícitos” (Cordeiro, 2008, p.33). O comportamento humano, o criminoso em particular, constitui objecto de atribuições causais de reacções emocionais estruturadas por pensamentos, crenças, ideologias, etc.. E se calhar é com base neste pensamento que se estabelecem políticas, estratégias e programas de intervenção. No fundo, “o conhecimento científico do fenómeno criminal raras vezes é convocado” (Kuhn, 2010, p.16). É que a ciência do crime – a criminologia existe há cerca de 200 anos. Naquilo a que Khun, chamou de “noção de ciência no uso do seu fetiche” (ibidem, p. 18), como na física por exemplo, a qual exclui as ciências do comportamento humano, referindo ainda duas grandes razões para o efeito; por um lado, o facto destas ciências do comportamento humano não nos trazer as supostas verdades transcendentais e inquestionáveis e, por outro, por os seus conhecimentos não se inscreverem na economia do conhecimento útil e certo.

Neste sentido, e conforme já mencionámos, “A criminalidade é a transgressão das normas penais em vigor num dado sistema social” (ibidem, p. 31). Segundo Durkheim o crime seria algo de positivo uma vez que nos permitiria estabelecer com clareza o permitido e o proibido, dando valor a um e a outro respectivamente. Veremos o que disse o autor em 1895:

“Le crime ne s’observe pas seulement dans la plupart des sociétés de telle ou telle espèce, mais dans toutes les sociétés de tous les types. Il n’en est pas où il n’existe une criminalité. Elle change de forme, les actes qui sont ainsi qualifiés ne sont pas partout les mêmes; mais, partout et toujours, il y a eu des hommes qui se conduisaient de manière à attirer sur eux la répression pénale.(...) Il n’est donc pas de phénomène qui présente de la manière la plus irrécusée tous les symptômes de la normalité, puisqu’il apparaît comme étroitement lié aux conditions de toute vie collective.” (Durkheim, 1988, p. 158).

Pelo exposto não podemos deixar de concordar com Mannheim (1984), quando nos refere a propósito da procura duma definição operatória de crime, “não temos dúvidas de que uma noção meramente formal é inadequada, tendo que ser complementada pela ajuda de outras forças, não-jurídicas, do controlo social do comportamento humano” (p. 109).

Como sugeriu Vouin-Leauté (cit in Mannheim, 1984, p. 37), “deverá a criminologia incluir também o estudo das reacções da sociedade para com o crime?”. Diz-nos Mannheim (1984), que tal pertenceria aos domínios da sociologia do direito criminal, admitindo no entanto que a reacção social ao crime, é pelo menos tão importante com a reacção do Estado, o que acaba por ser a temática central da penologia.

Ainda na decorrência do exposto, verificamos igualmente que o fenómeno criminal não é alheio ao desenvolvimento progressivo do mundo global, pois a exaustiva rede de transportes e de habitação, com tudo o que de positivo acarretou, trouxe também o enfraquecimento da solidariedade comunitária e as suas capacidades reguladoras. Os conjuntos de relações sociais são cada vez menos circunscritos às comunidades locais e perdeu-se o conceito de vizinhança. Consequentemente haverá uma menor pressão normativa, a lealdade exigida por cada um dos círculos sociais é parcial sendo naturalmente reduzida e selectiva (Robert, 2002).

Será o mote para reflectirmos acerca não só da punição de determinado sujeito, mas também da sua posterior (re)inserção depois do cumprimento da pena. É que não se esgota

numa condenação a intervenção com a população criminal, há que pensar a montante na problemática, verifiquemos da historicidade desta tentativa.

A Reinserção Social

A emergência da reinserção social deu-se através de uma evolução histórica de dois grandes movimentos de defesa social. Esta evolução foi pautada por avanços e recuos no que ao objecto da intervenção e das políticas criminais diz respeito. Nesta viagem do primeiro grande movimento de defesa social, embarca de forma inevitável o controlo social, ou seja, a grande pretensão de que uma população no seu todo pautar o seu comportamento de determinada forma, expectável e previsível. Este controlo bem como o próprio comportamento desviante são processos transversais à sociedade.

Pretendendo-se aumentar o poder através do controlo, e na persecução deste objectivo cedo se alcançou a necessidade e ademais a utilidade de conhecer os indivíduos com comportamentos desviantes, o que faria com que, com o conhecimento, se verificasse, conhecesse e dominasse.

No século XVIII, a noção de “Contrato Social” de Rousseau em 1762, fez com que o crime daí em diante fosse encarado como um mal que lesava toda a sociedade, noção esta aliás contígua à de responsabilidade social. Já na transição para o século XIX, com a chegada do conceito de perigosidade nas políticas criminais, o medo e insegurança tomaram posição sobre as populações.

O interesse científico nestas matérias eclode, começando a surgir na base de decisões judiciais, chegando então o exame ao homem criminoso (Pais, 2008). O Princípio do Panóptico de Bentham, em 1785 (in Pais, 2008), que convergia para uma vigilância de todos sobre todos, trazia ainda mais à luz do dia o controlo social, representando uma sociedade disciplinar.

Já no segundo movimento de defesa social, onde existe uma maior aproximação ao sujeito criminoso, este vem a assentar numa perspectiva de ligação do acto ao seu autor, com critérios médicos e psicológicos para coadjuvarem tal intento; no entanto houve quem receasse o poder que daí poderia advir para a classe médica, desinvestindo-se deste aprofundamento, e retornou-se a um modelo assente em estatísticas e números, algo superficial e insuficiente para a séria compreensão do comportamento criminoso, para a

sua punição e posterior reinserção do sujeito (Pais, 2008).

Daqui também retiraremos as inevitáveis conclusões, pois se as políticas de intervenção têm assento nas decisões do Estado, demonstra este assim o seu interesse ou a falta dele na reinserção dos seus sujeitos criminosos. Seria na busca de intervenções mais humanistas, recortando os sujeitos e cada sujeito em si que se poderia esperar por ligações amenas mas profundas entre o direito e a psicologia, através da clarificação de discursos e regras de intervenção balizadas em cada saber científico. Nada de mesclas, apenas linhas bem definidas, paralelas e meridianas, que apenas se cruzem em determinado ponto dando origem a uma coordenada, a qual deverá por sua vez dar origem a uma sábia aplicação de saberes, com vista ao proveito único daquele sujeito, que a final será o proveito de uma sociedade.

Historicamente, em Portugal, é pouco antes de 1852, data do primeiro Código Penal Português (adiante: CP), que surgem as primeiras escolas médico-cirúrgicas, bem como se aposta na formação de peritos e que surge a possibilidade de um exame mental para os réus. Instala-se igualmente o critério de utilidade social da aplicação das penas, sendo nesta fase que se começa a ter uma ideia da pena de prisão tal como existe hoje, como uma pena efectiva e concreta. A liberdade passa a ser valorizada, passando a privação da mesma a ser considerada como uma pena em si.

A tónica estava assente na pena por um lado, e por outro, na transfiguração e posterior “aproveitamento” do sujeito. Nos finais do século XIX e na transição para o século XX surge entre nós uma filosofia jurídica utilitarista, cuja ideia de defesa social assentava na teoria dos fins das penas. Com o desenvolvimento do país, estão criadas as circunstâncias políticas e sociais para uma evolução nestas matérias. Um novo código Penal surge em 1982 (quase um século depois), de onde brota a crença na corrigibilidade do sujeito criminoso; a noção de risco e por conseguinte a noção de prevenção, sendo a base daquilo que hoje conhecemos como reinserção social. É igualmente o mote para aquilo a que Da Agra chamou passagem da “penalidade clássica para a penalidade clínica” (Da Agra cit in Pais, 2004, p. 204). O primado é o da personalidade do indivíduo.

Na decorrência do já exposto, há comportamentos criminais que têm necessariamente de ser interpretados à luz da personalidade do agente e face às circunstâncias do meio, fazendo assim com que a criminologia dependa do investimento e da coadjuvação de outras ciências ou disciplinas, como a psicologia, o direito, a medicina, a sociologia, a estatística, etc.. Ora, chegados aqui, afunilemos para a temática central do

presente trabalho. É que, de quando em vez, se torna necessário ao julgador entender determinado acto criminoso. Este recurso encontra-se hoje previsto entre nós nos textos legais do CPP, nomeadamente nos artigos 159º e 160º, os quais consagram neste âmbito a peritagem do arguido em contexto penal, mas antes de a eles nos referirmos em particular, espreitemos a sua génese e eclosão especialmente no panorama nacional.

O Acto criminoso

A Interpretação do Acto

A avaliação

Do homem criminoso resulta o acto criminoso. Como verificámos supra, é no século XIX, que se instala o interesse pela decifração do acto criminoso. Invoquemos o longínquo Lombroso, que considerava o homem criminoso como uma subespécie primitiva de *homo sapiens*, um “tipo criminal” ou criminoso nato como viria a designar Ferri (in Cusson, 2007). Segundo Cusson (2007), em 1899, Lombroso torna-se o herdeiro de médicos e biólogos que ao longo do aludido século se entusiasmaram pelas questões sociais. Não obstante, debaixo de duras críticas, os positivistas deixaram marcas duradouras sendo pioneiros no estudo empírico da delinquência. A partir do século XX com o contributo de De Greeff (in Cusson, 2007), estuda-se o processo psicológico que conduz ao crime, focando este o seu trabalho essencialmente em dois temas, o processo do acto grave e o sentimento de injustiça sofrida do criminoso.

“Para conhecer um fenómeno, pensa-se antes de mais em medi-lo” (Millaud, 1995, p. 11). Com a eclosão do interesse pelo homem criminoso e pelos seus actos, com a curiosidade por uma eventual maximização dos saberes do direito, da medicina e da psicologia, na ânsia da explicação destes comportamentos surge o exame.

“O exame combina as técnicas da hierarquia que vigia e as da sanção que normaliza” (Foucault, 2008, p.154), com ele se ritualizam as disciplinas que podem caracterizar com uma palavra, dizendo que são uma modalidade de poder para o qual a diferença individual é pertinente.

O estudo destas matérias toma então rumo ao saber. Percebeu-se que quanto mais se souber sobre determinado sujeito, mais controlo podemos ter sobre ele, daí a

importância de observá-los. Surge o exame alicerçado naqueles que são ainda hoje os seus vértices: o observar, o registar, e o carácter individual. Através do registo torna-se possível classificar, diferenciar e objectivar os dados recolhidos e com eles trabalhar posteriormente, com vista a um controle mais efectivo do fenómeno.

Estão criadas as condições para que na segunda metade do século XIX, surja a psicologia, que pretende buscar no interior do homem aquilo que a medicina não diagnostica pois não tem expressão física; a resposta científica para certos comportamentos desajustados da norma. Será então o exame do funcionamento mental do criminoso que trará uma matriz científica ao(s) seu(s) comportamento(s). O homem passa a estar no centro de tudo, “como se o conhecimento que se tem do homem reduzisse a zero a ignorância que fez nascer o problema” (Gil, 2004, p. 110). Em Portugal é só na década de 80 que surge a previsão legal de exames que permitam um olhar técnico para a personalidade do homem criminoso. Assim sendo, e como já referimos, são os textos legais, que no âmbito do processo penal trazem à luz do dia a peritagem do arguido, com a previsão das perícias, estas, médico-legais e forenses e sobre a personalidade (Artigos 159º e 160º, respectivamente, do CPP).

As perícias

A palavra perícia, deriva do Latim, s. f., “habilidade; destreza” (2000, Dicionário da Língua Portuguesa). Encaminhando a questão para o nosso ordenamento, cingimo-nos ao artigo 159º e ao 160º do CPP que, como já referimos, consagram as peritagens feitas ao arguido em sede de processo penal.

Relativamente aos textos legais, e quanto às perícias, abrimos aqui uma excepção transcrevendo na integra aqui a letra da Lei:

Artigo 159º

(Perícias médico-legais e forenses)

1. As perícias médico-legais e forenses que se insiram nas atribuições do Instituto de Medicina Legal são realizadas pelas Delegações deste e pelos gabinetes médico-legais.
2. Excepcionalmente, perante manifesta impossibilidade dos serviços, as perícias referidas no número anterior podem ser realizadas por entidades terceiras, públicas ou privadas, contratadas ou indicadas para o efeito pelo Instituto.

3. Nas comarcas não compreendidas na área de actuação das delegações e dos gabinetes médico-legais em funcionamento, as perícias médico-legais e forenses podem ser realizadas por médicos a contratar pelo Instituto.
4. As perícias médico-legais e forenses solicitadas ao Instituto em que se verifique a necessidade de formação médica especializada noutros domínios e que não possam ser realizadas pelas delegações do Instituto ou pelos gabinetes médico-legais, por aí não existirem peritos com a formação requerida ou condições materiais para a realização, podem ser efectuadas, por indicação do Instituto, por serviço universitário ou de saúde público ou privado.
5. Sempre que necessário, as perícias médico-legais e forenses de natureza laboratorial podem ser realizadas por entidades terceiras, públicas ou privadas, contratadas ou indicadas pelo Instituto.
6. O disposto nos números anteriores é correspondente aplicável à perícia relativa a questões psiquiátricas, na qual podem participar também especialistas em psicologia e criminologia.
7. A perícia psiquiátrica pode ser efectuada a requerimento do representante legal do arguido, do cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens ou da pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o arguido viva em condições análogas às dos cônjuges, dos descendentes e adoptados, ascendentes e adoptantes, ou, na falta deles, dos irmãos e seus descendentes.

Artigo 160º

(Perícia sobre a personalidade)

1. Para efeito de avaliação da personalidade e da perigosidade do arguido pode haver lugar a perícia sobre as suas características psíquicas independentes de causas patológicas, bem como sobre o grau de socialização. A perícia pode relevar, nomeadamente para a decisão sobre a revogação da prisão preventiva, a culpa do agente e a determinação da sanção.
2. A perícia deve ser deferida a serviços especializados, incluindo os serviços de reinserção social, ou, quando isso não for possível ou conveniente, a especialistas em criminologia, em psicologia, em sociologia ou em psiquiatria.
3. Os peritos podem requerer informações sobre os antecedentes criminais do arguido, se deles tiverem necessidade.

A perícia psiquiátrica prevista no artigo 159º do CPP, visa exclusivamente a análise das características patológicas da personalidade do arguido com vista à determinação da inimputabilidade ou grau de imputabilidade, enquanto que a perícia sobre a personalidade prevista no artigo 160º do CPP tem por finalidade a avaliação da personalidade e da perigosidade do arguido. Esta última deve incidir sobre as características psíquicas do arguido independentes de causas patológicas, bem como o seu grau de socialização e relevará essencialmente para a decisão ou revogação da prisão preventiva, a culpa do arguido e a determinação da sanção, ou seja, para a escolha da espécie e medida da pena que pode ser privativa ou não da liberdade a qual se pode inscrever em decisões como a multa, prestação a trabalho a favor da comunidade etc.

Quanto ao seu valor probatório, a prova pericial presume-se subtraída à livre apreciação do juiz, sendo que, se dele divergir a convicção do julgador, deve o mesmo, fundamentar sempre a sua convicção de não concordância (artigo 163º do CPP). Em suma, o relatório pericial impõe-se ao julgador, por via das suas características técnico científicas, mas a este facto voltaremos com mais detalhe à frente neste estudo.

O momento processual das perícias e do seu pedido

Enquadrando as perícias no nosso sistema jurídico, parece-nos pertinente fazer alusão, ainda que breve, ao mecanismo que é no nosso sistema, o único meio de atribuir responsabilidade penal a alguém – O Processo Penal.

É através do processo penal que o direito penal substantivo, o qual nos diz quais as condutas humanas que devem ser punidas como crimes e quais as penas ou multas que lhe correspondem, ganha aplicabilidade através de uma actividade legalmente ordenada (Latas, 2006). Assim sendo é no processo penal que tem lugar toda a actividade de cariz investigatório, com vista à descoberta do crime conforme as normas constantes no seu código.

Podemos ainda considerar que o processo penal português tem uma natureza complexa na sua estrutura, finalidades e até conteúdos; pois se por um lado se objectiva a condenação dos culpados, por outro visa-se a protecção do inocente resguardando-o de intervenções injustas e extemporâneas dos órgãos encarregues da investigação. Por esta ordem de ideias verificamos tratar-se então de uma tarefa difícil e escorregadia, mas também desafiante e estimulante que se conjuga com a vital importância que ambas têm num Estado de Direito.

O processo penal inicia-se com a notícia do crime, que é dada ao Ministério Público, que procede à abertura do respectivo inquérito. Importa ressaltar que nem sempre o conhecimento do crime é suficiente para pôr em andamento o processo penal, como são os casos dos crimes particulares por exemplo, em que o procedimento depende de queixa, no entanto e por restrição da análise, deixaremos de lado este tipo de considerandos técnico-jurídicos descritivos dos procedimentos legais como sejam os tipos de crime, formas de processo ou os seus intervenientes, permitindo-nos apenas socorrer dos que julgamos pertinentes para o desenvolvimento deste trabalho.

Abriremos aqui excepção para sucintamente nos referirmos às três fases processuais estruturais do processo, sendo que duas são obrigatórias: o inquérito e o julgamento, e uma facultativa que é a fase da instrução. Esta última é facultativa porque depende da vontade dos seus sujeitos processuais, enquanto que o inquérito e o julgamento dela não dependem, mas somente dos pressupostos processuais objectivos legalmente estabelecidos.

O Inquérito engloba o conjunto de diligências que visam a investigação de determinado crime, determinar os seus agentes e a respectiva responsabilidade, recolhendo provas em coordenação com os órgãos de polícia criminal. Estes procedimentos irão desaguar numa de duas decisões, ou na dedução de acusação, promovendo assim o julgamento de alguém a quem é imputada a prática de determinado crime, ou no arquivamento dos autos, considerando que não se recolheram provas suficientes para que determinada pessoa fosse julgada. Esta fase investigatória não pode colidir com os direitos liberdades e garantias do arguido, enquanto pessoa presumida inocente até prova em contrário, pois a prova essa terá lugar em sede de julgamento.

O julgamento por seu turno, culmina da audiência de discussão e julgamento a qual constitui o momento decisivo do processo, pois será nela que terá lugar a produção ou exame da prova na qual o Tribunal vai basear a sua decisão.

A prova, no sentido que aqui lhe damos, de *meio de prova*, consiste antes de mais “nas diversas vias ou instrumentos, de natureza pessoal ou material, pelas quais pode demonstrar-se a realidade de um facto no processo” (Latas, 2006, p. 90). A prova pode ser obtida por diversas formas, nomeadamente através da prova pericial.

Ao abrigo do disposto no artigo 151º e ss do CPP, a prova pericial tem lugar sempre que a percepção ou a apreciação dos factos exijam especiais conhecimentos técnicos ou científicos. Consagra ainda o nº 2 do artigo 154º do CPP, que quando a perícia deva incidir sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado o seu consentimento, o despacho que a ordene é da competência do Juiz, que pondera a necessidade da sua realização tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do sujeito visado na mesma.

O referido artigo abre ainda portas para que a perícia possa ser realizada no decurso do inquérito (como vimos, fase processual destinada à investigação) e sem que o despacho que a ordene seja notificado ao arguido ou aos outros sujeitos processuais, desde que se julgue que essa informação possa perigar as finalidades do inquérito.

Este cenário legislativo permite assim que nesta fase seja ordenada uma perícia

médico-psiquiátrica ou psicológica a determinado sujeito, sendo que sobre ele possa nunca vir a recair uma acusação. Senão vejamos; a fase de inquérito é por excelência a fase da investigação onde o Ministério Público é o *domus*, sede própria para a investigação, recolha de prova e para a descoberta dos fundamentos que venham a dar causa a uma acusação formal. Nesta fase impende apenas sobre o sujeito uma suspeita da prática de determinado acto criminoso, sendo a acusação o culminar dessa tarefa, onde se buscaram e encontraram indícios suficientes para acusar alguém. Concluimos pelo exposto que a prova pericial não tem momento definido para ser ordenada, efectuada ou até comunicada ao Tribunal, podendo ocorrer hipoteticamente a todo o tempo. No entanto, “grande parte das perícias são ordenadas na fase de inquérito, assumindo importância crescente na própria configuração e rumo da investigação dos crimes na fase inicial” (ibidem p.100). Os resultados das perícias realizadas nesta fase, transmitem os seus resultados à fase do julgamento, pois independentemente da fase em que esta tenha lugar, a mesma tomará corpo como prova pericial a ser tida em conta em sede da fundamentação da decisão. O relatório que a mesma venha a constituir será alvo de discussão, mas apenas na forma de pedidos de esclarecimentos, pois as respostas e conclusões dos peritos constantes do relatório não podem ser contraditadas. O legislador nestes casos entendeu apenas permitir a realização de nova perícia, e pelos mesmos peritos, quando sobre determinada perícia incida sobre um objecto do qual se querem ver averiguados outros aspectos não previstos na perícia anterior. Encontra-se prevista igualmente, em situações excepcionais a possibilidade da realização de uma nova perícia por outros profissionais, incidindo sobre o mesmo objecto, mas que apenas servirá para alargar os meios à disposição do Tribunal, uma vez que esta, deste ponto de vista mais não tem mais do que um cariz complementar, pois em ultima análise a perícia posterior não invalida a anterior.

Estando a esta altura demonstrado já da relevância e peso processuais da perícia, e isso, aliado às implicações processuais e pessoais no arguido que pode ter a realização de exame deste teor, somos então de afirmar que a autoridade judiciária ordenante deverá considerar ouvir o arguido e seu defensor, sempre que possível, antes da tomada desta decisão.

Podemos aqui vislumbrar eventuais fragilidades que podem levar a eventual colisão com o princípio que já aludimos, que é o da presunção da inocência, que é um corolário do respeito pela liberdade e dignidade humanas e que impõe um justo processo penal, através de uma investigação equilibrada. O arguido não deve pois ser usado como

meio de prova, não obstante e como acabámos de verificar o possa ser efectivamente de um ponto de vista técnico jurídico, através de uma perícia. Sobre esta realidade tomaremos posição crítica mais adiante.

O perito

O perito, elemento especializado numa área científica, cujo conhecimento é valioso no processo decisório (Jerónimo, 2006) e “cuja função não será a de fornecer pura e simplesmente um conhecimento, mas sim um conhecimento que se destina a esclarecer aqueles que têm a responsabilidade de tomar as decisões”, trata-se de um conhecimento que serve a decisão embora não deva constituir a própria decisão (idem, p. 1145). Neste sentido a relação entre perito e decisor tem tanto de reciprocidade como de diferenciação funcional. As peritagens que aqui abordamos, recobrem-se de contornos muito específicos, desde logo porque o perito chamado a intervir não escolheu o caso específico sobre o qual se irá debruçar, ao que se alia a limitação de tempo de resposta ao pedido; mas recobrem-se também de dificuldades, como veremos de forma mais detalhada adiante, pois para elas, para a sua prática e praticantes parecem não existir regulamentos ou procedimentos definidos a um nível que nos permita a obtenção da tranquilidade devida perante a realidade destas peritagens.

A intervenção pericial a este nível é remunerada e o perito deve prestar o seu compromisso de honra aquando da sua execução. Deve entregar relatório dentro dos prazos concedidos, incorrendo em crime quem se recuse a prestar compromisso sem justa causa, ou quem entregue relatório falso. No entanto, encontra-se prevista a possibilidade do perito pedir escusa com base na falta de condições que julgue indispensáveis para a realização da perícia, estando ainda sujeito ao regime legal de impedimentos, recusas e escusas dos juízes (artigo 39º do CPP).

A adjectivação de alguém como perito pressupõe essa pessoa como alguém experimentado, conhecedor e douto em determinada matéria. Neste âmbito quando alguém é chamado a fazer uma perícia, subjaz a essa chamada a expectativa, legal até, podemos afirmar, da cientificidade e grau de profissionalismo assente em princípios deontológicos e éticos inabaláveis, que deve nortear o sujeito detentor de tal título. No âmbito da sua intervenção o perito deve atender a todas as circunstâncias pertinentes à elaboração da

peritagem. De resto, na busca desenfreada de uma deontologia perfeccionista e pelo meio de tão exigente procedimento, não pode perder de vista o sujeito.

Ainda de referir que o perito deve estar munido não só de conhecimento científico, mas também de coerência interna que lhe permita permanecer na imparcialidade e proceder com profissionalismo exemplar.

O pedido e o exame

No âmbito da nossa exposição sobre o exame pericial, preocupámo-nos em discernir o seu objecto, a sua forma e o momento processual em que é elaborado e respondido.

De um modo geral, enquanto testes e testagem se encontram orientados para a medida, a avaliação psicológica orienta-se para o pedido. Teremos de considerar ainda a questão dos pedidos, o manifesto e o latente, bem como dos elementos essenciais por parte do perito, a sensibilidade e o bem senso na articulação do saber científico, aplicabilidade e utilidade do mesmo. Importa neste caso relembrar que, apesar de a avaliação psicológica se constituir como uma subdisciplina da Psicologia e que abarca no seu âmbito contributos de muitas das outras subdisciplinas; tem de ser de certa forma diferenciada desta. Enquanto a Psicologia tem por objecto a conduta humana; a avaliação psicológica dirige-se ao estudo científico de um sujeito e quando falamos em sujeito, referimo-nos a um ente individual, prioritariamente uma pessoa, mas por extensão também a um grupo específico de pessoas (Fernández-Ballesteros, 2002).

Para melhor considerar o pedido, o perito deve considerar, como já referimos o manifesto e o latente, até para que possa aferir se tem capacidade de resposta para ele ou não. O pedido determina tudo o resto, a sua forma e conteúdo devem ser observados para pedir esclarecimentos caso seja necessário, pois irá delimitar toda a intervenção posterior. O pedido deve apenas balizar o caminho a percorrer e não delimitá-lo, pois um avaliador testa hipóteses não pessoas.

O pedido pode influenciar (ou não), a forma da peritagem. Tal como os textos das decisões judiciais - cuja compreensão deve estar ao alcance de todos os seus receptores, - também aqui o perito deverá ter em atenção a expressão do seu trabalho transbordando, mas com cautela a fronteira disciplinar, uma vez que deverá preparar o seu trabalho, não para os seus pares, mas para uma outra audiência que não domina o seu saber científico.

Numa peritagem, depois de recolhidos os dados, objectivos e subjectivos, sendo que os primeiros são recolhidos através de terceiros e os segundos através do próprio sujeito, há que organizá-los com vista à elaboração do documento pericial – o relatório. Os dados anteriormente descritos, podem compor-se de anamnese, entrevistas, aplicação de provas ou testes. Após esta recolha, há que elaborar o relatório, com o cuidado necessário, como já vincámos para que seja acessível a uma leitura leiga.

Fernández-Ballesteros e seus colaboradores (2001) pretenderam diferenciar testes de testagem e ainda de avaliação psicológica. Consideraram os autores como teste o instrumento com garantias ideais para a recolha de dados, a testagem como o processo de administração que regista e interpreta os dados recolhidos pelos testes; e por fim a avaliação psicológica como um conceito mais amplo, que se refere à actividade profissional de cariz científico que engloba diferentes fontes de informação e que, de acordo com o plano definido *a priori*, tentam dar resposta ao pedido do seu cliente. Um exame acabado dos factores psicológicos que, potencialmente, podem estar por trás de determinado comportamento, significaria uma análise sistemática dos principais tipos de personalidade humana, bem como dos motivos que estimularam a passagem ao acto.

O exame mental a que nos temos vindo a referir e que serviu de balanço para esta reflexão, pode ser um exame psiquiátrico, psicológico ou até físico. Mas pode haver um exame de cariz psicocriminológico por exemplo? Villerbu (2010), refere que este seria um exame onde estivesse subjacente a capacidade de identificar os momentos, os espaços e relações de fragilização ou de inibição das formas existenciais incapacitantes de determinado sujeito, dentro das suas responsabilidades e culpabilidades jurídicas e psicológicas. Trata-se de um exame com vista a aplicação de uma justiça com cariz mais restaurativo do que retributivo, onde a vítima é também considerada, conceito que julgamos enriquecedor e que nos servirá adiante de suporte à discussão.

Verificámos já que o resultado destes exames podem influir não só na medida da pena, mas também na culpa do agente e na previsão de posteriores comportamentos. Se no primeiro caso – o da culpa – esta é determinante, pois sem ela não pode haver uma condenação, enquadrada na moldura penal de determinado crime, no segundo o que se pretende é aferir um futuro comportamental do sujeito. No fundo, muitas vezes o que verificamos de uma ou de outra forma na administração da justiça penal é que juízes e magistrados, têm vindo de forma consciente ou inconsciente a tentar prever.

A prognose, chamemos-lhe assim, é considerada importante para a administração

penitenciária, mas também para uma reinserção social.

Não obstante as duas vertentes merecerem sério enfoque, permitir-nos-emos mais à frente enfatizar com maior incidência percorrendo alguns dos trilhos traçados até agora, do ponto de vista legal e até psicológico, desse mistério da emoção humana, que é a culpa.

A tomada de decisão penal

“As decisões judiciais devem ser breves, concisas e compreensíveis para os seus destinatários” (Rocha, 1998). A necessidade de motivar a decisão judicial é uma das exigências do processo equitativo, um dos Direitos do Homem consagrado no artigo 6º §1, da Convenção Europeia. No ordenamento jurídico interno, encontra-se plasmado no artigo 374º do CPP de forma pormenorizada os requisitos legais e formais do conteúdo da sentença. No caso da motivação propriamente dita, exige-se a enumeração dos factos provados e não provados, os motivos de facto e de direito fundantes da decisão, bem como a indicação da(s) prova(s) que serviram para formar a convicção do Tribunal.

A omissão da motivação implica a nulidade da sentença, sanção particularmente severa, o que acaba por fazer da mesma um elemento essencial de um processo justo e equilibrado. A motivação é ainda um elemento de transparência da justiça, que deverá ser inerente a qualquer acto judicial, a qual será mais meritória de atenção conforme o seu assento seja um meio invocado capaz de influenciar mais ou menos a decisão final. Nesta decorrência a sentença assume-se mais como uma arte de bem julgar do que um trabalho científico ou doutrinário (Rocha, 1998).

É na sentença, quando se busca na moldura penal o *quantum* da pena, que se gradua a culpa. Guardámos para ela um olhar mais cuidado, por se considerar que se trata de facto da grande temática penal e se calhar psicológica de cada um de nós. Todos os dias, sem nos apercebermos, trabalhamos a culpa, mesmo que não seja a penal, pois em última instância o banal pedido de “desculpa” reside nisso mesmo, na intenção de retirar de nós a culpa.

A culpa é uma expressão equívoca, pois a ela está subjacente plúrimos significados que lhe são atribuídos, ainda por via das imensas utilizações de que é objecto (Oliveira, 2010). É ainda reclamada como conceito técnico em diversos ramos do conhecimento humano, sendo uma noção reclamada pela Moral, Ética, Direito, Psicologia, Psicanálise, Sociologia, Teologia etc. Interessante seria percorrer cada uma das noções e verificar as

convergências e divergências em cada uma delas, conforme o ramo do conhecimento humano que a reclame, no entanto, e apesar de restrito, não podemos deixar de percorrer em jeito de reflexão os corredores da construção das noções de culpa aos níveis jurídico e psicológico.

A Culpa

A culpa e a medida da pena

A culpa é um dos elementos que nos surge na definição de crime. O crime que no sentido estritamente jurídico do termo é uma acção típica, ilícita e culposa. É típico porque se encontra tipificado na Lei; ilícito, pois sendo típico não funcionou naquele caso uma causa de justificação; e, culposos, porque a acção tem de ser dominada pela vontade, havendo uma liberdade de decisão, o sujeito que comete o crime tem de ter capacidade de culpa. Esta definição de crime assenta na teoria da infracção. Não obstante, ainda que de uma forma muito sucinta temos aqui de raiar uma breve contextualização histórica da teoria da infracção, pois o caminho percorrido até à noção vigente é interessante e pertinente para o entrecho da culpa como hoje a aceitamos em direito penal; e como sabemos o direito penal é do ponto de vista institucional e formal o veículo da reacção social ao crime e ao criminoso.

Partimos da definição da palavra culpa. A palavra culpa, deriva do Latim *culpa*, s. f., “acção repreensível praticada contra a moral ou a lei; falta; responsabilidade; causa, origem” (2000, Dicionário da Língua Portuguesa). Sendo esta a definição de culpa, podemos, numa atrevida menção, referir que o verdadeiro significado e, mais ainda, o verdadeiro alcance da culpa não está no domínio do verbo. Tratar-se-á de um sentimento inigualável, de difícil descrição, apenas sentido. E sobre a culpa sentida, bem como a capacidade de senti-la (ou não), falaremos mais adiante.

De uma forma sucinta, do ponto de vista legal (não só penal), a culpa tem uma importância vital e determinante no nosso sistema jurídico, encontrando-se, desde logo, consagrada constitucionalmente, *vide* artigo 1º da Constituição da República Portuguesa – o Princípio da Culpa. Ninguém pode ser punido para além da sua culpa. Ela serve essencialmente para se aferir e aplicar a medida da pena. Ainda do ponto de vista legal

(civil), a culpa, neste caso objectiva, está ao serviço de garantias de cumprimento de obrigações, mas sobre esta última a sua menção fica aqui delimitada, uma vez que a culpa objectiva não pode ser equiparada à culpa que aqui nos interessa abordar.

A abordagem psicológica da culpa terá necessariamente de ser feita de outra forma, onde se introduz o conceito de culpabilidade e de sentimento de culpa. Se juridicamente a culpa actua essencialmente de fora para dentro do sujeito, como uma valência do sistema que através da pena repara (ou deveria reparar) um dano, do ponto de vista psicológico actua essencialmente de dentro para fora, pois a manifestação ocorrerá antes de mais dentro do sujeito. Mais ainda, mesmo que a culpa opere de uma forma jurídica, e um indivíduo por culpa provada seja condenado, nada garante que a culpa psicológica aconteça, sendo o contrário igualmente válido, isto é, podem existir sentimentos de culpa sem que se chegue a uma culpa legal (no sentido material e formal do termo).

Ora traremos então à discussão a questão da necessidade de culpa, e aqui avança-se que seja uma culpa factual, para haver uma condenação. Em termos jurídicos, a culpa é um tema vasto e controverso, podemos no entanto abreviar dizendo que, (juridicamente) culpa é uma categoria analítica da problemática do facto punível, é um conceito sujeito a graduação, isto é, o mesmo ou mesmos factos são passíveis de um maior ou menor juízo de censura da culpa, de acordo com o facto agido.

Para se agir com culpa, é necessário ter-se capacidade de culpa, ou seja, saber e conhecer que se poderia agir de outra forma. O agente tem de ter conhecimento do carácter ilícito do facto que está a praticar e não pode ter actuado em circunstâncias que o desculpem e que conseqüentemente afastem a culpa. Desta abordagem afastamos as causas de exclusão da mesma, como, por exemplo, a inimputabilidade em razão da idade ou de anomalia psíquica.

Nullum crimen sine culpa. Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege.

A responsabilidade penal tem de se fundar numa culpa concreta, a culpa é o fundamento e o limite da pena, isto é, ninguém pode nunca ser punido se do seu comportamento não decorrer culpa. Existem três sistemas fundamentais da referida teoria – o clássico, o neo-clássico e o finalista – todos eles partindo de uma noção tripartida de crime, como sendo uma acção típica, ilícita e culposa. No entanto, no presente trabalho apenas será abordada, ainda que de forma sucinta, a última das noções por se afigurar a

mais pertinente (que é a da culpa).

No sistema clássico Liszt-Beling a análise era positivista, naturalista, onde a culpa era atribuída como uma ligação psicológica entre o agente e o facto praticado, onde o dolo e a negligência são formas de culpa. Surgiram críticas a esta concepção, por se tratar de uma abordagem puramente psicológica, onde se dificulta o entendimento da figura da negligência inconsciente, por exemplo (caso em que não pode haver uma relação psicológica entre o agente e a prática do facto).

O sistema neo-clássico, que surge na Alemanha a partir dos anos 20 do século passado, exactamente na decorrência das fragilidades da anterior teoria, é visto como *neokantiano*. Quanto à evolução do que à questão da culpa diz respeito, avança esta teoria com a figura da censurabilidade. É verdade que há situações em que existe uma ligação psicológica entre a pessoa e o facto (para a concepção clássica haveria culpa), no entanto, se imaginarmos uma pessoa a agir, a praticar determinado facto ilícito, sob coacção por exemplo, isto quereria dizer que a essência da culpa não estará, nem poderá estar, na ligação psicológica entre a pessoa e o facto, estará sim na censurabilidade do seu acto. Nesta decorrência, a ligação psicológica entre agente e o facto é apenas um elemento no juízo da culpa, que aliás pode nem existir como vimos no exemplo da coacção. Para um juízo de censura, para além da ligação psicológica interessa saber se na altura do acto (em si) era exigível que a pessoa se comportasse de outra forma. Tudo isto significa, pois, que o juízo de culpa implica uma série de elementos.

A outra corrente, a que se chamou Finalismo (Welzel), tem esta designação exactamente porque toda a teoria radica na abordagem à acção final, ao fim em si. Esta teoria vê a culpa pura, livre de elementos psicológicos. Pretende-se uma noção de culpa puramente valorativa e normativa, onde, neste caso, os elementos psicológicos farão então parte de uma acção típica e devem ser absorvidos na análise da tipicidade – aquilo em que consiste a culpa é um juízo de censura assente em elementos puramente normativos.

Como referido supra, não se pretende uma explanação exhaustiva do conceito histórico e teórico da culpa, no entanto, não se pode deixar de enfatizar que não há nem pode haver uma responsabilidade objectiva em direito penal, a responsabilidade penal tem sempre de ter um fundamento subjectivo, seja a título de dolo ou de negligência (vd. artigo 13º do Código Penal).

A Culpa em Psicologia

Do ponto de vista psicológico, a culpa é um sentimento, uma mágoa ou dor, que advém de um mal cometido e duma desaprovação prévia. O sentimento de culpabilidade pode assumir um carácter mais ou menos mórbido. Segundo Doron e Parot (2001), a culpabilidade dissimula-se muitas vezes sob sintomas ansiosos e fóbicos, podendo conduzir ainda a manifestações delirantes de auto-acusação ou auto-punição. Deste modo, e de uma forma geral, podemos afirmar que a culpa se manifesta mais em certas personalidades do que noutras, por exemplo, é mais incidente em sujeitos depressivos e de personalidade evitante (Rodrigues & Gonçalves, 2004).

De acordo com os conceitos desenvolvidos por Freud (1953), o sentimento de culpa é a expressão do conflito de ambivalência e da eterna luta entre a pulsão de vida e a de morte (Grinberg, 2000). A noção de culpa é considerada de uma forma geral como estando ligada ao complexo de Édipo, onde a relação entre o sentimento de culpa e o conflito edipiano assume grande importância, sendo que esta relação terá um papel preponderante na evolução do indivíduo como ser humano. Neste sentido será a expressão da tensão entre o EU e o Supereu como resultado das fantasias agressivas contra o pai. Grinberg (2000) vai ao encontro do definido por Freud, quando este distinguiu duas origens para o sentimento de culpa, sendo a primeira o medo da autoridade que obrigará à renúncia da satisfação dos seus instintos, e a segunda o medo do Supereu que impulsiona o castigo dado não ser possível ocultar perante o Supereu a persistência dos desejos proibidos.

O sentimento de culpa exerce uma pressão enorme no desenvolvimento psíquico do ser humano. O seu grau de influência é preponderante pois dele dependerá o estado da saúde mental e física do sujeito.

Neste sentido Grinberg postula a existência de uma culpa depressiva e uma culpa persecutória. A culpa depressiva requer um Eu integrado para que possa ser vivenciada plenamente e utilizada com os seus efeitos reparadores, enquanto que a culpa persecutória se evidencia de um modo precoce, ainda com um Eu débil e imaturo e aumenta perante qualquer frustração ou fracasso, condenando o sujeito a um decréscimo das suas actividades sãs e normativas. Já em 1959, Abraham, cit in Grinberg (2000), assinalou que o sentimento de culpa aparece em primeiro plano como fenómeno inibitório típico, surgindo

a culpa da superação dos instintos agressivos. No caso da culpa persecutória a noção de tempo rege-se, amiúde, pelas características do processo primário (inconsciente), as principais emoções que dela advêm são o ressentimento, a dor, o desespero, o medo e autocensura, encontrando-se no domínio da pulsão de morte. Na culpa depressiva, pelo contrário, o tempo configura-se de acordo com as Leis do processo secundário (consciente), os sentimentos mais importantes são a preocupação pelo objecto e pelo Eu, a aflição, a nostalgia e a responsabilidade, encontra-se no domínio do instinto de vida.

Ao longo da história, o homem foi-se responsabilizando pelos seus actos, responsabilidade essa que era transferida para os Deuses em dada altura da nossa existência. Com o evoluir das sociedades, o homem se tornou responsável e responsabilizante do seu próximo. Noções como ética, sociedade, convívio ou, até, livre arbítrio não existiam no homem primitivo. Quando a sanção moral é interiorizada, mesmo que não exista uma sanção social ou penal, a consciência moral do sujeito sanciona o(s) seu(s) comportamento(s) trazendo-lhe por vezes a culpa. Vejamos um caso concreto, em que a conduta do agente não é punível legalmente sendo apenas reprovável socialmente – ainda assim a sua acção não é típica, ilícita nem culposa, mas está impregnada de culpa (e culpabilidade) do ponto de vista psicológico, como é o caso da prostituição. Uma conduta punida apenas pela ordem moral e social, mas que, por norma, acarreta uma grande culpabilidade para a prostituta. A este propósito, pode dizer-se que “o sentimento inconsciente de culpa ou culpabilidade inconsciente é uma noção psicanalítica (...). O que se sentiu é que pode ser mergulhado no inconsciente, e ficar como resíduo dinâmico condicionante e propulsor de atitudes ou comportamentos cuja motivação real permanece inconsciente: a culpa outrora sentida, e agora ignorada, é que persiste como motivo oculto (inconsciente) da conduta actual” (Matos, 2001, p. 33).

A culpa é a convicção de que se é prevaricador ou de que se cometeram erros, transportando consigo uma sensação de mal, de erro, ainda que estejamos a falar de comportamentos ou actos não puníveis legalmente. Esta culpa pode manter o Homem refém, preso e arredado da sua autonomia, ainda que (se disso for caso) a sua culpa penal tenha já sido expurgada pelo cumprimento de uma decisão judicial.

De facto, ainda que se cumpra uma pena, judicialmente aplicada, ainda que se entenda (socialmente) que determinado sujeito pagou a sua dívida para com a sociedade, o mais difícil é afastar essa culpa do seu interior. O sentimento de culpa imposto pela sociedade pode ser percebido como tal, e em grande parte permanecer inconsciente

surgindo como um mal-estar, uma insatisfação para a qual as pessoas buscam outras motivações. As religiões, por exemplo, usam o sentimento de culpa como baluarte da sua própria filosofia, existindo uma necessidade de acalmá-lo num substituto paterno, implícito na imagem de Deus, perante o qual não se deixa de sentir uma grande ambivalência.

Pelo exposto, fica claramente assente que na utilização dos termos na linguagem jurídica e a evidência de que o sentimento de culpa pode existir mesmo sem culpa e vice-versa, pode existir culpa sem sentimento de culpa (Imbasciati, 2003).

Em psicologia qualquer que seja o caso temos de nos cingir às vivências subjectivas, sejam conscientes ou inconscientes, o que deve ser identificado como ponto de partida. Qualquer acto resulta da execução do inconsciente, não pode ser só considerado o efeito de uma acção, mas assumi-lo como uma história sobre essa acção obediente a essas determinantes inconscientes tem um significado de comunicação, é como um acto no lugar da palavra, há aliás comportamentos que em vez de falados resultam agidos, dependendo da estrutura do sujeito.

Num dos seus trabalhos Money-Kyrle (cit. in Grinberg, 2000), ocupou-se da transferência do problema ético do plano filosófico para o plano científico. Questiona-se acerca de como seriam afectadas a nossa moral e a nossa política à medida que nos tornamos mais conscientes de nós próprios, acrescentando que o método que permite ampliar os limites da nossa consciência é sem dúvida o psicanalítico. Ainda de acordo com este autor, a análise sobre as nossas emoções e os nossos desejos deve-se unicamente ao conhecimento que proporciona e a nenhuma outra influência.

Aqui será possível avançar mais um pouco, ou seja, se as emoções podem constituir um factor relevante para a exclusão da culpa em certos casos e não em outros, emerge a questão de um julgamento valorativo das emoções. A questão é que temos ficado presos num julgamento externo e social de determinados comportamentos que forçam o sistema a tomar uma certa decisão, em prol de um julgamento do valor subjectivo da acção (do sujeito) com um significado interno.

Recobre-se então esta questão, aqui, do seu maior embaraço: como e em que base é possível dizer que uma emoção é justa ou justificada; mais ainda, como formar uma legislação que preveja a exclusão de culpabilidade diante determinadas emoções consideradas compreensíveis e outras não? E qual a relevância, afinal, da compreensão do sujeito, da sua acção e das suas emoções, quando a linha condutora da penalidade passa por tipificar emoções à partida intoleráveis? Aqui, em jeito opinativo, antes de se verificar

e avaliar o bem e o mal, o certo e o errado (do ponto de vista jurídico) seria caso de verificar e enquadrar o acto no sujeito e não o sujeito no acto, esta sim seria a base para uma efectiva deferência do sujeito levando, afinal, a uma aplicação individualizada e objectiva dos juízos de culpabilidade. A realidade interna de um sujeito faz necessariamente eco na sua realidade externa. Todo o acto tem um significado de comunicação.

A culpa depende da ausência da desculpa?

Perante estas evidências e, porque não, as aquisições ao nível da psicologia (da sociologia e de outras disciplinas científicas) a inspirar as concepções legais vigentes acerca da culpa?

Ao que acresce que a culpa do agente deve por vezes ser partilhada pela própria sociedade, quanto à sua responsabilização pelo cometimento de certos crimes, neste sentido falou-nos Maia Costa (1982, cit in Oliveira, 2010) “A responsabilização da sociedade pelo facto criminoso e na luta contra o crime é ignorada pelo Código Penal. O criminoso desviou-se do padrão e a sociedade vai tentar «paternalmente» regenerá-lo, como se ele fosse o único culpado, mas isso é o que está [e ficará] por provar” (p.33). E aqui avançamos, pois o critério subjectivo não pode ser esvaziado do critério externo do sujeito, de cariz mais social, cultural, pois esta desconsideração deve-se essencialmente à desresponsabilização contemporânea com uma sociedade em falência ao nível do colectivo.

Intrincando as várias disciplinas com vista à realização de uma justiça tão factual como pessoal, há que buscar algo de novo. Assim, apoiando-nos em diversas vertentes científicas, vamos beber ao ensaio da busca de um “princípio da desculpa” em direito penal (Palma, 2005). Esta “ideia (...) foi gerada pela insatisfação quanto à (in)capacidade [do] sistema legal de causas de desculpa e de exclusão da culpa, (...) enquadrar, ou pelo menos dar uma solução clara, a inúmeras situações em que a justiça da punição é discutível, apesar da ilicitude do facto” (Palma, 2005, p. 135).

No nosso sistema operam limitações efectivas. Como refere Palma (2005), existe uma inflexibilidade nas distinções entre justificação e desculpa, uma estrondosa irrelevância para a desculpa de factores emocionais, bem como de afectação da identidade,

existindo um conjunto limitado de causas de desculpa. “O «código» das emoções motivadoras não é apenas um facto psicológico mas um verdadeiro dado normativo: um núcleo de bens e valores que devem ter expressão no direito” (Palma, 2005, p. 147). Não se trata, porém, de mera coerência entre os critérios de culpa e de desculpa, mas da necessidade de o pensamento sobre a culpa se fundamentar na confrontação com o espaço (seus critérios e problemáticas gerais) da desculpa. Defende Palma, que o funcionamento do sistema punitivo assente numa lógica de desculpa (englobando a sua exclusão) é expressão de princípios de justiça elementares e condição moral de toda uma responsabilidade penal.

Não se constituindo como uma área menor ou periférica do direito penal nem como um circunstancialismo de não responsabilização, mas antes uma exigência de apoiar a responsabilidade penal numa verdadeira culpa moral que determina que a desculpa atinja um papel de autêntico princípio jurídico.

Com a queda da distinção entre emoções boas ou más, a desculpa por via das emoções ganha forma pelo reconhecimento de condições e limites de cada ser humano que tenha cometido um crime, o que é absolutamente díspar da busca da culpa em critérios pré-estabelecidos a partir do que sócio-culturalmente é considerado como bom ou mau.

Não obstante este princípio na formulação, como refere Palma (2005), não se poderia abdicar da exigência de uma verificação empírica da capacidade do agente se motivar em concreto pela norma, sendo de rejeitar a normativização simplista da desculpa, tendo de ser utilizados critérios extra-jurídicos que informem e esclareçam sobre o poder da pessoa concreta relativamente ao seu acto, sendo inevitável o abandono de uma lógica tipicista de causas da desculpa. Ainda segundo a mesma autora, a confrontação da capacidade abstracta onde o agente se motivar pela norma, com a oportunidade de o fazer em concreto de acordo com critérios de justiça e equidade que atentem à situação do agente e a relevância desculpante de factores que afectem a manifestação de identidade da pessoa no acto.

“A desculpa é uma decorrência da pessoalidade da censura, (...) desculpar a pessoa concreta não é, pois, desculpar a pessoa travestida de «homem médio» mas uma determinada pessoa, com nome e história, nas suas condições e limites próprios” (Palma, 2005, p. 230). Ora, avançando nesta eventualidade, sempre se dirá que se torna indubitável a importância do apoio da classe jurídica (legislativa e aplicadora da punição) em saberes e técnicas auxiliares que, mais do que levar à descoberta da verdade material, leve também à

descoberta da realidade pessoal dos arguidos, que necessariamente condicionou de forma peremptória a sua conduta.

Já dissemos, é que só existe o crime e a sua tipificação, se existir o criminoso. Temos tipificado os crimes, conseguimos tipificar os criminosos? Parece-nos óbvia a resposta, o homem é intipificável, por isso mesmo cada um de nós tem um ADN e impressões digitais únicas. Todos os actos cometidos pelos homens dependem das suas circunstâncias, e estas são tantas quantas é possível enquadrar numa vida inteira feita de particularidades e momentos únicos. Não é possível tipificar actos ou comportamentos quando os enquadramos seriamente nos seus agentes. O que se tem feito em ultima análise é deixar de fora do crime o criminoso, como se não fosse ele que lhe desse forma.

O que se pretende na presente abordagem é precisamente fazer a ponte entre este princípio que poderia surgir e o papel preponderante da psicologia nesta vertente. Reiteremos o dito anteriormente, referindo que esta teoria não pode ser afectada da mesma forma a crimes como os já aqui enunciados (económicos ou de terrorismo) por exemplo, em que a vontade é um todo valorativo absolutamente oposto e díspar do que aqui pretendemos trazer, a (des)culpa deve aí ser verificada de uma forma diferente.

Há que valorizar “o projecto existencial” (Palma, 2005, p.231), do homem, a sua inserção cultural, o desenvolvimento pessoal e a oportunidade que teve no acesso aos valores e bens de vida, pois os projectos existenciais de cada um de nós podem colidir com os valores do Direito, sem que tenhamos tido oportunidade de evitar tal colisão.

Nesta esteira, poder-se-ia induzir a racionalidade penal a procurar novos critérios de interpretação para as acções ilícitas, que pura e simplesmente não poderão ser tomadas de acordo com motivações do direito. Uma das possibilidades (entre outras) a estudar e a perscrutar seria a do investimento numa entejuda mais séria, através de um auxílio material mais firme da Psicologia no Direito. Será clara a peia e as muitas reticências colocadas a esta abordagem, até por razões históricas evidentes, tais como a ambivalência clara do poder judicial perante a psiquiatria e as outras ciências, disciplinas do comportamento humano, e, até, em verdade se diga, a falta de rigor científico de certas perícias e as falhas deontológicas e éticas de alguns profissionais destas disciplinas.

Presentemente, em contexto judicial é notória a aproximação da normatividade a outras áreas científicas de conhecimento. O direito tem vindo a adquirir uma fisionomia plural em permanente evolução quanto à produção legislativa e quanto à sua aplicabilidade efectiva.

“A psicologia encontra-se entre as ciências de que a justiça já não pode prescindir, seja na criação das normas, seja na sua aplicação. Esta asserção foi inicialmente dada como assente no domínio do Direito Penal, tendo-se considerado, durante longo tempo, que a haver alguma necessidade de aproximação entre o Direito e a Psicologia a mesma se confinaria aos territórios da penalidade” (Poiars, 2007, p.2).

Esta dinâmica tem amiúde sucedido, não obstante, os operadores judiciários bem como o próprio legislador têm permanecido um tanto indiferentes a esta realidade irrefutável. Sucede que se permanece numa languidez e aleatoriedade no uso e manejo da utilidade que decorre desta(s) disciplina(s).

É aqui que a psicocriminologia, como tentaremos demonstrar mais adiante, pela especificidade e características de análise, pode (e deve) emergir assumindo um estatuto de maior relevância utilizada e prescrita na temática que aqui se acolhe, mas a esta questão voltaremos de forma mais alicerçada, pois para ela também contribuirá o “caso prático” que pretendemos apresentar.

Será chegada a hora então de verificar na prática, num caso concreto como pode o exposto ganhar expressão real. Pretendemos como supra referido, apenas exemplificar através de um caso real a operatória de um processo judicial onde o julgador se muniu de um exame para a tomada da decisão penal, graduação da culpa e aplicação da pena.

3. O CASO DE ESTUDO

Estudar a actividade judicial é uma árdua tarefa, ademais estudar a actividade judicial de determinado processo. Não apenas por se tratar de uma actividade humana, desde logo complexa e dependente de idiossincrasias de quem julga e de quem é julgado, mas também por estar envolvida em determinantes exteriores de quem julga, pois as ferramentas legislativas e legais nem sempre são as melhores. Verificar e expor sobre a prova e a sua valoração, é tarefa igualmente difícil, pois estamos perante matéria predominantemente subjectiva, como é bem o caso patente das perícias previstas nos já referidos artigos 159º e 160º do CPP.

Feito este parêntesis, cumpre agora esclarecer que o que se pretende com este trabalho não é formar qualquer juízo valorativo sobre o trabalho dos magistrados ou sobre este processo em particular, pois essa assumpção apenas poderia ser feita com um trabalho de outra génese, mais abrangente, que buscasse uma quantificação de comportamentos ou acções perante determinadas circunstâncias, e estas processuais. Não se pretende tão pouco enquadrar ou explicar o porquê da passagem ao acto, que no caso em apreço fez mergulhar o sujeito num registo profundamente arcaico, aniquilando quem lhe deu origem. O que se pretende é ilustrar, do ponto de vista formal o desenrolar processual de determinado crime, através da descrição das práticas judiciais e judiciárias levadas a cabo no nosso ordenamento jurídico num caso destes; pensar sobre elas de forma construtiva e, para isso, nada melhor do que exemplificar com um caso concreto para que todos possam ter ao alcance a realidade processual de uma lide desta natureza.

Assim, cumpre descrever o processo em causa, ainda que de forma sucinta, não só para acautelar a privacidade e sigilo aqui exigidos, como para evitar que nos percamos em considerações jurídicas desnecessárias no presente estudo.

O Processo Judicial

O processo que nos serve de exemplo, é um processo-crime que correu termos em 2008 num Tribunal de Comarca (1ª Instância) de competência mista, e onde foi solicitada

uma perícia médico-legal e ainda exames complementares de avaliação psicológica.

Trata-se de um processo-crime onde o arguido foi acusado pela prática de um crime de sequestro, um crime de roubo agravado e um crime de homicídio qualificado.

O arguido é um homem de 49 anos, com instrução primária, habitante de um meio rural, divorciado, pai de quatro filhos. Foi acusado pela prática dos crimes supra mencionados na pessoa da sua mãe de 77 anos de idade, tendo sido acusado de a manter sequestrada por diversas horas, e de a matar com vários golpes de machado da cabeça.

Estes são os factos que constam da acusação.

O processo teve o seu início em Junho de 2008, com o auto de notícia, tendo o arguido sido detido logo após os factos e ficando a aguardar os ulteriores termos do processo em prisão preventiva. Ainda em fase de inquérito, (em Julho) foi ordenada uma perícia médico-legal sem que a mesma tivesse sido notificada ao arguido ou ao seu defensor. A perícia foi pedida sob a forma de quesitos, formulada como passamos a citar:

“No sentido de se apurar não só da imputabilidade do arguido, mas também a sua perigosidade, a fim de ser dada resposta às seguintes questões:

- Aquando da prática dos factos pelos quais está indiciado – 2008.06.xx, o mesmo padecia de alguma doença do foro mental, e na positiva qual;*
- Se a mesma era grave, não accidental, não dominando o arguido os seus efeitos e, por via disso, não pode ser censurado?*
- Tinha ou não o arguido capacidade para avaliar o carácter proibido dos actos que praticou e para se determinar de acordo com esta avaliação?*
- O arguido sofre actualmente de alguma anomalia psíquica?*
- Na positiva, essa anomalia impede-o de avaliar o carácter proibido dos actos que pratique ou para se determinar de acordo com essa avaliação?*
- Existe fundado receio de que o arguido venha a praticar actos delituosos graves?*
- O arguido é inimputável?*
- Se sim, qual o seu grau de perigosidade?”*

No pedido que acabámos de transcrever, constou ainda a informação de que o arguido se encontrava detido preventivamente ao abrigo do processo e os crimes sobre os quais se encontrava indiciado, não tendo acompanhado o pedido quaisquer documentos.

A perícia foi efectuada em Outubro de 2008 com o arguido detido, e em termos de fase processual, antes da acusação (como já referido ainda na fase de inquérito). O exame foi efectuada numa só sessão, onde o arguido se terá mostrado colaborante, tendo ao nível da avaliação psicológica sido aplicadas as provas: Estudo da Personalidade (Mini-Mult e Rorschach) e Estudo do Quociente de Inteligência (Matrizes Progressivas de Raven), e desde logo junto aos autos o relatório da aludida prova pericial. O relatório era composto por cinco páginas, sendo duas de “Relatório de psiquiatria forense” e três de “Relatório de Avaliação Psicológica”.

Após o exame atrás descrito foi feita a acusação em Dezembro do referido ano, pela prática dos crimes já mencionados

O arguido foi julgado em Fevereiro de 2009 e veio a ser condenado em Abril de 2008 a uma pena em cúmulo jurídico de 20 anos de prisão efectiva.

Após analisarmos o texto do acórdão proferido pelo colectivo de juízes e o relatório pericial verificámos que no mesmo se encontram transcritos parágrafos do conteúdo do exame pericial para fundamentar a decisão, os quais aqui citamos e onde destacamos em sublinhado as expressões coincidentes, e em itálico as não coincidentes mas que se reportam a expressões semelhantes, nomeadamente:

Como consta no texto da perícia:

“A avaliação psicológica mostra uma personalidade com dificuldade na socialização, sem capacidade para estabelecer relações sociáveis estáveis, com desconfiança, podendo evidenciar sentimentos de auto-desvalorização que em situação de stress ou conflito desencadeiam risco de passagem ao acto. Apesar de uma presença de ideiação paranóide, não há indicadores psicóticos.

Do conjunto da observação, apreciação do exame psicopatológico e traçado electroencefalográfico, conclui que o examinando apresenta uma Perturbação anormal da personalidade.

Em conclusão:

Aquando da prática dos factos pelos quais está indiciado – 2008.06.xx, o arguido não padecia de doença do foro mental, que retirasse capacidade para avaliar o carácter proibitivo dos actos que praticou. Somos de parecer que o arguido é imputável, apresentando elevado grau de perigosidade e probabilidade de voltar a praticar actos delituosos graves.”

Como consta no texto do acórdão:

“O arguido é dotado de juízo crítico e de uma personalidade caracterizada pela desconfiança e dificuldade de socialização, não tem capacidade para estabelecer vínculos afectivos e relações sociáveis estáveis, evidencia sentimentos de auto desvalorização que, em situações de stress ou conflito, desencadeiam risco de passagem ao acto e revela sinais de possível presença de ideação paranóide mas sem indicadores psicóticos, não padece de doença do foro mental, apresentando uma perturbação anormal da personalidade que não lhe retira a capacidade de avaliar o carácter proibido das suas condutas e de se determinar de acordo com essa avaliação, mas que potencia e torna provável, em elevado grau, a repetição no futuro de factos criminalmente ilícitos, de gravidade e natureza idêntica aos praticados.”

O arguido esteve desde a data dos factos até ao trânsito em julgado da decisão final em prisão preventiva à ordem dos autos, tendo imediatamente após o trânsito iniciado o cumprimento da pena.

A Análise

Alicerçados por tudo o exposto em sede de enquadramento teórico, debruçemo-nos agora sobre o caso em concreto, lembrando que o que se pretende não é comentar os contornos ou conteúdos deste caso em concreto, mas usá-lo como exemplo do que pode efectivamente acontecer, e sobre isso mesmo reflectir. E comecemos pelo início, pelo pedido da perícia. O Juiz do processo em causa sentiu necessidade de se socorrer deste meio de prova e fê-lo desde logo, ainda sem acusação, na fase de inquérito portanto.

Como pudemos verificar supra, a prova pericial pode ter lugar em qualquer fase processual, embora do nosso ordenamento e da letra da Lei, tal não resulte expressamente, podemos sempre pelas remissões e espaços deixados para navegar disso mesmo tirar conclusão, verificando inclusivamente que é nesta fase que mais pedidos de perícia têm lugar. Mais permite como igualmente constatámos, que o pedido seja feito sem que disso o arguido tome conhecimento ou sem que à aludida prova possa obstar, o que no caso concreto aconteceu.

Desta realidade adivinhamos a possibilidade de surgirem diversas consequências nefastas, não só a nível processual, pois efectivamente pode nunca recair sobre o arguido examinado uma acusação formal havendo assim claro desperdício de meios, como também a nível pessoal para a pessoa que se viu sujeita a tamanha intrusão na sua privacidade e liberdade pessoais, de forma diríamos, eventualmente prematura.

Do ponto de vista puramente jurídico, podemos aqui levantar questões como a de que o princípio da presunção da inocência é primordial no nosso ordenamento jurídico, e que quando se ordena um exame a alguém com o da índole de uma perícia, é como se houvesse um prévio investimento na matéria a decidir. Ao que acresce como já vimos, e reiteramos, a possibilidade técnico jurídica de não haver sequer acusação e o processo ser enviado ao arquivo sem mais. Sendo certo que nestes casos o sujeito já pagou a factura de uma intrusão intensa na sua vida privada, vendo posta em causa a sua liberdade e privacidade constitucionalmente previstas e consagradas. Nestes casos reflectamos.

Em que momento deve ser efectuado o pedido da perícia? Deve então a perícia ser ordenada depois da acusação? Onde pelo menos aí temos já uma séria convicção, bem como uma forte suspeita da prática do crime pelo arguido? Ou ainda assim, deveríamos resguardar o uso deste meio de prova para o momento posterior a um encontro inequívoco da prova factual, isto é quando do ponto de vista material temos já a certeza do cometimento do crime. Como noutros ordenamentos jurídicos, aqui a culpa estaria já aferida e então aí usaríamos a perícia para coadjuvar uma decisão de aplicação da pena, da sua medida e da sua composição. Não nos esqueçamos que as penas não se esgotam na privação da liberdade, existem outras penas passíveis de serem aplicadas. Consoante uma avaliação a determinado sujeito, podemos por exemplo considerar mais adequado um outro tipo de pena, ou a aplicação de injunções ou penas acessórias de cariz mais socializante ou com uma índole formativa ou até terapêutica – pouco usadas na nossa *praxe* judiciária.

Posto o tempo processual do pedido da perícia, verifiquemos agora a forma do

mesmo. No caso que nos serve de exemplo, o Juiz ordenante quesita algumas questões que pretende ver respondidas, dá algumas informações e não junta quaisquer documentos, tão pouco o(s) perito(s), pediu esclarecimentos ou requereu informações complementares.

Ao percorrermos estes caminhos, verificámos então que no nosso sistema não há qualquer procedimento estabelecido, i.e., não há nenhum regulamento para a forma ou o conteúdo dos pedidos de perícias, o que aqui igualmente adivinhamos como catalisador de situações menos profícuas para a obtenção de um resultado desejável e equilibrado. Tal situação leva a que cada magistrado de forma autodidacta decida pedir desta ou daquela maneira, fazendo acompanhar esse pedido de documentos ou não, indicando quesitos, ou não, conforme considere mais ou menos adequado. Ora se não temos um procedimento delineado e uniformizado para os pedidos, não o teremos certamente para as respostas. Não há então um critério assente. Parece-nos de relevante gravidade, uma vez que sobre este exame se derramam tamanhas responsabilidades como a discussão da culpa do agente, a sua perigosidade e a medida de uma pena a ser aplicada. Carecia em nossa opinião de um olhar mais cuidado.

Ainda na breve análise, mais do ponto de vista formal, ao nosso caso de estudo teremos agora de falar naquele que provavelmente é o ponto mais sensível das questões que poderíamos aqui levantar, que é o uso efectivo que é dado ou pode ser dado a uma perícia desta índole na decisão penal.

No caso que nos serve de mote, verificámos que no acórdão se encontram transcritas frases completas do relatório de exame pericial, e ainda assim o que não foi transcrito *ipsis verbis* foi adaptado num sentido de reforço da posição assumida pelo perito na sua avaliação. Mesmo sem uma análise de conteúdo podemos verificar da relevância para o Juiz do uso dos termos empregues na perícia. Deram de forma assertiva fundamento à decisão condenatória, no entanto fica-nos a questão de saber se tudo o redigido pelo colectivo de juízes, pelos mesmos foi alvo de total percepção no seu sentido, isto, tendo em conta que foram usadas na perícia e citadas no acórdão expressões técnicas exclusivas do meio científico psicológico. Não obstante, não hesitou o juiz em utilizá-las.

Vincamos esta posição, pois após a análise do relatório da perícia, não pudemos deixar de abrir uma excepção à nossa intenção inicial e já anunciada, que era a de não comentar o caso específico. Apenas o faremos, e de forma sucinta para apoiar uma conclusão a que esperamos chegar mais à frente.

Assim, é inevitável que nos pronunciemos quanto ao conteúdo do diagnóstico de

que o examinado (o arguido) foi alvo e que está plasmado no relatório de psiquiatria forense, onde consta que “não há indicadores psicóticos” e que o sujeito “apresenta uma perturbação anormal da personalidade”.

Ademais, verificámos quanto ao relatório de avaliação psicológica que os resultados transcritos dos dois testes projectivos aplicados são incoerentes com o relatório médico nomeadamente porque refere no relatório da que o arguido “tende a utilizar a racionalidade de forma normativa”, e mais adiante refere que este “é dominado por uma excitabilidade, cuja utilização é frequentemente inadequada”, que “estabelece uma representação de socialização passiva e de conformismo”, e ainda declara estarmos perante “uma angústia de perda de forma”.

Começamos por enunciar que não existe o conceito de perturbação anormal da personalidade, nem do ponto de vista médico-psiquiátrico, não tendo assento do DSM, nem psicológico.

Verificámos ainda existir uma incoerência, pois a existir uma angústia de perda de forma, (termo igualmente questionável), mas que presumimos reportar-se a uma angústia de fragmentação, a mesma é claramente ao contrário do que consta no relatório anterior de um indicador psicótico.

Permitimo-nos especificadamente fazer estas referências para demonstrar que eventualmente existindo incoerências técnicas numa prova pericial, o juiz pode não conseguir vislumbrá-las por não serem do seu saber científico, e ainda assim estas servirão de base e texto ao documento que dá forma à decisão final – a sentença. Estas referências surgem na decorrência do já tínhamos visto relativamente à força probatória quase inquestionável deste tipo de prova.

Desta breve ilustração podemos ainda elencar uma série de questões que certamente serão merecedoras de reflexão, nomeadamente, o porquê neste tipo de crime o pedido de perícia foi imediato, não se tendo requerido outras diligências probatórias. Perante o crime em causa o Juiz não hesitou em mandar avaliar o sujeito.

Em 21 de Junho de 2009, foi notícia no jornal Diário de Notícias: “*Crime violento faz juízes pedirem mais exames mentais*”. Ainda de acordo com a mesma notícia em 2008, o Instituto Nacional de Medicina Legal, recebeu 5125 pedidos de perícias psiquiátricas e psicológicas. Sendo que, grande parte das psiquiátricas serviu para atestar a imputabilidade, pois se no caso dos imputáveis podemos sempre encontrar um enquadramento, uma razão para a prática de determinado crime, no caso dos inimputáveis,

a única razão será a da sua doença. Os crimes mais violentos e de contornos macabros também poderão levar os magistrados a estar mais atentos, por se tratarem de crimes de maior censurabilidade e repercussão na paz e ordem social.

Aqui chegados, depois de devidamente enquadradas teoricamente e ilustradas na nossa prática forense, munidos dos exemplos que o nosso processo nos trouxe, estão já levantadas algumas das questões que pretendemos discutir, sendo agora momento de nos posicionarmos criticamente e de forma mais sustentada sobre algumas delas. Para o efeito tentaremos buscar na teoria e na prática suporte para aguçar o interesse de quem, esperamos, reflecta connosco.

4. DISCUSSÃO

Perante os desajustes, e porque não, as lacunas que verificámos existirem através do estudo e elaboração do presente trabalho, nomeadamente a falta de uma estrutura que norteie a matéria pericial e o seu manejo, dele não podíamos sair sem pelo menos tentar trazer algo de novo. Para o efeito, ainda que assentes nos que existem, buscaremos novos critérios para abordar a temática. Abordagem(ns) essa(s) que traga(m) alicerces onde possa ser bem assente uma decisão judicial, baseada não só numa culpa efectiva, onde se inscrevam por um lado a verdade dos factos, a verdade material, mas também o sujeito, ele e a sua personalidade, a sua construção única.

Do que conseguimos observar, o que se nos afigura de mais preocupante é a estrutura *ad hoc* em que assentam os pedidos de perícia, a sua elaboração, e a sua posterior interpretação. Não há, como constatámos critérios estabelecidos para os pedidos, para o momento processual dos mesmos, para a execução dos exames e sobre quem os executa, nem para a comunicação dos resultados ou para o seu uso efectivo. Relembremos, especificando.

A previsão destes meios periciais obedece a objectivos, nomeadamente para atestar da inimputabilidade de determinado sujeito (artigo 159º do CPP), ou para “a decisão sobre (...) a culpa do agente e a determinação da sanção” (nº 1 do artigo 160º do CPP *in fine*).

Quanto a esta postura legislativa (e a prática nos nossos tribunais), a verdade é que se deveria ter verificado com superior cautela o alcance desta intenção. O momento processual, a forma como são pedidas e recebidas estas perícias, abrem caminho para um resvalar na determinação da culpa dos arguidos em função das mesmas, em detrimento da verificação primária (e desejável) da efectiva prática dos factos.

Verificámos, inclusivamente através do exemplo real que trouxemos à discussão e que nos serviu de exemplo, que efectivamente a perícia pode ser pedida em qualquer fase, nomeadamente em sede de inquérito, e sem que seja comunicada ao arguido essa decisão, é uma decisão que pode caber unicamente ao juiz. Vimos ainda que se pode sujeitar determinado arguido a uma perícia (com todos os exames que a consubstanciem), sem que sobre ele venha a recair qualquer acusação, o que nos fez reflectir sobre o Princípio da Presunção da Inocência, e nos princípios que lhe são adjacentes, como os da liberdade e privacidade, aqui em nossa opinião necessariamente postos em causa.

Vimos ainda que um dos objectivos da avaliação através da perícia é o de saber se o

sujeito é perigoso ou não. Daqui vamos excluir então a perigosidade que pode advir da inimputabilidade, que surge do estabelecimento médico, bem como a perigosidade que pode surgir da prática de comportamentos de forma reiterada, que terão a sua expressão formal no registo criminal do arguido. Estes dois meios, digamos assim, de estabelecimento da perigosidade estão de forma mais convencional ao dispor do Juiz, são objectiváveis de forma mais linear.

Por isso debrucemo-nos agora sobre a prognose da perigosidade, essa que se pede aquando da realização de um exame, às vezes de forma explícita, outras de forma implícita, lá está, dependendo da forma como é feito uma pedido, uma vez que, conforme constatámos não há um modelo regente para o formular.

Neste sentido de prognose de perigosidade, não há critérios rigorosos, bem como não há graus definidos, se um sujeito é considerado perigoso, em que grau o é? Estão estabelecidos graus? Não que disso tenhamos dado conta, então para que realmente pesa a expressão “perigosidade” num relatório pericial, com que critério é depois aplicado? Ficámos sem saber.

Atempadamente se deve de igual forma ponderar a forma da comunicação dos resultados do exame, a comunicação escrita através do relatório pericial e a comunicação oral se requerida. É que a linguagem é ambígua, inclusivamente a técnica, e convém mais uma vez estabelecer procedimentos quanto a esta questão, pois no fundo é nesta passagem de informação que o resultado obtido pelo perito passa para a esfera do decisor, e se por um lado a separação técnica de saberes deve imperar, por outro, ambos terão de fazer meio caminho até ao encontro da versão mais capaz de dar forma ao trabalho do perito, do magistrado, e por fim a um resultado final útil, onde terá de imperar uma consciência ética e profissional aliada ao conhecimento científico em ambas as matérias.

Reportando-nos à prova pericial e à tomada de decisão nela assente, a ela já fizemos alusão, nomeadamente quanto ao seu valor. Reiteramos aqui que “a prova pericial representa um desvio ao principio da livre apreciação da prova” (Latas, 2006 p.106).

No entanto, e por tudo o exposto aqui chegados surge-nos uma inevitável questão, a que não tentaremos aqui dar resposta por não considerarmos sede própria, mas que não pudemos deixar de formular, será que o juiz pode afastar o juízo pericial com base em inegáveis contradições do parecer?

Podemos considerar que o Tribunal discorde da conclusão pericial por razões de ordem científica, em sentido estrito, com fundamento diverso de um outro juízo? (ibidem

p.109)

É que constatámos no exemplo que trouxemos ao estudo que inclusivamente na comunicação de resultados, através e no próprio diagnóstico que podem existir incoerências técnicas, ou até desacertos, mas que estes não têm forma fácil de resolução, i.e., o juiz não tem (nem tem de ter) capacidade técnica para aferir da validade e qualidade dos relatórios de perícia, nem conselho científico de quem se possa recorrer para o efeito. As perícias em sede judicial não podem ser contraditadas, ao que acresce o facto de não existir órgão regulador e qualificador do rigor científico das mesmas. Ao nível da função dos peritos, não há um órgão que estabeleça procedimentos, ou para o qual se possa recorrer de comportamentos ou resultados menos qualificados do trabalho de um perito.

Após a comunicação de resultados, é então tomada a decisão penal, aqui pondo de lado a questão de ser ou não previamente aferida a culpa factual, pois sobre essa causa anteriormente já versámos, mas ainda assim e para que haja uma condenação temos de ter consignada, sem dúvidas, a culpa.

A culpa penal, como vimos, é construída em cima do normativo penal que assenta por sua vez no expectável comportamento de um homem médio, construção efectuada com critérios de consciência ético-social dominantes e fiéis ao Direito. Aqui teremos de nos posicionar criticamente uma vez mais, pois essa construção está necessariamente desactualizada, uma vez que o considerado homem médio mudou de composição. Os conceitos outrora válidos há muito deixaram de o ser, desde logo porque o estabelecimento do homem médio era balizado pelo *bonus pater familias*, i.e., o bom pai de família e a instituição familiar está hoje longe de ter o mesmo peso ou constituição que tinha, basta pensarmos na quantidade de famílias monoparentais e reestruturadas que temos hoje em dia com as elevadas taxas de divórcio, bem como a constituição de famílias entre pessoas do mesmo sexo. Dizemos de forma convicta que já não há valores, se calhar não pensamos que os valores é que mudaram.

Já a culpa psicológica, como supra descrito, pode convergir ou divergir da culpa legal, pois efectivamente uma pode dar-se sem a outra e vice-versa. A culpa psicológica, ou o sentimento de culpa pode existir mesmo sem que tenha havido uma condenação. No entanto somos da opinião de que, sendo a culpa legal a materialização externa de uma culpa interna, esta ao provar-se pode influir de forma extremamente positiva na recuperação de uma realidade interna mais condizente com um equilíbrio, o qual é extremamente favorável à vida do sujeito e à sua saúde mental e física. Nesta esteira,

encontramos aqui em nossa opinião, talvez o ponto mais convergente entre as duas culpas, que coexistindo, se perfilam para uma restauração do sujeito enquanto *Eu*, e enquanto membro da sociedade que lesou com os seus actos. Assim, após o estabelecimento da culpa de facto, a condenação será favorável, por forma a pacificar o sujeito interno, através dessa factura a pagar à sociedade cujo valor é estabelecido pelos seus pares através da tipificação dos crimes nos códigos penais de cada lugar. Toma coerência a sua culpa interna, com a legal, ao ser materializada através da justiça imposta pelos seus pares.

Reiteramos aqui o enfoque no individual do sujeito e numa análise cabal do seu funcionamento psíquico, pois o que torna cada sujeito único é a formação do seu processo interno, investindo nessa sua realidade perante situações semelhantes de formas diferentes, o que naturalmente faz com que perante o mesmo estímulo duas pessoas ajam de forma diferente.

Será na interacção das várias perspectivas de um sujeito, sem que dele não se perca pé, onde poderá medrar um exame com características mais abrangentes, com formas e procedimentos devidamente estabelecidos, para que todos os agentes deles possam servir-se de forma proveitosa, no entanto para o efeito é necessário criar um enquadramento teórico rigoroso.

São efectivamente terrenos difíceis de pisar, pois as posições tomadas por um perito nestas circunstâncias podem pôr em causa a tomada de decisões que irão afectar muitas vezes de forma irreversível a vida de determinado sujeito. No entanto com um olhar dinâmico do ponto de vista da estrutura do sujeito, coadjuvado com o “valor do projecto existencial da pessoa, como condição de ela persistir como *eu*” (Palma, 2005, p. 237), veiculado para o exame através da consideração do tempo, do espaço e da vida do sujeito pode aí sim fazer-se vislumbrar por exemplo se a pessoa tende a agir, em vez de pensar ou dizer.

Um exame desta génese poderia consubstanciar uma verdadeira ferramenta da prática judicial em primeira análise, e ainda na posterior reintegração do sujeito, bem como na existência da vítima, pois nele estaria de forma mais rigorosa plasmada a sua verdade existencial, necessariamente diferente de qualquer outra. Pelo exposto não podemos deixar de concordar com Villerbu (2010), quando este diz que este seria um modelo de cariz restaurativo e não retributivo, pois permitiria enquadrar mais além, num trabalho não imediato à procura do sim ou não a uma condenação, mas apostado em reequilibrar e devolver o sujeito à sociedade. Seria à luz dessa verdade que construiríamos outra, mais

adaptada, com vista à reparação do dano causado, ao arguido, à(s) vítima(s) e à sociedade.

“A psicologia surge (...) como (...) ciência que fornece elementos complementares à medicina. A técnica (...) vem afirmar que é possível provar o mal cometido, agora mesmo que o corpo não mostre como visível esse mal (...). (...) A questão da prova de uma [(des)] culpa, que implica, agora, um retorno ao corpo humano (...), [bem como] a averiguação desta [(des)] culpa, (...) é possível usando uma estratégia diversa da habitual, microscópica: procurar no invisível o sinal que denuncia, procurar nas sombras como referiu Foucault (1993)” (cit in Pais, 2005, p. 350).

Acrescerá a adopção de uma posição explicativa e compreensiva que permita uma apreensão mais completa, do complexo acto de transgredir e a necessidade de dar corpo empírico e teórico à resolução paradigmática na racionalidade científica. Este modelo sugere que o acto de transgredir faz apelo ao sistema da acção, com o sistema da personalidade e às relações do sujeito com a norma e a transgressão, cujo objectivo é perceber o acto na sua multi-causalidade e nos seus vários domínios de expressão e de significação (Marques-Teixeira, 2000). Como afirma Hutz (2002), o processo de avaliação psicológica actua em diferentes contextos e situações, afectando o indivíduo, sociedade e instituições como um todo, pelo que a sociedade irá beneficiar se todos contribuírem para um bem comum.

Neste tipo de trabalho, o da avaliação, não se pode cair no erro de procurar um modelo simplista de causa efeito, pois estamos antes de mais perante a condição e funcionamento humanos, ao que acresce estarmos perante um comportamento criminal. Trata-se não de estabelecer um conceito estanque do que é normal ou patológico, até porque, e aqui como nos disse Ganguilhem (1966, 2007) facilmente verificamos que há normalidade na patologia e patologia na normalidade. As pessoas são construídas pelo Direito e reconstruídas pelos dispositivos sociais de interacção, e, acrescentamos nós, são ainda fundados na sua realidade psíquica traçada numa história de vida sempre singular. Assim sendo onde fica o sujeito, a pessoa, a casuística? Ficam como que enformados, ao passo que nós nos mantemos conformados à “normalidade” estática de conceitos desactualizados e obsoletos.

Novos critérios Multidisciplinares

Na sociedade actual inscreve-se uma diversificação, sofisticação e um permanente aperfeiçoar de práticas de novos ilícitos por parte do transgressor, então há que abeirar o fenómeno criminal com outras valências, como nos diz Moulin :

“la dynamique d`émergence de l`agir criminel, n`est plus appréhendée comme étant liée, directement et seulement, à des dysfonctionnements psychiques, mais plutôt comme le produit d`articulations multiples et réciproques, impliquant tout autant l`environnement social, le sujet, son histoire de vie, les relations interpersonnelles que les problématiques psychiques et psychopathologiques” (Moulin, 2007, p. 6).

Vamos por isso, como já tínhamos avisado, socorreremo-nos da valência da psicocriminologia, tema e disciplina que ampara o Mestrado que deu origem ao presente trabalho, e a qual não pode, em nossa opinião deixar de ser chamada aqui à colação.

A psicocriminologia vista como um olhar, uma ética e um conjunto de formalizações operatórias e instrumentais numa estratégia ético-política com três grandes referências – O sujeito psíquico, o sujeito social e o sujeito jurídico. Vista como uma união conjuntural e uma construção disciplinar, uma co-criação, com articulação de saberes e de saber fazer, entre ciências e disciplinas do psiquismo, sociais e jurídicas; devendo haver uma construção subjectiva essencial entre estas vertentes (Villerbu, 2010).

Ao surgir o termo psicocriminologia, o autor faz questão de se referir ao léxico de forma explicativa, distinguindo o termo do da psicologia legal, a qual designa como o estudo do acto num contexto bipartido entre o corpo do sujeito e o seu psiquismo, sendo a psicocriminologia, essa definida como o estudo da interpretação do acto num contexto psíquico e social, mais que estratificada em três tempos: o antes, o durante e o depois, (do agir criminal), acrescenta o subjectivo, i.e., os eventos, os climas e os trajectos existentes de determinado sujeito que o levaram a cometer determinado acto.

Aqui em resposta ao questionado anteriormente - O que poderíamos considerar como perícia psicocriminológica? E que mais valias poderia trazer?

A tónica assenta aqui na destrição entre o individuo e a pessoa, onde no primeiro caso há uma lógica penal com uma individualização da pena num modelo retributivo e no

segundo existiria uma interacção na história pessoal e colectiva de determinado sujeito, que depois será preponderante para uma ressocialização, num modelo de justiça mais restaurativa, e onde aliás a vítima é também tida em conta.

É inequívoco que todas as legislações penais modernas reconhecem o manifesto interesse neste tipo de exame, consagrando-o como prova pericial, a qual inclusivamente se sobrepõe à livre apreciação do Juiz.

Como já vimos, no nosso ordenamento, no caso de uma perícia psiquiátrica médico-legal, compete ao perito o exame com vista ao estabelecimento de um diagnóstico, onde o sujeito é classificado como capaz de ser responsável e responsabilizado pelos seus actos ou não – e aqui referimo-nos em específico à inimputabilidade, facto que, estabelecido vai decidir se o arguido pode ser levado a julgamento ou não, se há ou não culpa (legal). Neste tipo de perícias podem ainda participar psicólogos, mas de uma perspectiva mais psicométrica, objectivando apenas os aspectos de uma patologia mental.

Já na perícia sobre a personalidade, onde o objectivo não é avaliar funções mentais, o psicólogo usa essencialmente provas de cariz projectivo, onde se visa a investigação dinâmica da personalidade, tornando assim possível avaliar os aspectos cognitivos de forma isolada, mas também a estrutura da personalidade (Silva, 1993).

Numa perícia com cariz psicocriminológico, poderíamos ir à procura do modo de organização da personalidade de determinado sujeito, mas sem perder de vista os factos que levaram a determinado processo judicial, dando ao acto um sentido, torná-lo inteligível, decifrando-o ao Tribunal.

É proposto um modelo integrativo da dinâmica do agir criminal, uma teoria da complexidade na perspectiva integrativa, estruturada em quatro eixos de análise. Uma dimensão dinâmica, em conceber a complexidade da dinâmica criminal a partir da articulação das diferentes dimensões que fazem parte do sujeito, no contexto da situação e da relação; uma dimensão temporal que se refere aos tempos do acto; uma dimensão espacial, que remete para a articulação entre o mundo interno e o mundo externo do sujeito; e uma dimensão significado, onde o interesse está no agir criminal.

Neste sentido, Moulin (2009), refere que o comportamento criminal não está especificamente ligado a uma estrutura psíquica nem a uma personalidade em particular. A autora por seu turno propõe uma abordagem com modelo integrativo, onde numa primeira posição estaria a origem do comportamento delinvente que faça sentido dentro de uma história pessoal, uma personalidade que se desvia na relação com o grupo e com a

sociedade, e numa segunda posição com a reacção social ao comportamento delinvente, o estatuto do agente do crime, a posição social e o contexto sociológico. Aqui embora não se explicando o comportamento, permitiria situar o sujeito no seu contexto social.

Nesta perspectiva o fenómeno criminal não pode ser determinado ao início, mas tem de ser reconstruído e analisado posteriormente (Pourtois & Desmet, 1997 cit in Moulin, 2009).

Na abordagem psicocriminológica do agir criminal violento há uma perspectiva criminológica que se inscreve na abordagem integrativa, não se limitando à psicopatologia e à cena do crime, mas tendo em conta a posição subjectiva do sujeito, composta pela sua história de vida, as dimensões psíquicas e eventualmente psicopatológicas; a cena do crime, englobando o período pré-criminal, processo e período pós-criminal; e ainda o contexto global, psicossocial e envolvente que produzem ou nele participam. Sendo que a investigação do contexto de vida anterior ao agir criminal permite analisar e compreender o que participou na construção psicológica, identificando os locais e os momentos de emergência do conflito e de crise que podem vincular os processos psíquicos favoráveis à infracção.

A abordagem psicocriminológica tem o enfoque no “sujeito que passa ao acto”, e no seu meio envolvente, importando também o tempo e o espaço; questionando quando é que o acto criminal vai contra o que está estipulado socialmente (estabelecido pelas normas e valores em vigor).

A abordagem temporal remete para os “tempos do acto”, e os “tempos do sujeito”, os tempos do acto, têm em conta o desenvolvimento diacrónico da acção, referente às teorias criminológicas, é feito em três formas: o período anterior à infracção, o período criminal; período pós-criminal; e os tempos do sujeito, que se referem à sua história pessoal e singular.

A abordagem espacial, articulação do mundo interno e do mundo externo. O agir criminal é resultado da articulação dinâmica e temporal de um conjunto de dimensões internas e externas. A dimensão interna é a percepção subjectiva em função de uma história pessoal e de um modo de funcionamento psicológico, da existência de problemas psicopatológicos e do exercício de uma dinâmica criminológica; a dimensão externa, que se refere à realidade social externa.

As abordagens psicodinâmicas visam analisar os níveis dos actos, os aspectos comportamentais, que permitem compreender o grau de destruição e infracção à

integridade física e/ou psíquica do outro, e os processos psicológicos, que podem ser entendidos como um movimento defensivo e em função geral da regulação do equilíbrio interno, face ao desequilíbrio do sistema psíquico. O agir criminal não pode estar relacionado apenas com problemas psíquicos, mas também com o produto de muitos factores, tais como o envolvimento social do sujeito, a história de vida, as relações interpessoais e também as problemáticas psicopatológicas. Este seria o esboço de uma estrutura onde assentaria certamente um exame mais completo, certo e útil.

Após a verificação das fragilidades encontradas no nosso sistema, não resistimos a chamar aqui a realidade francesa, a qual importa esclarecer não é ideal, mas é certamente mais avisada e experiente nestas matérias. Nela encontramos procedimentos profundamente dispares dos que subsistem entre nós.

Em França o estudo “psicológico do delinquente” nasceu em 1945 no seio de uma legislação do Direito de Menores, a qual tinha em vista a reeducação, reabilitação e tratamento. Posteriormente, em 1958, com a reforma do código de processo penal francês, criou-se um “*dossier de personnalité*”, estendendo esta prática aos adultos. Estes *dossiers* eram elaborados num contexto de consideração pela história de vida do sujeito, o seu potencial latente, as suas capacidades e dinamismos psíquicos, cuja finalidade era “*l'établissement d'une justice plus équitable et plus humaine*”, (estabelecer uma justiça mais equitativa e humana).

No seio deste ordenamento jurídico o juiz pode ordenar uma perícia sobre determinado sujeito, no entanto do CPP francês (artigo D16) resulta claramente que o propósito deste exame não é “*rechercher des preuves de la culpabilité*” (buscar evidências da culpa) e não “*en tirer de conclusions touchant l'affaire en cours*” (tirar quaisquer conclusões sobre o caso em andamento processual).

A avaliação psicológica neste contexto não diz respeito ao próprio crime, trata-se de uma análise de funcionamento mental, para descrever a estrutura de uma personalidade para mostrar a história de um sujeito, com vista a compreendê-lo à luz das suas condições de reacção, de desejos e ansiedades. Aqui, o perito deve observar o fenómeno na sua totalidade, tentando explicar a dinâmica do sujeito que depende da sua história, podendo inclusivamente aconselhar sobre medidas que pareçam adequadas para facilitar uma melhor inclusão social após o fenómeno criminal, que disso for caso (Moulin, 2009).

Talvez esta vertente seja herança da própria história da perícia em França, uma vez que foi inspirada num modelo (re)educacional do Direito de Menores, depois adaptado e

utilizado no seio da população adulta.

O psicólogo aqui utiliza os métodos da clínica, nomeadamente as entrevista(s) e a realização de exames. A escuta activa que advém da(s) entrevista(s) ao sujeito deve nortear a decisão de aplicar provas e/ou testes, e quais as provas e/ou testes mais adequados à situação concreta, o que só se consegue com a experiência demonstrada e que alicerça a formação do perito. Pegando nesta outra área tão sensível, a da classificação dos técnicos a quem se reconhece tal título, neste país os peritos estão inscritos numa lista a que o Tribunal tem acesso, para o caso de ordenar uma avaliação, cuja garantia é inequívoca que os profissionais nela inscritos têm a certificação necessária para o efeito, sendo reconhecidos pelas Autoridades Francesas para o efeito como tal.

Não deve o julgador “pedir” ao perito o estabelecimento da culpa do arguido, deve sim pedir para que este explique como, dadas as características da sua personalidade e as suas circunstâncias, o sujeito agiu e praticou determinado acto. De facto, na linguagem técnica utilizada pelo perito, se este escrever no seu relatório algo como “grave intolerância à frustração” ou “forte tendência à impulsividade”, pode levar a um entendimento ao juiz que este tenha cometido determinado crime. Mas se o perito pode ter a certeza das características desta personalidade, não pode de maneira nenhuma garantir que este cometeu determinado crime pelo qual se encontra acusado. Desde logo, porque entendem não se tratar de sede própria para trazer uma culpa formal ao arguido, a culpa jurídica defendem, deverá ser factual e essa provar-se-á através de factos concretos, depois de existir prova material inequívoca do cometimento de determinado crime. Esta tarefa cabe à polícia (em sede de recolha de provas e indícios), e ao juiz (em sede de prova em audiência de discussão e julgamento). Existirá ainda do ponto de vista do perito um motivo de ordem técnica para não o fazer, pois através da descrição de um modo de ser, i.e., da realidade psíquica interna, não se pode dar um salto para a realidade externa, a dos factos. Ainda assim, e com todas as linhas de orientação descritas e cautelas aconselhadas, o relatório de avaliação do perito estará sempre à mercê da inevitável interpretação de todos os que o lerem e sobre ele escreverem. Ao longo deste caminho é certamente uma forte participação para a humanização da justiça, a abordagem psicológica dos sujeitos criminosos e vítimas também. Caminha-se por isso para uma abordagem multidisciplinar, que privilegia os diálogos entre as diversas áreas.

Deste ponto de vista, esta posição tem ainda manifesto interesse para a vitimologia, pois o decifrar do agir tem interesse preponderante, por exemplo, para verificar a

representação da vítima dentro do plano psíquico do autor; mas também porque neste sistema de cariz restaurativo, poderia recair sobre uma dinâmica onde o agressor (ofensor ou prejudicador) participasse na recuperação da vítima. Na justiça restaurativa, na abordagem do crime e nas suas consequências o foco mantém-se nas relações com as partes e em compensar em vez de castigar, reintegrar em vez de excluir e negociar em vez de impor. Ainda neste sentido, “um factor decisivo para (...) a vítima é a importância colocada no facto de ganhar ou de ser bem sucedida na sociedade” (Magalhães, 2004).

Norteados pela adopção destas medidas, verificamos que “a investigação evidencia que a justiça penal não protege os interesses da vítima: ela causa-lhe novos sofrimentos” (Baril, cit in Le Banc et. al, 2008, p.200), é com esta frase que termina Micheline Baril (em 1985) o seu capítulo em *La criminologie empirique au Québec*. Esta justiça representaria uma nova forma de abordar os conflitos, em que a reparação material e simbólica do prejuízo causado se torna central.

Curiosamente, o termo vítima usado frequentemente em criminologia e em medicina legal, raramente o é em direito, onde se opta por um léxico diríamos mais plácido que se escuda em termos como ofendido, parte lesada ou assistente. O conforto do reconhecimento do papel de vítima é muito importante, não numa perspectiva paternal ou alimentadora de vitimações patológicas, mas no sentido resguardante de uma intervenção séria, ética e verdadeiramente preocupada em proporcionar a estas pessoas um bem-estar o mais próximo do possível, permitir-lhes-ia viver com a cicatriz, não com a ferida aberta.

Não deve haver direitos estanques a defender aspectos isolados, mas um direito sobre o conjunto da pessoa, o “direito à pessoa-ser e à pessoa-devir”(Dias, 2004 p.407). Neste sentido, o todo não é efectivamente a soma das partes, é preciso evoluir, pois um sistema realimentado é necessariamente um sistema dinâmico. O caminho a percorrer é longo, mas impõe-se a defesa do homem e pelo homem em todas as suas perspectivas. O respeito pelo mundo subjectivo de cada um é vital, pois só assim nos podemos apresentar em unidade psico-física.

No entanto, no decurso e construção deste trabalho, conforme fomos elencando, verificámos que este direito se vê confrontado com factores actuais como a perigosidade e o risco da chamada sociedade moderna, cujo grande paradigma é a incerteza e insegurança. Uma vez chegados a esta realidade é nossa expectativa que “(...) [se encontram] reunidos os pressupostos (...) médico[s], [psicológicos e] legalmente relevantes, para que o jurista meta mãos à obra e procure deslindar e surpreender a riqueza de implicações jurídicas daí

emergentes.” (Dias, 2001 p.14).

Até porque, estas verdades não podem ser buscadas somente nos limites da Lei, pois os seus protagonistas desprovidos de omnisciência influem na criação das mesmas e na sua aplicação, vislumbrando-se de quando em vez, como nos trouxe Beccaria (2007) que é “(...) como se as leis e os juízes tivessem interesse, não em buscar a verdade, mas em provar o delito” (p. 132). Há que congregar esforços reais, para que ciências e saberes complementares se agigantem em prol do interesse de um melhor processo e modo de vida. “A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas do pensamento” (Rawls, 2001, p.27).

5. CONCLUSÕES

O que nos trouxe até à presente temática foi essencialmente a curiosidade e a vontade de suscitar e pensar sobre questões tão presentes na vida quotidiana, e mais ainda na nossa vida judiciária e social. Ao nível jurídico o tema da culpa, é, e será sempre um tema controverso, pois é de difícil entabulação, não é facilmente objectivável e nem facilmente graduável. A culpa subjectiva penal é um tema que na leva a outro, diríamos até indissociável, o da culpa psicológica.

E fomos à procura da(s) culpa(s), pois após o devido escrutínio histórico, verificamos que ela é um elemento essencial para a condenação do comportamento criminoso. Sempre houve crime e se pensarmos aprofundadamente sobre este facto, com o evoluir das sociedades, basta que determinada conduta esteja tipificada como tal para que haja crime. Basta verificar que os sistemas políticos quando envolvidos em crises de liderança seja por razões económicas ou sociais, tendem a apertar a malha da justiça, legislando no sentido de agravar as medidas das penas, como se isso trouxesse maior segurança, estabilidade ou controlo. O que nos importa aqui referir também, é que o estudo do comportamento criminal surge com o nítido objectivo de o controlar, e isso é perfeitamente detectável na análise histórica da matéria.

Para controlar há que saber, há que antecipar, e vieram as evoluções científicas para o efeito. Chegamos então ao exame dos criminosos, transposto nos dias de hoje, para as perícias a estes indivíduos, mas não a todos, nem a todos os tipos de crime.

Foi inevitável trazer à discussão o porquê disso mesmo, porque se pedem perícias em determinados processos e noutros não? Foram afinal estas as dúvidas e curiosidades o elemento catalisador do presente estudo.

Chegados ao elemento que pode verter cientificidade no agir criminal, decifrando comportamentos considerados inteligíveis para os comuns – as perícias - auscultámos como são postas em prática e depois utilizados os seus resultados, quem as elabora e como é levada a cabo essa tarefa. Falando ainda nas perícias tivemos de ponderar o quanto estas contribuem, para a determinação da medida da pena e para a graduação da culpa do homem criminoso. Vimos através de um exemplo concreto, como pode este procedimento revestir-se de fragilidades e até de incoerências, que podem pôr em causa os princípios mais básicos que tendemos a considerar como inabaláveis.

Verificámos ainda que a culpa legal e a culpa psicológica têm pontos convergentes, mas também divergentes. Até porque como igualmente referimos uma pode existir sem a outra. Seria adequado que ambas convergissem mais vezes, havendo assim um investimento na reintegração de um sujeito após o acto cometido, utilizando-se a manifestação legal da culpa para a atenuação da culpa psicológica. Verificamos também que se penaliza essencialmente o crime e não o acto, pois o crime está tipificado e o acto não.

Ao longo do caminho desaguámos inevitavelmente na vitimologia, que é um campo fértil, complexo e dinâmico de reflexão teórica e investigação, até há pouco tempo desinvestido, mas que consideramos, poder ser elemento preponderante para a intervenção com o sujeito criminoso. Reflectindo sobre este tema muitas dúvidas nos surgiram, mas também algumas certezas, entre as quais, de que trabalhar com a vítima sem o seu agressor é inócuo, e vice-versa. Acautelámo-nos em tempo referindo que esta verdade pode não servir a todos os crimes, nem a todos os agentes. Os crimes económicos ou de guerra por exemplo não têm vítimas facilmente objectiváveis, o que de certa forma pode fazer reduzir o interesse por este trabalho comum e directo entre vítima e agressor nesses casos. Mas para corroborar isso mesmo verificamos mais à frente, que também não é esse agir criminal que mais importa a quem o pretende estudar. O agir criminal que desassossega as sociedades é outro, é aquele que pode mais facilmente abalar as nossas próprias estruturas, é o agir macabro e essencialmente o violento. Esse abala tudo, é ele que se move dentro dos nossos medos internos, é ele que abre as notícias dos telejornais, e é ele que mais vende nessa vertente. É ainda ele que faz legislar com mais rapidez. Quanto se agitam as massas e o “crime violento” toma conta de determinado lugar, as instâncias informais de controlo há muito que falharam e é aí, que as instâncias mas desta feita as formais tendem a agir de forma musculada, com penas mais pesadas, com controle policial e de vigilância mais apertados, tentando assim demonstrar uma posição de domínio com o objectivo de (re)estabelecer a paz e ordem social, corolário dos Estados de Direito democráticos. É sobre esse agir que há maior curiosidade e é sobre determinados tipos de crime que se buscam as decifrações do comportamento do outro.

O Homem – pessoa humana, vive dando-se a conhecer nas suas mais diversas dimensões, enquanto pai, amigo, ser relacional, profissional, etc., privá-lo ou vê-lo privado do livre exercício de uma das suas vertentes é esquarterá-lo, não se lhe podendo depois exigir que viva inteiro. Neste sentido, o Homem interioriza e experiencia como todas elas

fazem parte do seu estado físico-psíquico equilibrado, no qual aliás se consubstancia a sua saúde, física e mental. Qualquer experiência que se avise passível de abalar essa saúde pode influir na sua forma de agir.

Tentámos trazer à discussão outras realidades, perspectivas de outros exames, talvez mais completos, assentes em outros rigores. Da relação entre o Direito e a Psicologia nascem e podem nascer contributos para o bem comum e colectivo daquilo a se chama sociedade, onde queiramos ou não vivemos inseridos. O direito, em especial o penal, não pode deixar de considerar o que as ciências do comportamento humano lhe podem trazer, até porque têm vindo a ser investidas dessa importância pelo próprio, através justamente do recurso ao elemento que decifra os comportamentos – as perícias. A forma e posterior uso das mesmas poderão ser repensados, não só por via da evolução normal do conhecimento científico nestas temáticas, mas também pela demonstração que aqui se fez das fragilidades do sistema vigente. Ainda relativamente a este enlace e “ (...) embora os penalistas procurem delimitar (...) os campos respectivos das ciências humanas e do direito penal, é certo que a influência das primeiras nas decisões dos juízes não pode deixar de aumentar (...) [tendendo] a tornar-se a instância que fixa os critérios de normalidade dos comportamentos sociais (...). As ciências humanas tendem assim a tomar o lugar do senso comum e a apresentar a nova imagem do “homem normal” (Gil, 1999, cit in Latas, 2006,p.112). Ainda que por vezes o Direito possa atrapalhar a justiça, é nele que devemos manter a esperança de uma comunicação entre a sociedade e o indivíduo conjugada com os seus rigores. Terminamos, com palavras de John Dewey, “Todo o grande progresso da ciência resultou de uma nova audácia da imaginação.”

Culpabilidade

O que é o perdão?

Vivi na esperança de o ter entre os dedos. Quem diz que o
alcança só vive de enredos...

Fiz mal? Mas a quem? Que venham contar-me as mágoas
geradas por meu vil desdém
e as feridas mostrar-me na carne rasgadas.

Fiz mal? Mas a quem? Fui pedra lançada no vosso caminho?
Barrei-vos a estrada com traves de pinho?

Só sei que há vozes gritando a culpa que sinto pesar-me
na alma,
há ecos cavando a dor que pressinto em noites de calma...

Só sei que suspensos enredos da minha agonia,
urdida ao serão em grande segredo, tornaram vazia a minha
intuição.

Fiz mal? Sim ou não? Onde e quando? Dizei-mo, dizei-mo!

Eu sou como a rocha virada pró norte, que acolhe a rajada
em concha bem forte e a atira pró nada...

Fiz mal? Sim ou não? Até os duendes, escondidos e aduncos,
me negam razão.

O que é que vós tendes? Tremeis como os juncos nas bordas do rio.
Escondeis-vos de mim, do meu poderio?

Do meu poderio! Ah! Ah! Ah! Tesouros saídos
de cofre guardado em cave nojenta, demónios roídos
de querer aturado em bolsa sangrenta?

Fiz mal? Mas a quem? Àqueles que ainda não viram a luz
das coisas imundas? De ideias fecundas fiz braços em cruz?

A treva gerada em dúvida vã que cobre a minha alma andou
apressada;
a todos levou a ânsia e a calma em Deus embarcou?

Fiz mal? Como e onde?
E quando? E quando?

Isabel Gouveia (1967), in "Os Sete Dias Passados"

Referências

Dicionário Universal: Compacto Língua Portuguesa (2000). Lisboa: Texto Editora.

Beccaria, C. (2007, 1766). *Dos Delitos e das Penas* (2ª Ed). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Beleza, T. P. (1984). *Direito penal* (Vol. 1). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

Beleza, T. P. (1985). *Direito penal* (Vol. 2). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

Bergeret, J. (2000). *A personalidade normal e a patológica*. Lisboa: Climepsi Editores.

Blackburn, R. (2006). Relações entre Psicologia e Direito. In A. C. Fonseca, M. R. Simões, Taborda-Simões, M. C. & Pinho, M.S. (Eds.), *Psicologia forense* (pp. 25-51). Coimbra: Almedina.

Canguilhem, G. (2007, 1966). *Le normal et le pathologique*. Paris: Puf.

Carolo, R. (2005). *Psiquiatria e Psicologia Forense: Suas implicações na Lei*. www.psicologia.com.pt, acessado em 12 de Abril de 2010.

Cordeiro, J. (2008). *Psiquiatria Forense*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Correia, E. (2008). *Direito criminal* (Vol. 1, reimpr.). Coimbra: Edições Almedina.

Cusson, M. (2007). *Criminologia*. (2ª ed.). Cruz Quebrada: Casa das Letras.

Deleuze, G. (2005). *Foucault*. Lisboa: Edições 70.

Dias, A. J. (2001). *Dano corporal – Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*.

Coimbra: Almedina.

Dias, J. de Figueiredo (1995). *Liberdade, culpa, direito penal* (3ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Dias, J. de Figueiredo, & Andrade, M. C. (1996). *Direito penal: Questões fundamentais; a doutrina geral do crime* (lições policopiadas). Coimbra.

Doron, E., & Parot, F. (2001). *Dicionário de psicologia*. Lisboa: Climepsi Editores.

Durkheim, E. (1988, 1894). *Les Règles de la Méthode Sociologique*. Paris: Flammarion.

Fernández-Ballesteros, R., De Bruyn, E. E. J., Godoy, A., Hornke, L.F., Ter Laak, J., Vizcarro, C., Westhoff, W., Westmeyer, H. & Zaccagnini, J.L. (2001). Guidelines for the assessment process (GAP): a proposal for discussion. *European Journal of Psychological Assessment*, 17(3), 187-200.

Fernández-Ballesteros, R. (2002) *Introducción a la Evaluación Psicológica I*. Madrid: Piramide.

Foucault, M. (2008, 1975). *Vigiar e Punir* (35ª ed.). Petrópolis: Editora Vozes.

Gil, J. (2004). *Portugal, Hoje: o Medo de Existir*. Lisboa: Relógio D'Água Editores.

Gleitman, H. (2001). *Psicologia* (4ª ed.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Grinberg, L. (2000). *Culpa e Depressão*. Lisboa: Climepsi Editores.

Gonçalves, F. & Alves, J. (2009). *A Prova do Crime – Meios Legais para a sua Obtenção*. Coimbra: Almedina.

Gonçalves, M. (1998). *Código de processo penal anotado* (9ª ed.). Coimbra: Almedina.

- Hutz, C. S. (2002). Responsabilidade ética, social e política da avaliação psicológica. *Avaliação Psicológica*, 2: 81-174. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Avaliação Psicológica. Acedido a 26 de Março de 2009 através de http://pepsic.bvs-psi.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-04712002000200001&lng=pt&nrm=
- Imbasciati, A. (2003). *Nascimento e construção da mente*. Lisboa: Climepsi Editores.
- Kuhn, A & Agra, C. (2010). *Somos todos criminosos?* Alfragide: Casa das Letras.
- Klein, M. (1997). *A psicanálise das crianças*. Brasil: Imago Editora.
- Latas, A. (2006). Processo Penal e Prova pericial. In A. C. Fonseca, M. R. Simões, Taborda-Simões, M. C. & Pinho, M.S. (Eds.), *Psicologia forense* (pp. 74 - 115). Coimbra: Almedina.
- Le Blanc, M., Ouimet, M., Szabo, D. (2008). *Tratado de Criminologia Empírica*. Lisboa: Climepsi Editores.
- Machado, H. (2008). *Manual de Sociologia do Crime*. Santa Maria da Feira: Edições Afrontamento.
- Magalhães, T. (2004). *Introdução à Medicina Legal*. Acedido em 10 de Junho de 2009 através de <http://www.slideshare.net/angelamachado/clinica-geral-no-inml>
- Maillard, J. (1995). *Crimes e Leis*. Lisboa: Instituto Piaget.
- McLaughlin, E., Muncie, J., & Hughes, G. (2003). *Criminological perspectives: Essencial Readings* (2º Ed.). London: Sage Publications.
- Mannheim, H. (1984). *Criminologia Comparada* (1º Vol.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

- Mannheim, H. (1985). *Criminologia Comparada* (2º Vol.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Marques-Teixeira, J. (2000). Ordem e acaso na determinação do crime: Para uma teoria biológica do acto transgressivo. *Psiquiatria e justiça*. Porto: Martins & Irmão.
- Matos, A. C. (2001). *A depressão* (1ª ed.). Lisboa: Climepsi Editores.
- Moulin, V. (2007). Approche dynamique, processuelle et spatiale de l'agir criminel violent: Vers une modélisation psychocriminologique intégrative du passage à l'acte. In B. Gaillard (Ed.), *Psychologie criminologique* (pp. 83-97). Paris: In Press
- Moulin, V. & Villerbu, L.(2009). Examen médico-psicológico des auteurs. In *Psychocriminologie clinique – prise en charge, expertise*. Senon J.L., Lopez G., Cario R. et al. Paris: Dunod.
- Oliveira, F. (2010). *Crime Negligente e Culpa na Dogmática Penal e na Prática Judiciária*. Coimbra: Almedina Editores.
- Pais, L. G. (2004). *Uma história das ligações entre a psicologia e o direito em Portugal: Perícias psiquiátricas médico-legais e perícias sobre a personalidade como analisadores*. Dissertação de doutoramento, não publicada. Porto: Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto.
- Pais, L. G. (2008). A Reinserção social no diagrama disciplinar. *Ousar integrar – revista de reinserção social e prova*, 1, 9-19.
- Palma, F. (2005). *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Edições Almedina.
- Pizarro de Almeida, C., & Vilalonga, J. M. (2008). *Código penal* (3ª ed.) Lisboa: Almedina Editores.
- Poiars, C. A. (2007). Psicologia e justiça: Razões e trajectos. *Sub Judice*, 25-07-2007

22-23. Almedina Editores.

Rawls, J. (2001). *Uma Teoria da Justiça* (2ª Ed). Lisboa: Editorial Presença.

Rocha, M. (1998). *A motivação da Sentença Documentação e Direito Comparado*, 75/76, 95-113.

Rodrigues, V. A., & Gonçalves, L. (2004). *Patologia da personalidade: Teoria, clínica e terapêutica* (2ª ed.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Roxin, C. (1998). *Problemas fundamentais de direito penal* (3ª ed.). Lisboa: Veja.

Silva, G. M. (1996). *Curso de Processo Penal I*. Lisboa: Editorial Verbo.

Smith, R. (2008). *A utilidade da força: A arte da guerra no mundo moderno*. Coimbra: Edições 70.

Villerbu, L. (2010). Conferência, 16-17 Abril. Lisboa: Ispa.

Velloso, R., (2005). O crime do colarinho Branco - Visão Geral. Acedido a 30 de Maio de 2009 através de <http://www.kplus.com.br/materia.asp?co=158&rv=Direito>

Wacquant, L. (2008). Ordering insecurity: social polarization and the punitive upsurge. *Radical Philosophy Review*, 11 (1), 9-27.

Wacquant, L. (2000). *As prisões da miséria*. Oeiras: Celta Editora.

Internet

<http://www.aprendereuropa.pt/document/ConvEuropeiaDH.pdf> acedido a 23 de Outubro de 2010.

<http://www.inverbis.net/juizes/crime-violento-pedido-exames-mentais.html> acedido a 16 de Novembro de 2010.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.doidArticle=LEGIARTI000006514860&idSectionTA=LEGISCTA000006182068&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20101021>, acedido a 27 de Novembro de 2010.

<http://www.villerbu-crimino.fr>

ANEXOS

Anexo I

Artigos do Código de Processo Penal Português

PARTE I

LIVRO I – Dos sujeitos do processo

TÍTULO I – Do juiz e do Tribunal

CAPÍTULO VI – Dos impedimentos, recusas e escusas

Artigo 39.º – Impedimentos

1- Nenhum juiz pode exercer a sua função num processo penal:

a) Quando for, ou tiver sido, cônjuge ou representante legal do arguido, do ofendido ou de pessoa com a faculdade de se constituir assistente ou parte civil ou quando com qualquer dessas pessoas viver ou tiver vivido em condições análogas às dos cônjuges;

b) Quando ele, ou o seu cônjuge, ou a pessoa que com ele viver em condições análogas às dos cônjuges, for ascendente, descendente, parente até ao 3º grau, tutor ou curador, adoptante ou adoptado do arguido, do ofendido ou de pessoa com a faculdade de se constituir assistente ou parte civil ou por afim destes até àquele grau;

c) Quando tiver intervindo no processo como representante do Ministério Público, órgão de polícia criminal, defensor, advogado do assistente ou da parte civil ou perito; ou

d) Quando, no processo, tiver sido ouvido ou dever sê-lo como testemunha.

2- Se o juiz tiver sido oferecido como testemunha, declara, sob compromisso de honra, por despacho nos autos, se tem conhecimento de factos que possam influir na decisão da causa. Em caso afirmativo verifica-se o impedimento; em caso negativo deixa de ser testemunha.

3- Não podem exercer funções, a qualquer título, no mesmo processo juízes que sejam entre si cônjuges, parentes ou afins até ao 3º grau ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges.

PARTE I

LIVRO III - Da prova

TÍTULO II - Dos meios de prova

CAPÍTULO VI - Da prova pericial

Artigo 151.º - Quando tem lugar

A prova pericial tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos.

Artigo 154.º - Despacho que ordena a perícia

1 - A perícia é ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária, contendo o nome dos peritos e a indicação sumária do objecto da perícia, bem como, precedendo audição dos peritos, se possível, a indicação do dia, hora e local em que se efectivará.

2 - Quando se tratar de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, o despacho previsto no número anterior é da competência do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.

3 - O despacho é notificado ao Ministério Público, quando este não for o seu autor, ao arguido, ao assistente e às partes civis, com a antecedência mínima de três dias sobre a data indicada para a realização da perícia.

4 - Ressalvam-se do disposto no número anterior os casos:

- a) Em que a perícia tiver lugar no decurso do inquérito e a autoridade judiciária que a ordenar tiver razões para crer que o conhecimento dela ou dos seus resultados, pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis, poderia prejudicar as finalidades do inquérito;
- b) De urgência ou de perigo na demora.

Artigo 159.º - Perícias médico-legais e forenses

1 - As perícias médico-legais e forenses que se insiram nas atribuições do Instituto Nacional de Medicina Legal são realizadas pelas delegações deste e pelos gabinetes médico-legais.

2 - Excepcionalmente, perante manifesta impossibilidade dos serviços, as perícias referidas no número anterior podem ser realizadas por entidades terceiras, públicas ou privadas, contratadas ou indicadas para o efeito pelo Instituto.

3 - Nas comarcas não compreendidas na área de actuação das delegações e dos gabinetes médico-legais em funcionamento, as perícias médico-legais e forenses podem ser realizadas por médicos a contratar pelo Instituto.

4 - As perícias médico-legais e forenses solicitadas ao Instituto em que se verifique a necessidade de formação médica especializada noutros domínios e que não possam ser realizadas pelas delegações do Instituto ou pelos gabinetes médico-legais, por aí não existirem peritos com a formação requerida ou condições materiais para a sua realização, podem ser efectuadas, por indicação do Instituto, por serviço universitário ou de saúde público ou privado.

5 - Sempre que necessário, as perícias médico-legais e forenses de natureza laboratorial podem ser realizadas por entidades terceiras, públicas ou privadas, contratadas ou indicadas pelo Instituto.

6 - O disposto nos números anteriores é correspondentemente aplicável à perícia relativa a questões psiquiátricas, na qual podem participar também especialistas em psicologia e criminologia.

7 - A perícia psiquiátrica pode ser efectuada a requerimento do representante legal do arguido, do cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens ou da pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com o arguido viva em condições análogas às dos cônjuges, dos descendentes e adoptados, ascendentes e adoptantes, ou, na falta deles, dos irmãos e seus descendentes.

Artigo 160.º - Perícia sobre a personalidade

1 - Para efeito de avaliação da personalidade e da perigosidade do arguido pode haver lugar a perícia sobre as suas características psíquicas independentes de causas patológicas, bem como sobre o seu grau de socialização. A perícia pode relevar, nomeadamente para a decisão sobre a revogação da prisão preventiva, a culpa do agente e a determinação da sanção.

2 - A perícia deve ser deferida a serviços de reinserção social, a institutos de criminologia ou outros institutos especializados, ou, quando isso não for possível ou conveniente, a especialistas em criminologia, em psicologia, em sociologia ou em psiquiatria.

3 - Os peritos podem requerer informações sobre os antecedentes criminais do arguido, se delas tiverem necessidade.

PARTE II

LIVRO VII - Do julgamento

TÍTULO III - Da sentença

Artigo 374.º - Requisitos da sentença

1– A sentença começa por um relatório, que contém:

- a) As indicações tendentes à identificação do arguido;
- b) As indicações tendentes à identificação do assistente e das partes civis;
- c) A indicação do crime ou dos crimes imputados ao arguido, segundo a acusação, pronúncia, se a tiver havido;
- d) A indicação sumária das conclusões contidas na contestação, se tiver sido apresentada.

2 - Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

3 - A sentença termina pelo dispositivo que contém:

- a) As disposições legais aplicáveis;
- b) A decisão condenatória ou absolutória;
- c) A indicação do destino a dar a coisas ou objectos relacionados com o crime;
- d) A ordem de remessa de boletins ao registo criminal;
- e) A data e as assinaturas dos membros do tribunal.

4 - A sentença observa o disposto neste Código e no Código das Custas Judiciais em matéria de custas.

Anexo II

Artigo 1º da Constituição Portuguesa

Artigo 1.º - República Portuguesa

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Anexo III

Artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Artigo 6º - Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

- a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
- b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
- c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor officioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
- d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
- e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.