



DISCUSSÃO EM TORNO DO INTERNAMENTO DE INIMPUTÁVEL EM RAZÃO DE ANOMALIA PSÍQUICA

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 42/2003 | p. 90 - 102 | Jan - Mar / 2003

Doutrinas Essenciais de Direito Penal | vol. 3 | p. 1083 - 1097 | Out / 2010

Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 6 | p. 863 - 877 | Jun / 2012

DTR\2003\16

Maria João Antunes

Licenciada em Direito. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais. Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área do Direito: Penal

Resumo: Considerando o passado da medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica e a evolução verificada no sentido de se dever aproximar esta sanção da pena, questionamos esta mesma evolução, que acabou por se traduzir na descaracterização da medida de segurança. Salientando o defasamento detectável entre o direito penal das medidas de segurança e a evolução da psiquiatria enquanto especialidade médica, por um lado, e o direito penal das medidas de segurança e a evolução das relações jurídicas de direito administrativo, por outro, equacionamos a substituição do modelo de justiça penal pelo modelo médico assistencial.

Palavras-chave: Medida de segurança - Internação - Inimputável - Inimputabilidade.

Sumário:

- 1.O surgimento da medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica - 2.A medida de segurança como sanção de natureza penal - 3.O futuro da medida de segurança de internamento

Quando, aceitando o convite para participar no 8.º Seminário do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, escolhi como tema desta minha intervenção o internamento de agente inimputável em virtude de anomalia psíquica, poderia também ter optado pelo título "Passado, presente e futuro da medida de segurança de internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica". Uma opção que se justificaria, na medida em que a discussão em torno desta matéria pressupõe que tenhamos presente o que foi, o que é e o que deverá ser o internamento do agente inimputável em virtude de anomalia psíquica.

1. O surgimento da medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica

É com o direito penal nascido no "Século das Luzes" que a questão da inimputabilidade do agente em virtude de anomalia psíquica* ganha os contornos que ainda hoje lhe conhecemos. É a partir desse momento que avulta a preocupação em delimitar, de forma rigorosa, os sujeitos activos de um ramo do direito que conhece somente a pena como consequência jurídica dos comportamentos definidos como crime, podendo afirmar-se que este objectivo de delimitação coincide com o culminar da subjectivação progressiva de um direito que começou por assentar numa relação objectiva e material de causa e efeito e por admitir até, consequentemente, a "punição" dos animais, das coisas inanimadas e também, logicamente, dos loucos. Segundo informação de Levy Maria Jordão, em Portugal, em 1654, foi queimada uma égua como cúmplice de um crime de bestialidade.¹

O novo direito penal assenta no princípio da responsabilidade moral e tem como destinatário exclusivo o cidadão livre e senhor dos seus actos da Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Dentro das fronteiras deste ramo do direito passa a não caber o louco, aquele que no momento da infracção não goza das luzes da Razão. Uma evolução do direito penal, de que é expressão acabada o art. 64.º do Código Penal francês de 1810, para a qual convergiu também toda uma evolução no sentido da afirmação da Psiquiatria enquanto especialidade do saber médico e de que constitui marco fundamental a publicação das obras dos alienistas franceses Pinel e Esquirol: *Traité médico-philosophique sur l'alienation mentale ou la manie*, de 1801, e *L'alienation mentale*, de 1838.²



Aos princípios estruturantes do direito penal clássico, que excluíam os inimputáveis em razão de anomalia psíquica deste ramo do direito, a uma Escola defensora do livre arbítrio, que vê o delinquente como um qualquer outro homem normal e o crime como algo contingente, contrapôs-se, entretanto, uma outra que nega o livre arbítrio, apresenta o delinquente como uma anormalidade da natureza humana e explica o crime como um fenómeno natural e necessário, com causas físicas, antropológicas e sociais que o determinam - a Escola positivista. Com a evolução da investigação médico-psiquiátrica, a escola frenológica de Gall, os estudos sobre a hereditariedade de Morel, o positivismo comteano e o evolucionismo de Lamark e de Darwin estava aberto o caminho para o positivismo criminal fazer "Escola". Uma Escola, cujo contributo foi decisivo para as fronteiras do direito penal se abrirem aos agentes declarados inimputáveis em razão de anomalia psíquica, por via da imposição da medida de segurança de internamento. Uma sanção de natureza penal para os seguidores desta Escola; uma medida de natureza administrativa para os clássicos que, mantendo-se embora fiéis a um direito penal de penas, aceitavam uma decisão processual penal de internamento, por razões garantísticas e de conexão e economia processuais.³

O passado mais remoto do internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica - e das medidas de segurança em geral - foi marcado por toda uma discussão doutrinal sobre a natureza jurídica desta medida de segurança, até por nela se destacar uma vertente estritamente médico-assistencial. Mas marcado também por uma associação pacífica entre anomalia psíquica e crime, mercê das certezas da psiquiatria biológica e positivista de então: o portador de anomalia psíquica é, por definição, penalmente irresponsável; o portador de anomalia psíquica é, por definição, perigoso, do ponto de vista criminal ou, pelo menos, socialmente perigoso. Uma associação talhada para servir o pressuposto irrenunciável da medida de segurança - a perigosidade criminal do agente -, com a consequente desvalorização do facto praticado pelo agente inimputável, ao qual cabia ser merecedor do internamento.⁴ A associação entre anomalia psíquica e crime permitia que o facto fosse tido como indício, como sintoma da perigosidade criminal do agente, ao mesmo tempo em que o modelo médico paternalista então reinante permitia que não se fosse muito exigente com um internamento que seria sempre no interesse e para o bem do autor do comportamento definido como crime. Num tempo em que os doentes mentais, em geral, não eram vistos como titulares de direitos fundamentais, valendo antes em relação a eles as denominadas "relações especiais de poder".⁵

Um passado marcado ainda pela vigência, em termos absolutos, do princípio da actualidade do estado perigoso, um princípio conatural à finalidade preventivo-especial do internamento e à legitimação deste por apelo a uma ideia de pura utilidade social. Um princípio com expressão em regras específicas do regime legal da medida de segurança: exclusão do efeito de caso julgado da decisão judicial; imprescritibilidade da medida de segurança; inaplicabilidade de leis de amnistia; irrelevância da proibição de retroactividade da lei; admissibilidade de medidas de segurança pré-delituais; duração indeterminada da medida de segurança; e inexistência de limites decorrentes da ideia de proibição de excesso.⁶

2. A medida de segurança como sanção de natureza penal

2.1 A aproximação da medida de segurança à pena

Ultrapassada a discussão doutrinal inicial sobre a natureza jurídica das medidas de segurança e superado o conflito entre clássicos e positivistas, os sistemas sancionatórios passaram a reconhecer a medida de segurança como uma outra sanção do direito penal, distinguindo-se da pena por pressuposto desta ser a culpa do agente e pressuposto daquela a perigosidade do agente.

Um reconhecimento da pena e da medida de segurança como sanções criminais, chegado ao tempo presente com a marca de toda uma evolução no sentido de aproximar a medida de segurança da pena. Devendo destacar-se que a aceitação progressiva da natureza penal da medida de segurança se foi traduzindo, de facto, numa aproximação ao direito penal das penas. Uma evolução marcada pelo objectivo de submeter a imposição das medidas de segurança ao regime de garantias político-criminais formais e materiais que rodeia a aplicação das penas.⁷ Passando a tornar-se recorrente o apelo aos princípios e garantias do Estado de Direito e expressões como "tendência moderna para de alguma forma se eticizarem as medidas de segurança"; esforço "para revestir a estrutura e a aplicação das medidas de segurança de garantias conformes à ideia de Estado de Direito"; "a consciencialização jurídico-política, ligada ao aprofundamento do Estado-de-Direito, vê na sujeição das medidas de segurança, e respectivos pressupostos, aos princípios da legalidade *in abstracto* e



da jurisdicionalidade uma exigência da necessidade de garantia dos direitos fundamentais, necessidade esta que é conatural à ideia e ao princípio do Estado-de-Direito"; "um direito de medidas de segurança só pode ter uma importância secundária no sistema sancionatório e, em todo o caso, igual ao direito penal da culpa, devendo estar controlado e limitado por princípios que salvaguardem os direitos individuais na mesma medida em que o fazem os princípios penais tradicionais"; "a medida de segurança é estranha - a menos que passe por uma profunda revisão legislativa - a uma tradição jurídica de legalidade e de liberdade".⁸ Ao mesmo tempo e também com o sentido de aproximar a medida de segurança à pena, reafirmando-se a natureza penal da primeira, foi-se arredando toda uma argumentação no sentido de a legitimação da medida de segurança residir em considerações de pura utilidade social. Passou a invocar-se um *princípio ético-social geral*, tal como fez Welzel, o princípio do interesse preponderante, como defendeu Nowakowski, ou o princípio da ponderação de bens, na formulação de Roxin.⁹

2.2 A autonomização do facto praticado enquanto pressuposto da imposição do internamento

Deste novo discurso sobre as medidas de segurança resultou, por um lado, a autonomização de um outro pressuposto para além da perigosidade criminal do agente inimputável em razão de anomalia psíquica - a prática por este agente de um facto com determinadas características, com a consequência de deixarmos de poder falar em "facto desencadeador" e passarmos antes a destacar o "facto pressuposto" do internamento.¹⁰ Por outro lado, este novo discurso pôs em causa aquele que era tido como o princípio mais característico da sanção "medida de segurança", o princípio que lhe imprimia carácter, quando contraposta à sanção "pena" - o, já mencionado, princípio da actualidade do estado perigoso.

Ao reconhecimento da medida de segurança como uma outra sanção de natureza penal foi correspondendo uma valorização do facto praticado pelo agente inimputável ao ponto de ser hoje comum autonomizar dois pressupostos do internamento: a prática de um facto com determinadas características - um facto ilícito típico, segundo o art. 91.º do Código Penal português ou o § 63 do Código Penal alemão; e um juízo positivo sobre a perigosidade criminal do agente. Uma caracterização do facto, com o sentido de determinar os requisitos indispensáveis para procedermos depois ao juízo sobre a perigosidade criminal do agente, que tem vindo a ser levada a cabo a partir da transposição das categorias do crime do agente imputável (a partir da tipicidade, da ilicitude, da culpa e da punibilidade, quando esta se autonomize) para o facto do agente inimputável em virtude de anomalia psíquica.¹¹ O que se compreende, uma vez que o reconhecimento da medida de segurança como uma outra sanção de natureza penal tem vindo a ocorrer por via de uma aproximação à sanção tradicional do direito penal - à pena - e, portanto, por aproximação a uma sanção ligada, de forma principal, ao facto, ao crime, ao delito e não propriamente ao agente, ao delinvente.

Uma caracterização, por transposição das características do crime do agente imputável para o facto do agente inimputável, de que se tem servido a doutrina e a jurisprudência - merecendo particular destaque a doutrina e a jurisprudência italianas e alemãs - na resolução de casos onde é equacionável se ao agente inimputável em razão de anomalia psíquica aproveitam as causas de exclusão da ilicitude ou da culpa; ou se ao agente inimputável em razão de anomalia psíquica se estendem os efeitos do erro (seja sobre a factualidade típica, sobre os pressupostos das causas de exclusão da ilicitude ou da culpa ou sobre a ilicitude). Isto, para além da questão genérica, que tanto tem ocupado a doutrina e a jurisprudência italianas, de saber se também o agente inimputável em razão de anomalia psíquica actua com dolo e com negligência, já que o art. 222.º do Código Penal italiano exclui o internamento em hospital psiquiátrico judiciário, quando a actuação do agente inimputável em razão de enfermidade psíquica tenha sido negligente, no pressuposto de que *le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato* (art. 202.º).

2.3 O enfranquecimento do princípio da actualidade do estado perigoso

Foi também o princípio da actualidade do estado perigoso que foi sendo posto em causa nesta evolução norteadada pela aproximação da medida de segurança à pena. Algo que se evidencia, nomeadamente, quando hoje se defende a inadmissibilidade das medidas de segurança pré-delituais, o princípio da proporcionalidade, a fixação de prazo máximo de duração das medidas de segurança, o princípio da proibição da retroactividade em matéria de aplicação da lei penal no tempo e, ainda, quando se defende uma certa identidade entre penas e medidas de segurança ao



nível das finalidades de umas e de outras. Uma aproximação notória à pena, quando se estende o conteúdo do princípio da proporcionalidade à gravidade do facto, não o limitando antes à perigosidade do agente e ao significado do facto para o juízo sobre a perigosidade; quando se determina o prazo máximo de duração da medida de segurança por referência à pena abstractamente aplicável ao facto cometido ou por referência à pena privativa da liberdade que teria sido aplicada caso o agente tivesse sido declarado imputável; quando se leva a extensão do princípio da legalidade às medidas de segurança, ao ponto de se propugnar que é aplicável a lei vigente no momento prática do facto praticado pelo agente inimputável em razão de anomalia psíquica, com total desconsideração do pressuposto perigosidade criminal; quando se defende que também a medida de segurança de internamento prossegue, de forma autónoma, uma finalidade preventivo-geral positiva ou de integração, tal como defendem Figueiredo Dias e Eduardo Reale Ferrari.¹²

3. O futuro da medida de segurança de internamento

3.1 A perigosidade criminal como pressuposto da medida de segurança de internamento

Com o destaque dado a estas notas actuais do direito penal das medidas de segurança, procurámos concluir também por uma certa descaracterização desta sanção penal. Uma descaracterização ditada por toda uma evolução no sentido da medida de segurança se dever aproximar dos princípios e regras que norteiam a aplicação da pena, que foi tendo a consequência de também quanto à medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica passar a fazer sentido, ainda que com um sentido diferente do original, a expressão "burla (fraude) de etiquetas". Expressão nascida com o fito de criticar soluções dualistas de aplicação cumulativa de pena e de medida de segurança, em razão da prática de um mesmo facto definido como crime.

3.2 As consequências do entendimento do facto como sendo apenas comprovativo da perigosidade criminal do agente

Creemos que o futuro das medidas de segurança e, concretamente, a de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica, passará, necessariamente, por uma via em que o direito penal das medidas de segurança seja repensado, à luz de princípios e regras político-criminais, que sejam próprios e específicos desta matéria. Podendo antecipar-se que repensar as medidas de segurança significará um certo retorno àquela que deve continuar a ser a nota distintiva e característica desta sanção, quando contraposta à pena - a perigosidade criminal do agente. Acreditamos que, sob pena de descaracterização e de confusão relativamente ao direito penal das penas, o direito penal das medidas de segurança tem que se afirmar, no futuro, como um direito onde o facto praticado releve, não autonomamente, mas apenas na medida em que tiver significado para o juízo sobre a perigosidade criminal do agente. Por outras palavras, o facto praticado deverá valer apenas enquanto facto comprovativo da perigosidade criminal, derivada da anomalia psíquica de que padece o agente. A perigosidade criminal do agente deverá ser o único pressuposto da imposição da medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica. Na medida em que o juízo sobre a perigosidade criminal do agente - o juízo sobre a probabilidade de o agente voltar a praticar outros factos que a lei penal considera crime - é, por sua própria natureza, um juízo difícil, pelas margens inevitáveis de incerteza que lhe são conaturais, ao facto praticado pelo agente caberá reduzir estas mesmas margens de incerteza. O facto "reforça o prognóstico de perigosidade",¹³ ao comprovar que a anomalia psíquica do agente já o determinou, no passado, à prática de um facto tipificado na lei penal, não lhe cabendo, pois, qualquer outro papel em que se destaque autonomamente. Reforçando o prognóstico de perigosidade, porque o facto comprova a perigosidade criminal do agente, é, de resto, a própria intervenção penal que passa a estar duplamente legitimada: internamos o agente inimputável em virtude de anomalia psíquica, porque foi criminalmente perigoso e porque é perigoso do ponto de vista criminal. A esta luz deverá ser defendido o seguinte:

a) A medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica deve ter como finalidade exclusiva evitar que este agente volte a praticar factos tipificados na lei penal, em virtude de padecer de uma anomalia psíquica que o torna incapaz de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com a avaliação feita. É, por conseguinte, a finalidade preventivo-especial, de tratamento e/ou de segurança que deve presidir à imposição da medida de segurança de internamento. Com o que deverá ser rejeitado o entendimento daqueles para quem a prevenção geral positiva ou de integração também vale de forma autónoma no âmbito das medidas



de segurança;¹⁴

b) As medidas de segurança pré-delituais devem ser inadmissíveis, porque a circunstância de não haver um facto comprovativo da perigosidade criminal do agente não permite, com alguma certeza, afirmar a probabilidade de o agente vir a praticar factos definidos como crime. Neste sentido, merece destaque a formulação do art. 6.º do Código Penal espanhol - "as medidas de segurança fundamentam-se na perigosidade criminal do sujeito ao qual se imponham, exteriorizada na prática de um facto previsto como delito";

c) O princípio de proporcionalidade, enquanto concretização de um princípio de proibição de excesso, que deve valer quanto às restrições aos direitos fundamentais, deve incidir exclusivamente sobre a perigosidade criminal do agente, no sentido de a medida de segurança dever ser proporcionada em relação a esta perigosidade. Pelo que discordamos de formulações como a do Código Penal português, onde podemos ler, no art. 40.º, n. 3, que "a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente". Concordamos antes com a formulação que podemos encontrar no artigo 133.º do Projecto de Código Penal espanhol de 1980 - "as medidas de segurança devem ser proporcionadas à perigosidade revelada pelo facto cometido e à gravidade do que seja provável o agente poder cometer". Uma formulação que não chegou ao Código Penal (LGL\1940\2) vigente, o que tem levado a doutrina a criticar o actual art. 6.º - "as medidas de segurança não podem ser mais gravosas nem de duração superior que a pena abstractamente aplicável ao facto cometido, nem exceder o limite do necessário para prevenir a perigosidade do autor" -, quer porque este artigo compara sanções heterogéneas, quer ainda porque funda o juízo de proporcionalidade no facto praticado;¹⁵

d) Em matéria de aplicação da lei penal no tempo, deve valer a regra da aplicação da lei vigente no momento da declaração de perigosidade criminal do agente, o que vem a coincidir com a lei vigente no momento de ser decidida a medida de segurança de internamento. Não significando isto, contudo, que não deva valer também a lei vigente no momento da prática do facto, ressalvada a retroactividade favorável, para o efeito exclusivo de concluir se o facto praticado pelo agente e aqueles em relação aos quais haja o fundado receio de virem ser praticados estão ou não tipificados na lei penal. O que se rejeita é, por exemplo, a formulação do Projecto Alternativo alemão de 1966 - "a medida de segurança só pode ser imposta quando uma lei anterior ao facto a preveja" (§ 1-2) - ou a formulação, mais recente, do Projecto Preliminar italiano de 2000 - "ninguém pode ser sujeito à medida de segurança que não esteja prevista numa lei entrada em vigor antes da prática do facto de crime que constitui pressuposto da aplicação desta" (art. 1.º-2);

e) O limite máximo de duração da medida de segurança de internamento, a ser estabelecido, só o deve ser a partir de considerações alheias à pena. Não fazendo qualquer sentido defender uma solução como a do Código Penal português - "o internamento não pode exceder o limite máximo da pena correspondente ao tipo do crime cometido pelo inimputável" (art. 92.º, n. 2) - ou, muito menos, a do Código Penal espanhol, onde é por demais evidente a, por nós criticada, aproximação à pena - "o internamento não poderá exceder o tempo que duraria a pena privativa da liberdade, se o agente tivesse sido declarado responsável" (art. 101.º). Solução defensável é já, por exemplo, a do Projecto Preliminar italiano de 2000 - "a duração máxima da medida de segurança aplicada a agente inimputável em razão de enfermidade mental ou outra anomalia não pode ultrapassar cinco anos" (art. 101.º-7).

3.3 O defasamento entre o direito penal das medidas de segurança e a evolução da psiquiatria e das relações jurídicas de direito administrativo

O estabelecimento de prazo de duração máxima da medida de segurança de internamento é, de resto, uma matéria onde se justifica, de uma forma muito particular, que o direito penal da medida de segurança de internamento seja repensado. De uma forma muito particular, porque não bastará criticar a aproximação da medida de segurança à pena. Esta é uma matéria em relação à qual se impõe que tenhamos presente toda uma evolução da psiquiatria enquanto especialidade médica.

No passado da psiquiatria e no passado da medida de segurança havia uma convergência total quanto à duração indeterminada, tendencialmente perpétua até, do internamento do agente inimputável em razão de anomalia psíquica. De um lado, tínhamos uma psiquiatria que não nos oferecia senão internamentos longos - "só se entra no hospício para não mais sair ou, na melhor das hipóteses, para mais voltar", escreveu o pensador brasileiro Roberto Machado¹⁶ - e, do outro, um direito em que valia o princípio da actualidade do estado perigoso - a medida de segurança dura



enquanto durar o estado de perigosidade que lhe deu origem.

No presente temos uma intervenção médico-psiquiátrica - psicofarmacológica, mas também psicoterapêutica e psicossocial - que permite internamentos consideravelmente menos prolongados e modalidades de tratamento para além do internamento. Deixou de ser tempo de "pessimismo terapêutico", de abordagens estritamente biológicas e psicológicas da doença mental e de modelo hospitalar. ¹⁷O tempo presente é de optimismo terapêutico, graças à revolução psicofarmacológica ocorrida nos anos cinquenta (sessenta) do século XX; de abordagem bio-psico-social das perturbações mentais; e tempo também de modelo comunitário. Modelo este que se foi impondo, por via dos avanços psicofarmacológicos, das novas abordagens das perturbações mentais e dos contributos críticos da denominada "antipsiquiatria". No presente, continuamos a ter um direito de medidas de segurança compatível com a psiquiatria passada que apenas oferecia internamentos longos. Um direito que continua a partir do princípio que a intervenção médico-psiquiátrica é fundamentalmente hospitalar e tendencialmente perpétua. Um direito que, em regra, não nos oferece, a título principal, medidas de segurança não privativas da liberdade, estabelecendo limites máximos de duração do internamento perfeitamente defasados do tempo médio do internamento psiquiátrico, o que anula a garantia dada, no passado, pela determinação de um limite máximo de duração coincidente com o da pena prevista para o facto praticado. Por exemplo, o legislador português admite que o agente inimputável perigoso, em razão de esquizofrenia, possa estar internado durante dezesseis anos, se se tratar de crime de homicídio, sendo certo que o tempo médio de internamento necessário à compensação clínica desta patologia se cifra hoje em valores que rondam um mês! ¹⁸

3.4 A subsistência do direito penal das medidas de segurança

O tempo presente é um tempo em que se impõe que sejam repensados alguns aspectos do internamento do agente inimputável em virtude de anomalia psíquica, fazendo o caminho do futuro direito penal das medidas de segurança. Resta saber, no entanto, se o futuro mais longínquo do internamento do agente inimputável vai continuar a ser o do direito penal das medidas de segurança. Por outras palavras, é para nós duvidoso que seja suficiente repensar apenas alguns aspectos da intervenção penal neste domínio. Para nós está em aberto, afinal, a questão de saber se não é a intervenção penal nesta área, ela própria e não meros aspectos dela, que deve ser repensada. Em aberto, no fundo, a possibilidade de não intervir a justiça penal quando, em processo penal, se declare o agente inimputável em razão de anomalia psíquica. Uma possibilidade por nós encarada com alguma simpatia. Por um lado, são hoje patentes e irrecusáveis dificuldades inerentes ao conceito de perigosidade criminal; por outro, a justiça administrativa actual pode garantir a tutela efectiva dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Creemos que é pertinente interrogarmo-nos sobre a subsistência de um direito penal de medidas de segurança, tanto mais quanto é certo que em relação ao internamento de agente inimputável em virtude de anomalia psíquica avultam mais as dúvidas do que as certezas em relação àquela que é a noção basilar deste direito - a perigosidade criminal do agente. Às certezas da psiquiatria biológica e positivista no que diz respeito à associação entre anomalia psíquica e crime, certezas que facilitaram a reintegração do agente portador de anomalia psíquica nas fronteiras do direito penal, por via da imposição da medida de segurança de internamento, contrapõem-se hoje as dúvidas de uma psiquiatria que se assume com capacidade apenas para afirmar a necessidade de tratamento do agente declarado inimputável em razão de anomalia psíquica. Às certezas da psiquiatria biológica e positivista contrapõe-se hoje um discurso que garante taxas mais baixas de criminalidade violenta entre portadores de anomalia psíquica do que entre indivíduos que não padecem de anomalia psíquica ou, pelo menos, taxas idênticas entre uns e outros, defendendo-se que a anomalia psíquica é um factor de risco idêntico a outros (à idade, ao sexo, ao consumo de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes). Admitem outros, taxas mais elevadas apenas entre os portadores de anomalia psíquica grave (casos de psicose esquizofrénica ou de psicose paranóide). E, ainda aqui, segundo alguns autores, apenas quando estes doentes estão descompensados, não deixando mesmo de salientar que os doentes esquizofrénicos compensados constituem um exemplo de perigosidade criminal igual (ou mesmo inferior) à da população dita normal. Na verdade, desafiam a nossa reflexão, enquanto penalistas, palavras como as seguintes, da autoria de Ponti: "não existe qualquer dever determinístico para o delirante matar o perseguidor ou obedecer a uma alucinação imperativa. O mesmo doente pode, em circunstâncias análogas, ter agido anteriormente de forma diferente: 'escolheu' a fuga em vez da agressão; 'decidiu' não obedecer à ordem de se matar ou de matar". ¹⁹



Creemos que é pertinente interrogarmo-nos sobre a subsistência de um direito penal de medidas de segurança, tanto mais quanto a integração destas neste ramo do direito é historicamente explicável quer como forma de resolução de um conflito entre Escolas - a clássica e a positivista - quer ainda porque se considerava que a justiça penal garantia melhor os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, quando comparada com a justiça administrativa, "uma jurisdição limitada, que não oferecia as mesmas garantias de protecção efectiva".²⁰ Daí toda a discussão doutrinal e jurisprudencial sobre a natureza jurídica das medidas de segurança, a que já aludimos.

E a interrogação é pertinente, porque também ao nível das relações jurídicas de direito administrativo houve toda uma evolução no sentido de, no presente, se poder assegurar uma tutela judicial, plena e efectiva dos direitos dos particulares. Ao ponto de, com Gomes Canotilho, podermos afirmar o "princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa".²¹ Nomeadamente, a tutela do direito à liberdade, quer enquanto liberdade de movimentos do portador de anomalia psíquica, que passou a ser visto como titular de direitos fundamentais, quer enquanto liberdade do portador de anomalia psíquica decidir sobre uma intervenção médico-psiquiátrica determinada, por também em relação a ele ter caído o modelo do paternalismo médico e valer antes o do consentimento informado. Tudo impondo que qualquer limitação necessária do direito à liberdade do portador de anomalia psíquica seja considerada como restrição ou compressão deste direito. Quer se trate da limitação necessária no contexto de um tratamento compulsivo, quer seja a limitação necessária na sequência de um comportamento que a lei penal define como crime.

Com isto, queremos apenas significar que à preocupação em garantir o agente inimputável em razão de anomalia psíquica contra privações injustificadas ou excessivas da liberdade - uma preocupação, presente em toda a história da medida de segurança de internamento, nomeadamente quando se entregou a sua imposição ao processo penal e quando se foram construindo regras e princípios próximos das regras e dos princípios aplicáveis à pena - pode ser hoje contraposto, não apenas o modelo da justiça penal, mas também um modelo médico-assistencial, devidamente enquadrado por justiça administrativa, bem distinta da passada. Uma alternativa - a do modelo médico-assistencial - que prosseguiria uma exigência específica de adequação, uma vez que a intervenção médico-psiquiátrica actual (uma intervenção psicofarmacológica, psicoterapêutica e psicossocial) é muito mais compatível com este modelo do que com o de justiça penal. Para além de que prosseguiria também o mandamento político-criminal da necessidade e da subsidiariedade da intervenção penal.

Recordando o passado e atendendo ao presente, fica-nos a interrogação, formulada com palavras já antigas, se em relação à medida de segurança de internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica há que melhorar o direito penal ou, antes, substituir o direito penal por algo melhor.

(*) Palestra proferida no 8.º Seminário Internacional.

(1) Cf. *Commentario ao Código Penal portuguez*, art. 22.º, t. I, Lisboa, 1853. Sobre o direito penal nascido naquele Século, cf., com indicações bibliográficas, Maria João Antunes, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra: Ed. Coimbra, 2002, p. 49 e ss. e 139 e ss.

(2) Expressamente no sentido daquele artigo do Código Penal francês ter sido influenciado pelos ensinamentos daqueles alienistas, cf., entre outros, R. Garraud, *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*³¹, Paris: Sirey, 1913, p. 614. Stefani/Levasseur/Bouloc, *Droit Pénal Général*¹² Paris: Dalloz, 1984, p. 367 e Dubuisson/Vigoroux, *Responsabilité Pénale et Folie. Étude Médico-légale*, Paris: Félix Alcan, 1911, p. 16 e s.

(3) Sobre os contributos da Escola italiana do positivismo criminal e a discussão em torno da natureza jurídica da medida de segurança, cf., com indicações bibliográficas, Maria João Antunes, op. cit., p. 59 e ss. e 91 e ss.

(4) Sobre o conceito de "facto desencadeador", cf. Maria João Antunes, op. cit., p. 73 e ss. e 365 e ss.



(5) Sobre isto, com indicações bibliográficas, cf. Maria João Antunes, op. cit., p. 36 e ss. Cf., ainda, especificamente sobre a evolução no sentido de os doentes mentais deverem ser vistos como titulares de direitos fundamentais, Viera de Andrade, "O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais", *A Lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo* (Centro de Direito Biomédico, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Instituto de Medicina Legal de Coimbra), Coimbra: Ed. Coimbra, 2000, p. 73 e ss.

(6) Sobre este princípio, cf. Maria João Antunes, op. cit., p. 368 e s.

(7) Sobre esta evolução, cf., com indicações bibliográficas, Maria João Antunes, op. cit., p. 108 e ss. e 365 *et seq.* Expressamente no sentido de as alterações ao regime da medida de segurança se caracterizarem pela "incorporação das garantias próprias do direito penal da pena", avaliando esta aproximação de forma negativa, García Arán, *Fundamentos y aplicación de penas e medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona: Aranzandi, 1997, p. 127 e 133. Cf., ainda, Silva Sánchez, *El nuevo Código Penal : cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 24 *et seq.*

(8) Cf., respectivamente, "Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral II", separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1966, p. 265; Figueiredo Dias, "O sistema sancionatório do direito penal português, no contexto dos modelos da política criminal", Estudos em homenagem ao Prof. Eduardo Correia I, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1984, p. 787; Taipa de Carvalho, *Sucessão de Leis Penais*², Coimbra: Ed. Coimbra, 1997, p. 209 *et seq.*; Muñoz Conde, "Monismo y dualismo en el derecho penal español", *Estudios Penales y Criminológicos*, 1983, p. 235 e s., e G. Bettiol, "I problemi di fondo della misura di sicurezza", *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova: Cedam, 1962, p. 17. Foram sendo expressão de todo este movimento de aproximação da medida de segurança à pena, através da palavra de ordem "Estado de Direito", um conjunto de estudos de que são exemplo os que integram a obra *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova: Cedam, 1962 e os da autoria de F. Nowakowski, "Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Massnahmen", *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70 Geburtstag*, 1963, p. 98 e ss. e de Eduardo Reale Ferrari, *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*, São Paulo: RT, 2001.

(9) Cf., respectivamente, *Derecho Penal alemán. Parte General*¹¹, Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 334 *et seq.*; "Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Massnahmen", *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70 Geburtstag*, 1963, p. 103 *et seq.* e "Freiheit, Schuld, Vergeltung", *Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag*, 1957, p. 65; e *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*³, München: C. H. Beck, 1997, p. 64 *et seq.*

(10) Sobre o conceito de "facto desencadeador", cf. Maria João Antunes, op. cit., p. 89 *et seq.* e 372 *et seq.*

(11) Sobre esta caracterização, desenvolvidamente e com indicações bibliográficas, Maria João Antunes, op. cit., p. 189 *et seq.* Para uma avaliação crítica desta caracterização, cf., ainda, p. 374 *et seq.*

(12) Cf., respectivamente, *Direito Penal português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa: Notícias, 1993, p. 426 *et seq.*, e *Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito*, p. 61 *et seq.* e 185. Sobre a evolução referida em texto, cf., com indicações bibliográficas, Maria João Antunes, op. cit., p. 108 *et seq.*

(13) Assim, Rodriguez Mourullo, *Comentários al Código Penal (LGL1940\2)* (Rodriguez Mourullo/Jorge Barreiro), Madrid: Civitas, 1997, artigo 6.º. Sobre a função político-criminal do *facto*, por nós defendida, cf. op. cit., p. 473 *et seq.*

(14) Sobre a finalidade da medida de segurança de internamento de agente inimputável perigoso, por nós defendida, cf. op. cit., p. 476 *et seq.*

(15) Sobre a formulação do Código Penal espanhol, cf. Silva Sánchez, op. cit., p. 19, 22 e 35 *et seq.*



e García Arán, op. cit., p. 131 *et seq.*

(16) Cf. *A Constituição da Psiquiatria no Brasil*, texto da conferência proferida no âmbito do Projecto "História da Loucura em Portugal", Lisboa, 2000.

(17) A expressão pode ser encontrada em Santos Costa/Morgado Pereira, p. 162. Sobre o passado e o presente da psiquiatria e o passado e o presente do direito penal das medidas de segurança, cf., com indicações bibliográficas, Maria João Antunes, op. cit., p. 31 *et seq.*

(18) Cf. arts. 92.º, n. 2, e 131.º do Código Penal

(19) Cf. "Il dibattito sull' imputabilità", *Questioni sulla imputabilità* (Adolfo Ceretti/Isabella Merzagora), Padova: Cedam, 1994, p. 15. Sobre a questionável ligação entre anomalia psíquica e crime, cf., ainda, Fernando Almeida, *Homicidas em Portugal*, Maia: Publismai, 1999, p. 232 *et seq.*, 333 *et seq.* e 515.

(20) Assim, Vieira de Andrade, *A Justiça Administrativa*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 28, nota 25.

(21) Cf. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 492. Sobre a evolução verificada ao nível das relações jurídicas de direito administrativo, cf., ainda, p. 489 *et seq.*