

SEGUNDO CICLO DE ESTUDOS

CRIMINOLOGIA

A Utilização Probatória da Perícia Psiquiátrica e de Métodos Neurocientíficos na Decisão sobre a Inimputabilidade Penal

Larisse Pontes Aguiar de Oliveira

M

2021

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para obtenção do grau de Mestre em Criminologia elaborada sob orientação da Professora Doutora Sandra Oliveira e Silva e coorientação do Professor Doutor Pedro Manuel Rocha Almeida



Resumo

O presente trabalho tem como objetivo perceber se a utilização probatória da perícia psiquiátrica e de métodos neurocientíficos impacta a decisão do magistrado. O rápido crescimento em relação ao uso das Neurociências nos tribunais tem levantado questões na comunidade jurídica e científica no que concerne aos efeitos que tais evidências poderiam ter sobre os tomadores de decisões judiciais. Quer dizer, embora a utilização probatória de métodos neurocientíficos seja oficialmente reconhecida como uma modalidade de prova instituída, principalmente nos casos de crimes contra a vida, pouco se sabe sobre o modo como ela impacta a pena e o campo das decisões. Com base numa revisão da literatura, concluímos que as Neurociências são usadas com regularidade e têm repercussão nas decisões do tribunal. Por esta razão, considera-se fundamental os profissionais do Direito estarem preparados às novas questões que possam surgir à luz dos avanços das Neurociências, assegurando-se aos juízes formação adequada de modo a que possam compreender os pressupostos metodológicos de determinada prova científica, não para que substituam os peritos, mas tão só para que não se mantenham reféns deles.

Palavras-Chaves: métodos neurocientíficos; perícia; inimputabilidade penal; instrução probatória; princípio da livre apreciação da prova; magistrado.

Abstract

The present study aims to understand whether the evidential use of psychiatric expertise and neuroscientific methods have impacts in the magistrate's decision. The use of neurosciences in courts and its fast adoption have raised questions in the legal and scientific communities regarding the effects that such evidence could have on court decision makers. That is, although the use of neuroscientific methods as evidence is officially recognized as an established modality of evidence, especially in cases of crimes against life, the knowledge about how it impacts the penalty and the field of decisions, still remains fogged. Based on a literature review, it was concluded that neurosciences are used regularly and this has repercussions in court decisions. Therefore, it is considered essential that legal professionals be prepared for new issues that may arise in light of advances in neurosciences, ensuring the judges have adequate training so that they can understand the methodological assumptions of a given scientific evidence, not so that they can replace experts, but only so that they are not completely dependent on them.

Key words: neuroscientific methods; expertise; criminal inimputability; evidentiary instruction; principle of free assessment of evidence; magistrate.

Agradecimentos

Certa vez, li uma frase atribuída a Cícero que dizia: “A gratidão não é só a maior das virtudes, mas a origem de todas as outras”. Durante o período do mestrado, várias pessoas – até mesmo sem se dar conta disso – participaram desse processo. Por inúmeras vezes, pensei em desistir. As prioridades mudaram. Não fazia mais sentido estar tão longe de casa, dos meus. Eis que surgiram anjos para segurar minha mão e impulsionar a caminhada.

No decurso da dissertação, essa parte foi a mais prazerosa de escrever, mas não menos difícil. Foram mais de dois anos de trabalho dedicado a esse estudo, em que um deles foi marcado por um completo caos. Digo caos no sentido mais literal e bagunçado que a palavra possa remeter. Uma pandemia se instaurou, assolou o mundo, agravou as vulnerabilidades e mostrou o quão somos pequenos e não temos controle de nada.

Em primeiro lugar e sempre, toda minha gratidão a Deus, por me proporcionar viver em abundância e em constante evolução espiritual. Aceito de coração aberto todas as experiências e desafios que Ele me propõe e celebro com alegria todos os pequenos passos. Seus desígnios são perfeitos, e milagres acontecem a todo instante – quando temos fé.

Aos meus pais, Anastácio e Vilêda – meus ídolos – exemplos de retidão e vida. Seres humanos especiais que, com muita simplicidade, carinho e amor, sempre me ensinaram tudo aquilo que realmente importa. Para mim, são modelos de perseverança e luta, nunca deixando que meus sonhos sucumbissem às dificuldades. Por terem me mostrado que nenhuma vitória é conquistada em apenas um dia, mas, ao contrário, requer todo esforço e dedicação que se possa oferecer. À minha irmã Luana, por ser um ombro amigo e parceria a qualquer hora. Somos unidas pelo sangue e inseparáveis pelo coração. Retrato de alegria e partilhas, presente em todos os momentos. À minha avó Maria, pelo seu exemplo de caráter e por me mostrar que a força de vontade de uma mulher pode modificar a sina de toda uma família.

Ao Fabiano, pelo companheirismo, respeito e amor. Cúmplice nos momentos certos e incertos. Admiro sua paciência para lidar com minhas inquietações, sua capacidade de expressar o amor nos gestos e sua intensa dedicação ao escrevermos juntos cada momento da nossa história. Seu olhar me energiza a alma. Eu te amo.

Aos meus orientadores, Professora Doutora Sandra Oliveira e Professor Doutor Pedro Almeida, não só pelos ensinamentos, mas, sobretudo, pelo acolhimento, por toda dedicação, compreensão, exigência e motivação na elaboração desta tese. Admiro-vos muito e

sinto-me honrada pela oportunidade de ser vossa aluna. Muitíssimo obrigada pela disponibilidade e paciência.

Para além, quero expressar toda a minha gratidão por todos os professores, em especial da Escola de Criminologia, que passaram por mim durante estes anos. Obrigada por todo o conhecimento transmitido, imprescindíveis na conclusão desta dissertação.

Aos amigos que conquistei em terras portuguesas, especialmente: Uli Pontes e Mariana Montalvão. Acredito que nem todos os anjos possuem asas, pois alguns vêm em forma de amizade. Sou imensamente grata pelo apoio e pelas mais variadas formas de incentivo, mostrando-me que os pequenos detalhes fazem toda diferença.

Aos meus amigos e familiares que ficaram em terras brasileiras, torcendo pelo meu sucesso. A vida me presenteou com pessoas incríveis, com as quais sempre posso partilhar momentos tão especiais. Saudade de todos.

Por fim, mas não menos importante, à Sylvia Acário, minha psicóloga tão querida. Certamente, os percalços dessa jornada não teriam sido contornados com tamanha coragem e clareza, se não fosse pelo seu auxílio. Você me ensina sobre habitar em um equilíbrio fluido e me estimula a desbravar caminhos que desconheço nesse universo tão amplo que é o autoconhecimento. Obrigada!

“O gênio, o crime e a loucura provêm, por igual, de uma anormalidade; representam, de diferentes maneiras, uma inadaptabilidade ao meio.”

(Fernando Pessoa)

Índice Geral

Resumo.....	i
Abstract.....	ii
Agradecimentos	iii
Epígrafe.....	v
Introdução.....	8
CAPÍTULO 1. A DECISÃO SOBRE A INIMPUTABILIDADE PENAL	11
1.1. Da Inimputabilidade Penal: o Plano Histórico e Dogmático	11
1.1.1. O conceito	11
1.1.2. A Historicidade	15
1.2. Dos Aspectos da Inimputabilidade por Anomalia Psíquica	18
1.3. Da Perícia Psiquiátrica e sobre a Personalidade.....	22
1.3.1. O perito e as questões essenciais da perícia	22
1.3.2. Da perícia psiquiátrica em Portugal e no Brasil	28
Capítulo 2. A UTILIZAÇÃO PROBATÓRIA DE MÉTODOS NEUROCIENTÍFICOS NO PROCESSO PENAL.....	31
2.1. Da Prova Pericial Científica no Conspecto Penal	32
2.2. Das Neurociências e o Processo Penal: Possibilidades de Interação	34
2.3. Novas Técnicas Neurocientíficas: Potencialidades e Limitações	39
2.3.1. Novas técnicas neurocientíficas	39
2.3.2. Das limitações das Neurociências	41
2.4. Da Apreciação da Prova Penal: o Papel do Juiz Perante a Prova Científica	46
2.5. Da Emergência do Princípio da Livre Apreciação da Prova Penal	52
2.6. Do Impacto das Neurociências na Tomada de Decisão do Juiz	56
2.6.1. Anomalia psíquica e medidas de segurança	59
Capítulo 3. ELABORAÇÃO DA METODOLOGIA E DESAFIOS FUTUROS	64

3.1. Objetivos e Questão de Investigação	64
3.2. Metodologia	66
3.2.1. Escolha do método e instrumentos	66
3.2.2. Composição da amostra	68
3.3.3. Procedimentos de amostragem.....	70
3.3.4. Construção do guião de entrevista	71
3.3.5. Análise dos dados.....	73
3.3. Desafios Futuros.....	76
Considerações Finais.....	79
Referências Bibliográficas	82
Anexos... ..	91

Introdução

A motivação deste escrito repousa na análise da doutrina e dos posicionamentos dos tribunais superiores, bem como na percepção crítica de algumas práticas atuais na produção da prova no âmbito do Direito Processual Penal, as quais, por vezes, encontram-se fora dos eixos da efetiva legalidade. A princípio, a pretensão é contribuir para a reflexão, no que diz respeito à utilização probatória de perícias psiquiátricas e de métodos neurocientíficos em processos judiciais *versus* a livre apreciação e valoração da prova pelo juiz. Busca-se uma melhoria qualitativa das perícias e um reforço do tribunal na sua apreciação, sobretudo, nas questões que envolvem a problemática da inimputabilidade por anomalia psíquica.

De plano, é necessário salientar que uma mera declaração de opinião com a aparência de tecnicidade ou cientificidade não deve ser equivalente a um parecer com propriedade pericial. Para que haja a elaboração de um “juízo técnico ou científico”, é indispensável a observância rigorosa das normas prescritas e uma exposição clara, coerente e fundamentada dos fatos investigados pelo subscritor (Sousa, 2011). Tal como ocorre na prática judiciária, é comum um laudo emitido por um médico ou psicólogo assumir um caráter intocável e absoluto para fins de julgamento. Ou seja, verifica-se certa sobreposição entre direito e ciência. Assim, a aceitabilidade do relatório pericial (mesmo que emitido por profissional qualificado) sem o cabal conhecimento de todos os fatos apurados e vasta fundamentação precisa ser totalmente discutível e contestada pelos princípios fundamentais do processo penal relativos à apreciação da prova.

Faz-se oportuno aduzir que o teor de uma perícia tem uma relevância notória no decorrer do percurso processual. Indubitavelmente, é um elemento no qual o magistrado se agarra no momento de exercer sua função genuína, melhor dizendo, julgar o mérito. Na prática, no processo penal contemporâneo, o que se verifica é o uso excessivo da perícia como meio de excelência para reconstituição de fatos e avaliação de provas, sob a crença que a ciência é detentora de uma verdade oficial. Porém, no nosso entendimento não se deve fomentar essa ideologia cujos preceitos são ditados de forma unilateral, pois nem os peritos têm o monopólio da ciência, tampouco da probidade. Assim sendo, nota-se uma visão patológica do sistema, na qual enraíza tudo na confiança técnica, contrapondo a demonstração em face da argumentação. De igual modo, a preocupação dos operadores do Direito é apontada (Buckholtz & Faigman, 2014) no sentido de que a inserção e o uso dessa nova

possibilidade na esfera processual penal pode fazer surgir uma sujeição ou cedência do Estado de Direito e das liberdades individuais em prol de uma eficácia repressiva a qualquer modo.

Em conformidade com o posicionamento de Gascón Abellán (2010), ressalta-se a consciência da importância da evidência científica na prática processual, porém o caminho não foi trilhado com as devidas precauções e controles necessários. Ao contrário, o valor probatório, a validade e a confiabilidade da perícia foram assumidos como dogmas, sendo esse tipo de prova admitido como válido, mesmo na ausência de uma inspeção prévia de seus postulados e ajustes a uma metodologia científica (Areh, 2020; Taruffo, 2002). A convicção e a supremacia de um resultado pericial provocam uma crença difusa de que as decisões judiciais, apoiadas por laudos científicos, são inquestionáveis ou irrefutáveis. Além disso, constata-se uma suposta redução do labor e esforço do magistrado para fundamentar racionalmente seu julgamento, muitas vezes apontando apenas aquilo que descrito e constatado pelo perito. Faz-se imprescindível, portanto, uma análise minuciosa das condições de validade e do valor probatório de cada tipo de prova, principalmente, daquelas cuja presença na *práxis* judicial está sendo decisiva na resolução da causa. Somente quando há uma conscientização da fragilidade da evidência científica e uma suspeita do caráter incontestável de seus resultados, é que as medidas e controles necessários passarão a ser executadas com maior rigor, minimizando ou até evitando erros judiciais.

Com o propósito de explanar melhor a temática, o trabalho foi dividido em três capítulos. Em um primeiro momento, faz-se uma abordagem geral sobre a inimputabilidade penal – seu plano histórico e dogmático – e, em particular, discute-se os aspetos da inimputabilidade por anomalia psíquica. Discorre-se, ainda, acerca da perícia psiquiátrica e sobre a personalidade, abordando a qualidade do subscritor da prova (perito) e alguns temas essenciais que se colocam ante o sistema penal em matéria de prova pericial: a oficiosidade e ausência de contraditório na nomeação do perito, a oficialidade na seleção, a singularidade na composição, a preponderância probatória e a sujeição pessoal a esse meio de prova. De forma mais específica, faz-se sem grandes pormenores algumas considerações sobre a perícia psiquiátrica tanto no contexto brasileiro como no cenário português.

No segundo capítulo, é chegado ao cerne da investigação. Para tanto, transcorre-se acerca da prova pericial científica no conspecto penal e da fascinante perspectiva de utilização de métodos neurocientíficos na averiguação de declarações prestadas às autoridades de perseguição penal ou na recuperação de memórias ocultas relevantes para a investigação. O uso dessas ferramentas no processo penal, antes observados apenas na ficção (Souza, 2017),

tornou-se um fato real, do qual se busca cada vez mais aperfeiçoamento (Pardo & Patterson, 2013). Todavia, parte-se da hipótese de que há linhas de tensão entre a afirmação científica deste tipo e a decisão judiciária. Portanto, avaliam-se sobre essas possibilidades de interação, bem como os limites e potencialidades do uso de novas técnicas neurocientíficas no cenário processual penal, evidenciando o papel do julgador perante a prova científica e discutindo também a imergência do princípio da livre apreciação da prova. Posteriormente, debate-se sobre o impacto das Neurociências na tomada de decisão, nomeadamente nos casos que envolvem agentes portadores de anomalia psíquica e o estabelecimento de medidas de segurança.

Por fim, o último capítulo versa sobre a metodologia proposta para o estudo e os desafios futuros. Expõem-se os objetivos (gerais e específicos), as questões de investigação e sugere-se uma abordagem metodológica para a continuidade da pesquisa. Esclarece-se que, em razão da pandemia, o presente estudo restou prejudicado e precisou seguir um novo rumo, não sendo possível executar e alcançar as metas traçadas inicialmente, por necessidade de cumprimento do prazo de entrega em tempo exíguo. Entretanto, o projeto mantém-se apto para seguimento, com sugestões e propostas bem definidas para o futuro.

Sem pretender esgotar o tema ou o próprio projeto de intervenção, como jamais pode ocorrer nas ciências sociais – naturalmente, um campo fértil de discussão, aprofundamento e evolução – espera-se que esta pesquisa, de algum modo, contribua para o equacionamento do “juízo científico” e para atenuação da conduta de demissão da judicatura e análises cegas a exames ou relatórios periciais – problemas centrais da investigação.

CAPÍTULO 1. A DECISÃO SOBRE A INIMPUTABILIDADE PENAL

Este capítulo é dedicado ao instituto da inimputabilidade, seus elementos, requisitos e paradigmas, a partir de uma breve noção acerca da culpabilidade. Faz-se uma abordagem geral, tratando do seu conceito e historicidade, atentando-se nomeadamente aos aspetos da inimputabilidade por anomalia psíquica. Discorre-se, posteriormente, acerca da perícia psiquiátrica e sobre a personalidade, abordando a qualidade do subscritor da prova (perito) e alguns temas essenciais que se colocam perante o sistema penal em matéria de prova pericial: a oficiosidade e ausência de contraditório na nomeação do perito, a oficialidade na seleção, a singularidade na composição, a preponderância probatória e a sujeição pessoal a esse meio de prova. Por fim, faz-se sem grandes pormenores algumas considerações sobre a perícia psiquiátrica tanto no contexto brasileiro como no cenário português.

1.1. Da Inimputabilidade Penal: o Plano Histórico e Dogmático

1.1.1. O conceito

Um dos princípios basilares que emana da Constituição reside na compreensão de que toda pena deve ter como suporte axiológico-normativo uma culpa concreta (princípio da culpa). Este princípio, enquanto princípio conformador do direito penal de um Estado de Direito, proíbe que haja aplicação de pena sem culpa e, ainda, que a medida da pena ultrapasse a da culpa. Figueiredo Dias (2019) proclama que ainda hoje não se encontra estabelecida com clareza a história desse princípio e das suas relações com a tese da responsabilidade objetiva ou pelo resultado. Contudo, pode-se dizer que há uma extensa e paulatina trajetória de afastamento do princípio da responsabilidade objetiva rumo ao reconhecimento cada vez mais primoroso do princípio da culpa.

Beling (1906, p. 10) elucida – de forma paradigmática – que “a culpa reside na relação psicológica do agente com o facto no seu significado objetivo, no reflexo espiritual da realidade”. Nessa perspectiva, o cerne da questão habita no dolo e na negligência como espécies diferenciadas de ligação psicológica entre o agente e o facto, isto é, a capacidade de culpa (imputabilidade) não constitui elemento integrante do conceito, mas seu pressuposto e a exigibilidade de outro comportamento – como requisito puramente normativo – não revela pura e simplesmente para a culpa (Figueiredo Dias, 2019).

Entretanto, esse conceito psicológico de culpa acabou por decair perante as críticas, sobressaindo-se a ideia de que a culpa não tem só a ver com elementos psicológicos, mas também – e sobretudo – com momentos normativos. Desta forma, o agente pode ter atuado com dolo como elemento de ligação psicológica e, todavia, não ser considerado culpado por o seu facto não ser censurável, já que culpa é censurabilidade por o agente ter agido como agiu. Neste cenário, “a culpa tem como elementos a imputabilidade ou capacidade de culpa, a consciência (potencial) do ilícito e a exigibilidade de comportamento diferente” (Figueiredo Dias, 2019, p. 603, cit. Frank 1907).

Em bom rigor, tem-se a imputabilidade como a capacidade de conferir responsabilidade ao indivíduo por uma ação e, por conseguinte, este – ao praticar uma conduta criminosa – deve ter preservados o entendimento e a determinação. O reconhecido filósofo Aristóteles foi uma figura de grande importância para a caracterização dessa responsabilidade penal hoje reconhecida. Ele afirmou que meramente existe seriedade pelo crime ou imputabilidade quando o acusado possui competência de saber a natureza dos seus atos no momento em que praticou tal conduta. Dessa forma, em casos contrários, o indivíduo deve ser considerado inimputável, ou seja, não deve ser responsabilizado por sua conduta (Cosmo, et al., 2011).

Respalhando-se no Código Penal, percebe-se a inimputabilidade intimamente ligada à culpabilidade do agente. Tal como contemplado no artigo 20º do Decreto-Lei n.º 48/95:

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

Note-se que o dispositivo não delimita um conceito para imputabilidade, mas a contrário *sensu*, a redação do seu artigo 20º, prevê a inimputabilidade como a incapacidade do agente, no momento da prática do facto ilícito, de avaliar a ilicitude do facto ou de se determinar de acordo com essa avaliação, ou seja, a incapacidade de culpa. A partir deste fundamento, é possível afirmar que a imputabilidade do autor do ilícito penal demanda a observação de determinados aspectos previstos em lei, os quais reunidos com outros requisitos, torna-o passível de culpa pela prática do ato.

Taipa de Carvalho (2008, p. 468) menciona que “a imputabilidade deverá consistir na caracterização da personalidade do agente como suscetível ou possibilitadora da formulação, pelo tribunal, de um juízo de indiferença ou de leviandade perante o bem jurídico lesado ou posto em perigo pelo facto ilícito praticado”. O autor defende que a imputabilidade pressupõe dois elementos: o elemento intelectual (capacidade de avaliação do facto ilícito praticado) e o elemento volitivo (capacidade de autodeterminação de acordo com a avaliação feita sobre o facto ilícito). Cumpre esclarecer que o elemento volitivo necessariamente pressupõe o elemento intelectual, e este duplo aspecto significa que existem anomalias psíquicas que impedem o tribunal de saber qual a avaliação que o agente atribuiu à ilicitude do facto praticado; e que existem outras que, apesar de o agente compreender a ilicitude ou gravidade do seu ato, não permitem afirmar a capacidade de o agente seguir, na sua ação, a avaliação correta que ele tinha sobre a ilicitude do ato praticado.

Germano Marques da Silva (2012) destaca ainda que é possível diferenciar duas situações de diminuição da imputabilidade, quais sejam: a redução da capacidade de compreensão do injusto e a redução da capacidade de autodeterminação. O autor relata que se a primeira acarreta necessariamente a segunda e que o inverso não diz respeito à verdade. Isto acontece, na medida em que, algumas vezes, indivíduos portadores de certas psiconeuroses, têm plena consciência do que fazem e conseguem compreender a ilicitude dos seus atos, contudo não podem ou têm dificuldades em evitá-los.

Faz-se necessário destacar que na inimputabilidade existe uma distinção entre a capacidade intelectual e da vontade e a consciência da ilegalidade. Para que o indivíduo seja responsabilizado pelo ato criminoso, este deve reunir condições físicas, psicológicas, morais e mentais que lhe concebam total capacidade para compreender a ilegalidade, não sendo suficiente apenas a consciência do ato, mas também a livre vontade de praticá-lo (Cosmo et al., 2011; Malcher, 2013).

A consequência da declaração de inimputabilidade é que o agente seja absolvido. Quer dizer, há a prática de um fato típico e ilícito, porém não culposos. Por essa razão, a lei penal prevê que ele não pode ser responsabilizado criminalmente. Para que se fale em questões de inimputabilidade é necessária a existência de um determinado estado biológico, como é o caso de uma anomalia psíquica, e constatado este diagnóstico há que decidir, em segundo plano, se, devido a ele, o sujeito é incapaz de compreender a ilicitude do facto e incapaz de atuar conforme essa compreensão. Caso a resposta seja afirmativa, então entramos no domínio da inimputabilidade (Roxin, 1997). Ou seja, a inimputabilidade penal é a

incapacidade de culpa. A utilização desta definição resulta do facto do homem ser por natureza um ser racional e livre e, desta forma, é normalmente imputável, não necessitando a inimputabilidade de comprovação. Já pelo contrário, a inimputabilidade precisa de ser comprovada (Ferreira, 2010).

Um indivíduo que comete um ato criminoso e é portador de um transtorno mental, pode não possuir as completas capacidades de entendimento e/ou decisão no momento do comportamento ilícito, deixando assim de ser imputável e passa a ser considerado, judicialmente, como inimputável ou semi-imputável (Hercules, 2005; Taborda, 2016). A inimputabilidade em razão de anomalia psíquica é um conceito jurídico, criado pelo direito penal, apesar de necessitar de conhecimentos externos. Os termos “inimputabilidade” e “anomalia psíquica” têm natureza normativa e, por isso, são conceitos definidos pelo Direito. Ora, o conceito de inimputabilidade, pode ser definido – de uma forma geral – como a circunstância em que o indivíduo não é suscetível de ser responsabilizado pelo ato que praticou (Almeida, 2000). Figueiredo Dias (2001, p. 258) refere que:

o problema da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica é, logo por sua própria natureza, um dos mais movediços com que pode deparar-se em toda a dogmática jurídico-penal. Porque não só nele convergem todas as dúvidas – dogmáticas e políticos-criminais, por um lado, metodológicas e epistemológicas, por outro – que fazem a grandeza e a dificuldade incomparáveis dos problemas da culpa jurídico-penal; mas porque ele se situa na fronteira, cada vez mais tênue e imprecisa, que separa (ou aproxima) os problemas dogmáticos, políticos criminais e criminológicos dentro do edifício global do direito penal.

No Brasil, a inimputabilidade penal é exclusivamente relacionada aos doentes mentais. Peres e Nery Filho (2002) discutem sobre os conceitos que sustentam o doente mental criminoso no cenário brasileiro, tais como: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. Os autores concluem que o doente mental tem o seu estatuto jurídico marcado pela ambiguidade: a sua doença é a instabilidade de seu ato, excluindo por isso a culpabilidade e a responsabilidade. Já no que condiz à periculosidade, a punição justifica-se como tratamento; e a prevenção fundamenta-se em um ato passado.

Já em Portugal, a lei distingue a inimputabilidade a duas causas, ou seja: em razão da idade e por força de anomalia psíquica. Contudo, levando em conta o estudo em análise,

fica fora de apreciação a inimputabilidade em razão da idade. Desse modo, foca-se na a inimputabilidade relacionada ao estado mental de um indivíduo no momento do ato criminoso (frequentemente referida como o estado mental no momento do delito).

1.1.2. A Historicidade

No decorrer da história do Direito Penal, encontram-se grandes oscilações sobre como se encarar o problema dos doentes mentais que são autores de algum ato criminoso. Até o século XVIII, julgavam-se e puniam-se os acusados em termos gerais e não como doentes mentais, pois não enxergavam a razão para consagrar um regime especial para quem sofresse de alguma anomalia psíquica, por mais grave ou incapacitante que esta fosse (Almeida, 2003). A concepção de inimputabilidade desenvolveu-se no contexto do Iluminismo. Acreditava-se na visão do indivíduo como um ser livre e responsável por natureza. Dessa forma, a ação criminosa surge como uma opção, um ato livre, e sempre que isto não for possível de acontecer, a lógica retributiva não será aplicada (*ibidem*).

Em verdade, demorou bastante tempo até que os portadores de anomalia psíquica e a figura da inimputabilidade pudessem ser inseridos na dogmática jurídico-penal. Maria João Antunes (2002, p. 53) postula que já Aristóteles sustentava que “para imputar um ato ao seu autor necessário é que ele possua a razão, o discernimento e o poder de agir segundo as noções morais, pelo que excluídos estão os loucos e os possessos por forças divinas”.

Ainda de acordo com Antunes (2002), a loucura foi vista, por um longo período, como algo divino, demoníaco ou sobrenatural, confundindo-se com a arte de prever o futuro. Na Idade Média, a loucura era encarada como o efeito de um pecado com origens diabólicas, que conduzia a exorcismos e a penas extremamente cruéis, por vezes mais cruéis do que aquelas impostas aos que não possuíam nenhuma anomalia psíquica.

Já no início do século XIX, a Psiquiatria passou a ser fonte de saber sistemático sobre o criminoso. O Direito Penal Clássico passou a se preocupar em excluir os “loucos” dos seus confins, ou seja, a loucura era vista como eventual causa de irresponsabilidade penal. Entretanto, esta decisão não foi bem aceite, fazendo-se necessário convencer os cidadãos de que aqueles mereciam uma solução diferente e que nem sempre a anomalia psíquica apresentava alterações fisionômicas perceptíveis (*ibidem*).

Com os contributos dos alienistas franceses de Pinel¹ e Esquirol² – juntamente à evolução da Psiquiatria – restaram-se reunidas as condições para a inimputabilidade penal por motivo de anomalia psíquica se afirmar como tal. Em seguida, com o surgimento da Escola Positivista Italiana³, os inimputáveis por anomalia psíquica passaram a fazer parte integrante do Direito Penal, sendo este um aspecto diferenciador entre clássicos e positivistas.

Antunes (2002) menciona que tal movimento não apresentava apenas novas ideias, mas também repudiava o livre arbítrio, o que ocasionou a substituição do conceito de “responsabilidade moral” pelo de “responsabilidade penal”, que estavam ligados à perigosidade do agente e à defesa social. De acordo com a autora, o conceito de “perigosidade” adquiriu uma posição central, passando a ser o critério e a medida da sanção penal. Desta forma, o princípio da culpa moral deu espaço ao princípio da responsabilidade legal, em que os destinatários da norma penal passam a ser todos os cidadãos, independentemente das condições físicas ou psíquicas que apresentem, estando incluídos, obviamente, também os delinquentes com perturbações mentais.

Em Portugal, foi nas Ordenações Afonsinas que se fez referência pela primeira vez à questão da inimputabilidade, ao dispor que “se achar que disse mal com bebedice ou sendo desmemoriado ou sandeu deve-o escarmentar de palavra, sem outra pena, pois que o fez estando desapoderado do seu entendimento” (Título III)⁴.

Também o artigo 20º do Código Penal Português de 1982 sofreu algumas mutações, tendo substituído o Código Penal de 1852, que referia que “não podem ser criminosos os loucos de qualquer espécie, exceto nos intervalos lúcidos”⁵ e o Código Penal de 1886, segundo o qual “somente podem ser criminosos os indivíduos que têm a necessária inteligência e liberdade”⁶. Deste modo, não eram suscetíveis de imputação, ainda de acordo com o Código Penal de 1886, “os loucos que não tiverem intervalos lúcidos”, os que “embora tenham intervalos lúcidos, praticarem o facto em estado de loucura” e ainda os que “por qualquer outro motivo independente da sua vontade, estiverem acidentalmente privados do

¹ Philippe Pinel (1745-1826) foi um prestigiado psiquiatra francês, que auxiliou no desenvolvimento de uma melhor abordagem no tratamento de pacientes psiquiátricos. Contribuiu bastante para a classificação mental de perturbações e foi um dos pioneiros na área da psicopatologia.

² Jean-Étienne Dominique Esquirol (1772-1840) foi um psiquiatra francês, discípulo de Pinel, que se dedicou ao estudo e ao desenvolvimento da insanidade mental.

³ A Escola Positivista negava o livre arbítrio, apresentava o delinquente como uma anormalidade da natureza humana e explicava o crime como sendo natural e necessário. Entretanto, em relação à responsabilidade criminal atribuída à presença de anomalia psíquica, ela concordava num ponto com a Escola Clássica do Direito Penal, qual seja: a necessidade de internamento e tratamento do agente criminoso.

⁴ Ordenações Afonsinas - Dos que dizem mal d'ElRey, Livro V, Título III, p. 21.

⁵ Artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal de 1852.

⁶ Artigo 26.º do Código Penal de 1886.

exercício das suas faculdades intelectuais no momento de cometer o facto punível”⁷. Além disso, “os loucos que, praticando o facto, forem isentos de responsabilidade criminal, serão entregues a suas famílias para os guardarem, ou recolhidos em hospital de alienados, se a mania for criminosa ou o seu estado o exigir para maior segurança”⁸.

Em relação ao Brasil, no final do século XIX, emergiu um movimento no sentido de reformular os fundamentos do direito de punir. Levou-se em consideração doravante o saber do médico *expert*, o exame do criminoso e a sua periculosidade, em vista da individualização da pena. A partir disso, o foco foi perceber o criminoso e as causas determinantes do crime, bem como propor as medidas mais eficazes de defesa social. Passou-se a observar de perto uma classe em especial: os doentes mentais. O Código Penal de 1940, então, consolida notadamente o papel dos peritos no processo penal, já que a periculosidade se torna um pressuposto para a aplicação da medida de segurança. De acordo com esse imperativo legal, o indivíduo – julgado inimputável e presumido perigoso – permanece em manicômio judiciário até que uma nova perícia estime que ele não representa mais um perigo para sociedade e para si próprio. De plano, a medida de segurança é aplicada aos indivíduos que cometeram algum facto ilícito-típico, mas por serem portadores de doenças mentais não podem ser consideráveis responsáveis pelos seus atos. Dessa forma, estes deverão ser tratados e não punidos, visto que a punição de nada adiantaria para a melhoria da sua condição (Felippe, 2011).

Note-se que as medidas de segurança surgem como uma modalidade nova direcionada a agentes específicos, que são os doentes mentais perigosos. Conforme o ministro Francisco Campos (*apud* Oliveira & Silva, 1942), elas vieram corrigir a anomalia presente no código de 1890, que, ao isentar de pena os doentes mentais perigosos, não previa para eles nenhuma medida de segurança ou de custódia, deixando-os completamente a cargo da Assistência a Alienados. Neste sentido, o Direito Penal contemporâneo passa a atuar em um novo espaço – que até então estava descoberto pelas sanções penais – corrigindo a falha da legislação anterior. A doença mental no código de 1940 é causa excludente de culpabilidade e, por isso, os doentes mentais criminosos são absolvidos (devem ser tratados, e não punidos). A aplicação da medida de segurança pressupõe a prática de um fato previsto como crime cometido por um agente com periculosidade. Nessa perspectiva, ela é aplicada aos semirresponsáveis e irresponsáveis, tomando como fundamento não a culpabilidade, mas a

⁷ Respectivamente artigo 42.º, n.º 2, e 43.º, n.º 2 e n.º 3, do Código Penal de 1886.

⁸ Artigo 47.º do Código Penal de 1886.

periculosidade e o provável retorno à prática de fato previsto como crime (Hungria et. al, 1978). A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de um ano, pratica fato indicativo de sua periculosidade. Este aspecto das medidas de segurança será abordado adiante.

1.2. Dos Aspectos da Inimputabilidade por Anomalia Psíquica

Um dos primeiros padrões formais de inimputabilidade surgiu em 1724, conhecido como o *Teste da Besta Selvagem*. De início, na lei inglesa, o acusado que era considerado inimputável, era inocente. Assim, e uma vez que não existia um padrão para a inimputabilidade, o juiz inglês, Juiz Tracy, reconheceu de forma formal um padrão legal, no qual para o sujeito ser inimputável. Para tal, deveria estar inteiramente privado da sua compreensão e memória, ou seja, não apresentar consciência do que teria feito. Este padrão, conhecido como *Teste da Besta Selvagem* (Rex vs Arnold, 1724), esteve presente em Inglaterra até 1843, e o caso de *M’Naghten* foi identificado como o primeiro padrão moderno da inimputabilidade. Neste caso em particular, Daniel M’Naghten possuía um sistema de crenças delirantes relacionadas com um partido político que estava no poder. Ele acreditava que os integrantes desse partido estavam a conspirar contra a sua vida, além de persegui-lo. Sendo assim, Daniel viajou até Londres para assassinar o primeiro-ministro e, com isso, acabar com as perseguições. Ocorreu que ele acabou por assassinar (por engano) o secretário do primeiro-ministro, Edward Drummond (Moran, 1981). Com efeito, a equipa de defesa de M’Naghten sustentou uma defesa alegando inimputabilidade. A acusação concordou que este tinha comprometimentos psíquicos e solicitaram o *Teste da Besta Selvagem*, com o argumento de que sua doença mental não justificava a remoção completa de responsabilidade. Dessa forma, nove peritos atestaram que M’Naghten era inimputável devido às suas crenças delirantes o incapacitar na diferenciação do certo e o errado. O juiz instruiu o júri a considerá-lo inimputável, e o mesmo foi enviado para um hospital psiquiátrico para o resto da sua vida (Verger, 1992).

Considerando agora a noção da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica como fundamento da impossibilidade de afirmação, no caso, da culpa jurídico-penal, faz-se imprescindível observar a evolução e as transformações ocorridas no cenário dogmático jurídico penal. O embaraço da inimputabilidade é um dos mais movediços com que pode deparar-se a matéria, pois ele se situa na fronteira, em linhas cada vez mais tênues e

imprecisas que separa ou aproxima os problemas dogmáticos, políticos-criminais e criminológicos dentro da esfera global do direito penal (Figueiredo Dias, 2019). Diante disso, as concepções oriundas das ciências humanas tornam-se imensamente cruciais e condicionantes. O debate que, desde o surgimento destas, entre elas e o conceito de inimputabilidade em razão de anomalia psíquica se instituiu tem deparado em grandes entraves entre juristas e cientistas, o que ocasiona danos para a tarefa da aplicação do direito (*ibidem*).

Todavia, recentes avanços operados – tanto ao nível de compreensão do direito penal como da imagem das ciências do homem – parecem convergir para um novo espírito de relacionamento e trabalho conjunto, com divisão de tarefas e de competências, mas sem quebra da interdisciplinaridade e da complementaridade funcional (*ibidem*). Nos progressos decorrentes em torno da figura da inimputabilidade, verifica-se que houve um alargamento do substrato biopsicológico da inimputabilidade. Atualmente, o artigo 20º (nº. 1) tem como requisito da inimputabilidade a existência de uma anomalia psíquica e não de uma doença mental, tal como acontecia em tempos passados. Isto porque houve a substituição do termo “doença mental” pelo de “anomalia psíquica”, passando-se a compreender “todo e qualquer transtorno ocorrido ao inteiro nível do psíquico, adquirido ou congénito” (Figueiredo Dias, 2012, pp. 530-531). Na verdade, o autor elucida que a imputabilidade evoluiu em três diferentes paradigmas: no paradigma biopsicológico, no paradigma normativo e no paradigma “compreensivo”. O paradigma biopsicológico diz respeito à imputabilidade do agente como pressuposto da afirmação da culpa, no entanto esta deixaria de existir se houvesse a comprovação biopsicológica de uma doença em sentido estrito, permanente, temporária ou intermitente. Ou seja, se o perito constatar a incidência de uma doença biopsicologicamente comprovada, capaz de afetar as faculdades de entendimento, discernimento e de avaliação do agente sob o facto cometido. Já o paradigma normativo, vem como substituto do biopsicológico. Nesta linha, o direito passa a ser visto como uma ordem normativa autónoma, na base de uma axiologia pressuposta que dá fundamento ao seu específico modo de validade. Deixa-se para trás as ciências humanas e modifica-se o próprio fundamento de intervenção do direito penal e da legitimação da pena, dando espaço ao reaparecimento de considerações absolutas de justiça e de retribuição (ao lado ou mesmo à frente de considerações relativas de prevenção). Não obstante, veio o paradigma “compreensivo” – o mais radical na transformação. Emerge nas ciências do homem e caracteriza-se: pelo abandono da concepção mecanicista da matéria a que aquelas ciências se referem, bem como dos supostos

metodológicos positivistas e empiristas do conhecimento do ser humano, da cultura e da sociedade; pela desvalorização do paradigma etiológico e explicativo; pela recusa do dogma determinista e pela aceitação de elementos de contingência e de indeterminação; e pela convicção de que todo o conhecimento científico tem como horizonte o Homem na sua totalidade e na sua individualidade (Figueiredo Dias, 2019).

Nesta senda, Cordeiro (2003) também explana que a determinação da inimputabilidade está baseada em três pressupostos: o biológico, que possui como princípio a existência de uma anomalia psíquica ou estados psíquicos, podendo ser permanentes ou transitórios; o normativo, definido pelos princípios e limites do que deve ser considerado como motivo suficiente para a inimputabilidade; e o psicológico, baseado na anomalia como produtor de efeito psicológico que incapacite o indivíduo de maneira que este não consiga avaliar a ilicitude de seus atos.

A partir destas considerações, o agente só pode ser considerado imputável quando tiver a necessária inteligência e liberdade, enquadrando-se no conceito de inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do fato, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação ou quem, por força de uma anomalia psíquica grave, não accidental e cujos efeitos não domina, sem que por isso possa ser censurado, tiver, no momento da prática do fato, a capacidade para avaliar a ilicitude deste ou para se determinar de acordo com essa avaliação sensivelmente diminuída (art. 120º, Decreto-Lei n.º 48/95). Dito por outras palavras, não basta, portanto, a verificação da anomalia psíquica para se estabelecer a figura da inimputabilidade. Precisa-se ainda que esta anomalia conduza o agente a não ter consciência do cunho criminoso do fato ilícito (*ibidem*).

Ao contrário de uma pessoa com normalidade psíquica – a qual entende e que se determina com o seu entendimento – o sujeito com transtorno mental pode ter a capacidade reduzida e/ou anuladas em relação à sua capacidade de entender ou se determinar, tornando-o assim, inimputável ou semi-imputável (Gurgel, 2012). De modo geral, no caso dos sujeitos serem portadores de doenças mentais não se atribui pena judicial, sendo estes considerados inimputáveis. Contudo, alguns doentes mentais possuem total ou parcial consciência do ato criminoso, independente do seu transtorno mental. Desta forma, devem ser julgados normalmente, antes de considerá-los inimputáveis, mesmo que futuramente sejam inseridos em tratamentos psicológicos (Teixeira, 2006). Isto é, consoante o diagnóstico de transtorno mental poderá ser submetido a uma tratativa penal diferenciada.

Para que o indivíduo seja considerado inimputável, deve ser observado o período e/ou grau de evolução do transtorno mental, a estrutura psíquica e a natureza do crime (Gurgel, 2012; Hungria, 1983). Isto é, torna-se necessária uma avaliação pericial, consoante a determinação do Código Penal, o qual declara que quando houver dúvidas quanto à integridade mental do indivíduo, o juiz ordenará um requerimento de um exame médico legal. No caso do Brasil, conforme o artigo 26, parágrafo único, do imperativo penal, declara-se que pode haver uma redução de pena de um a dois terços em caso de perturbações de saúde mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardo mental.

Os doentes mentais, portanto, são isentos de pena, razão pela qual a doença mental é considerada causa de exclusão de culpabilidade, isto é, o crime existe, mas não se faz efetivo por estar ausente a culpabilidade (elemento que relaciona o agente ao crime), o que acaba por determinar a inimputabilidade do sujeito, já que não pode ser juridicamente imputada a prática de um fato punível (Peres & Nery Filho, 2002). Nestes casos, Costa (2018) sugere que se possam incluir psicoses, esquizofrenia, delírios, alucinações, intoxicação por substâncias psicotrópicas, paralisia cerebral, perturbações de consciência, bipolaridade, casos de extrema fadiga, esgotamento, estados psicóticos causados por tumores, medos, sustos, hipnose, entre outros. Por esta razão, consideramos, tal como Lourenço (2019, p. 56) que apenas o “diálogo entre juristas e especialistas das áreas da saúde poderá traçar a linha da inimputabilidade”.

De forma muito resumida, tem-se que a ideia da inimputabilidade está relacionada à inviabilidade que alguém possui ou expõe provisoriamente, de suceder uma ação com pleno critério, ou seja, sem consciência ou juízo de realidade (Silva, 2011). Dentro desse contexto, o sujeito considerado inimputável não deve ser responsabilizado pelos seus atos, seja no contexto civil ou penal. Trata-se da incapacidade do agente, no momento do fato ilícito, de avaliar essa ilicitude ou de se determinar de harmonia com essa avaliação, no sentido de não o cometer. Na prática, essa situação pode ser complexa. O juiz – devido à ausência de conhecimentos técnicos e específicos – ordena a prova pericial. Diante desse cenário, apenas o perito se pode pronunciar sobre a existência de uma anomalia mental. Em caso de não existência de uma doença mental, a decisão só pode ser no sentido da imputabilidade do arguido. Caso contrário, não se pode inferir automaticamente pela declaração de inimputabilidade. Para além da existência de uma patologia, faz-se necessário também verificar se esta afetou as faculdades normais do indivíduo no momento da prática do facto ilícito (Almeida, 2000).

1.3. Da Perícia Psiquiátrica e sobre a Personalidade

No cenário dos fatores psicológicos, as investigações dão ênfase à afinidade entre doenças mentais e criminalidade, abordando a relação de causa entre o acometimento por uma enfermidade e uma conduta ilícita concreta advinda da influência ou domínio por seus efeitos.⁹ Segundo Taborda et al. (2004), a psiquiatria forense visa oferecer aos profissionais da área do Direito informações sobre a situação concreta e aspectos psicológicos e psicopatológicos do arguido, da vítima ou de outros que estão envolvidos num determinado caso. Através dela, são levantadas e produzidas informações úteis para o conhecimento do julgador, de forma a auxiliá-lo em seu livre convencimento e decisão final, tendo em vista que, no curso do processo, podem surgir dúvidas no que tange à sanidade mental do arguido. Partindo-se deste ponto, o relatório pericial psiquiátrico proporciona a elucidação de fatos e/ou de situações, contribuindo para a compreensão de fatores subjetivos existentes nas relações humanas, as quais podem interferir nos processos judiciais.

1.3.1. O perito e as questões essenciais da perícia

De acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, “o perito, em sentido estrito ou próprio, é o profissional especialista numa determinada área técnica, científica ou artística”¹⁰. Como tal, trata-se de uma pessoa qualificada (detentora de conhecimento indispensável à solução da controvérsia) e cuja legitimidade advém da sua condição de terceiro, ou seja, equidistante dos interesses das partes (Silva, 2019). Em verdade, diz respeito a um estatuto que funciona como auxiliar ou colaborador do julgador, com a ressalva de que a apreciação dos fatos é função judicial (Cavaleiro de Ferreira, 1986).

O julgador carece de conhecimentos jurídicos, de experiência comum e de conhecimentos técnicos ou científicos que se mostram indispensáveis à apreciação da prova. Como esses últimos não costumam fazer parte da cultura geral do magistrado, a lei permite-lhe o auxílio e esclarecimentos de terceiros, determinando-se uma perícia. Aliás, o juiz não pode dispensar a perícia mesmo que ele detenha os conhecimentos especializados para julgar a causa. Nesse contexto, torna-se possível solicitar elucidações a um perito, de forma a requerer avaliação psiquiátrica ou psicológica para: detectar a presença de um transtorno

⁹ Roberts, Albert R.; Springer, David W. Social work in juvenile and criminal justice settings. Third Edition. Springfield: Charles C Thomas Publisher, 2007.

¹⁰ Ver em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/E3D33D4CD3B7ABA280257DE10056FE44>

mental, verificar défices cognitivos, identificar a deficiência mental e se essa interfere na capacidade de entendimento, averiguar a possibilidade de transtorno de personalidade (Serafim et al., 2017), dentre outros.

O exame pericial, em termos de estrutura, apresenta uma ordem a ser seguida. Primeiramente, define-se o objeto da perícia e, caso haja a colocação de quesitos, a enunciação dos mesmos. Depois, há a fundamentação das respostas ou conclusões. A partir disso, têm-se as conclusões (opiniões) sobre o objeto da perícia ou, existindo quesitos, as respostas para eles. Por fim, caso a perícia seja apresentada por um colégio de peritos, pode haver uma ou mais opiniões vencidas, as quais devem apresentar uma fundamentação correspondente (Albuquerque, 2009).

Cumprido esclarecer que o perito ou o assistente pode e deve fazer uso de todos os meios necessários, tais como: ouvir testemunhas; obter informações; solicitar documentos mesmo estes estando em posse da parte ou de repartições públicas; utilizar de desenhos ou fotografias e qualquer outro material que julgue necessário para elaboração do laudo (Conselho Nacional dos Peritos Judiciais, 2010). Com isto, a colaboração do perito faz-se imperiosa para esclarecer pontos nodais da matéria fática processual e permitir o adequado contraditório entre as partes.

Na Europa, há essencialmente dois tipos de perícia: a perícia contraditória e a perícia oficial. No caso da perícia contraditória, o Ministério Público e o arguido escolhem e indicam separadamente seus peritos, os quais atuam sob a direção da parte que os escolheu. Tal modelo é adotado nos países de direito anglo-saxônico. Já na perícia oficial, o perito é nomeado pelo tribunal, atuando sob a direção do qual realiza as suas pesquisas (cfr. arts. 467º e seguintes do CPC). Ou seja, prende-se com a avaliação do estado mental do indivíduo e eventuais patologias detectadas, desempenhando apenas uma função de colaboração, cujas avaliações irão ser livremente apreciadas pelo juiz, que terá sempre a decisão final (Almeida, 2000).

O perito é determinado pela autoridade judiciária competente ou por delegação desta, a fim de que proceda à percepção dos fatos que exijam conhecimentos específicos. É importante ressaltar que ele segue um procedimento legalmente previsto, não podendo agir desobedecendo às normas impostas e, por previsão legal, cabe seu impedimento (escusa e recusa) e sua substituição, caso haja necessidade ou falte condições indispensáveis para a realização do ato (Sousa, 2011).

Pode acontecer de vários peritos serem nomeados para a realização da perícia. Nessa circunstância, pode haver conclusões distintas. No caso de discordância entre elas, cada perito deve apresentar seu relatório, tal como sucede em relação à perícia interdisciplinar. Já na ocorrência de perícia colegial, pode constar uma opinião vencedora e outra opinião vencida. É primordial salientar que, tratando-se de processos cuja indispensabilidade dessa modalidade de prova se faça patente, a sua inexistência ou a profusão de pareceres de consultores técnicos ou de depoimentos sobre o objeto da lide acarreta a nulidade do processado, tendo em vista o descumprimento das exigências legais.

No final da perícia, surge o relatório ou laudo pericial. Ele nada mais é do que o resultado da perícia (Shine, 2009). Ou seja, algo que aparece em momento cronologicamente posterior a ela, podendo ser ditado para o auto tão logo a seguir à realização do ato ou, na grande maioria dos casos levado em consideração, face à complexidade da matéria, ser fixado pela autoridade judiciária num prazo para a entrega e apresentação do mesmo (cfr. nº. 2, art. 157º, do CPP). Vale ressaltar que o atraso dessa apresentação pode justificar a substituição do perito (com ou sem retribuição), entretanto o relatório pericial apresentado fora de prazo não é inválido. Esse documento nasce com uma natureza qualificada, pois tem em seu alicerce conhecimentos especiais. Tanto a autoridade judiciária, como o arguido, o assistente, os consultores técnicos e as partes civis podem solicitar ao perito todos os esclarecimentos que julguem necessários.¹¹ Por conseguinte, o perito menciona e descreve suas respostas e conclusões devidamente fundamentadas.

O perito, na sua atuação, não presta juramento. À luz do artigo 91º (nº. 2) do Código de Processo Penal Português, o que existe é um compromisso. Ele está obrigado a transmitir ao tribunal, com verdade, todos os fatos de que tomou conhecimento e integráveis no objeto da perícia, não podendo invocar a opção do segredo profissional. Além disso, os elementos de que o perito tomou conhecimento no exercício da função só podem ser utilizados dentro do objeto e das finalidades daquela perícia. O artigo 156º, nº. 4 (do código supramencionado) veda a valoração de quaisquer informação obtida pelo perito no curso da perícia que não incida sobre o objeto e que não se traduzam no relatório pericial, estando, portanto, o profissional vinculado com o dever de segredo relativamente a tudo quanto tenha descoberto durante o desempenho de sua função e que extrapole as necessidades.

¹¹ Albuquerque, Paulo Sérgio Pinto de, coment. – Artigo 127º..., p. 436: “A supressão da proibição legal (“não podem ser contraditadas”) visa alargar o âmbito dos “esclarecimentos”. Os pedidos de esclarecimentos podem visar o relatório quer de um ponto de vista formal, quer material. A falta de resposta dos peritos aos pedidos de esclarecimento não prejudica o relatório, mas deve ser valorada pela autoridade judiciária, podendo justificar a divergência desta em relação ao resultado da perícia constante do relatório.”

A qualidade de perito regularmente constituído no processo é fundamental para definir regras de produção da prova, evitando a prática de invalidades processuais que possam vir a prejudicar o julgamento. Em verdade, tal condição é peça basilar na apreciação dos fatos pelo tribunal, estando elencadas as normas para o desempenho de tal função no artigo 153º do Código de Processo Penal Português. Os peritos têm amplo direito de acesso aos autos e o pedido de fornecimento de elementos pertinentes à realização da perícia, devendo solicitar à autoridade judiciária tudo o que não lhes for remetido. Desta forma, o juiz deve transmitir ao subscritor da prova pericial toda informação relevante à causa, bem como as atualizações supervenientes que acarretam alterações no pedido ou no objeto da perícia.

Em Portugal, conforme dispõe o artigo 154.º do Código de Processo Penal, não são as partes que apontam seus respectivos peritos. As perícias são realizadas por organismos apropriados, geralmente estatais. Consagra-se, portanto, um regime misto com prevalência de intervenção de organismos públicos, com a qualidade pericial a assentar numa certificação pública, sem a exclusão da possibilidade de apresentação de perícias contraditórias quando não existirem tais organismos públicos reconhecidos para essa finalidade. É o chamado contraditório mitigado. Neste cenário, a perícia assume um carácter tendencialmente público. Exige-se, para tanto, dois pressupostos para a sua realização: a nomeação por entidade judiciária (pressuposto formal) e a necessidade de especiais conhecimentos para compreender e valorar os factos (pressuposto material). Além disso, ela deve cumprir uma tríplice visão, qual seja: assegurar a imparcialidade do perito, estar sujeita aos princípios da igualdade e do contraditório e ser realizada em prazo razoável.

Sobre a temática, no âmbito jurídico brasileiro, o artigo 156 do Código de Processo Civil (2015) dispõe que o “juiz será assistido por perito quando a prova de fato depender de conhecimento técnico ou científico” e que “os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados (§1º)”. O perito deve ser “especializado no objeto da perícia” (art. 465, CPC) e deve apresentar currículo que comprove essa condição (art. 465, §2º, II, CPC). Além disso, na esfera penal, para se realizar a perícia é necessário que o delito praticado tenha deixado vestígios, como determina o artigo 158, do Código de Processo Penal, ao dispor que o exame é indispensável, não sendo suprido nem mesmo pela confissão do acusado, haja vista que o mesmo poderá confessar algo que não fez para beneficiar outro que tenha praticado o ato criminoso.

Tem-se que o perito é um profissional nomeado pelo juiz ou Tribunal, de acordo com os critérios de capacitação profissional. O Código de Processo Civil Brasileiro, no artigo 156,

dispõe que o juiz será assistido por perito, quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico. Complementarmente, ainda nessa disposição legal (§1º), enuncia-se que os peritos serão nomeados entre profissionais legalmente habilitados e órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado. Nessa perspectiva, o perito é definido como um “facilitador no entendimento mais integrado e humano do ato jurídico” (Caires, 2003, p. 68). Ressalta-se também que, após ser nomeado pelo juiz – *a priori* – ele tem obrigatoriedade em aceitar o compromisso, podendo escusar-se do encargo apenas se alegar motivo legítimo (cfr. artigos 378, 466 e 467 da legislação supramencionada). Além disso, deve cumprir seu ofício no prazo que lhe for designado pelo juiz e empregando toda sua diligência.

Sabe-se, portanto, que o perito não tem como propósito substituir a autoridade da corte para tomar decisões, mas sim, auxiliá-la (Huss, 2011). Conforme o artigo 8º, do Código de Ética Profissional e Disciplinar do Conselho Nacional dos Peritos Judiciais da República Federativa do Brasil (2010), o perito deve ter total consciência de que detém o papel de auxiliar da Justiça, já que desenvolve um trabalho de grande responsabilidade e relevância diante do Poder Judiciário, realizando um exame, vistoria ou avaliação de cunho específico e conhecimento especial. Tal dispositivo, em seu artigo 13º, aduz ainda que o perito judicial, quando tiver ciência de sua nomeação e, antes de comprometer-se, deve inteirar-se dos autos, para verificar se existe ou não incompatibilidade ou algum impedimento para assumir a realização do trabalho solicitado.

De acordo com a legislação vigente (cfr. §único, art. 467, do Código de Processo Civil Brasileiro), existem algumas exceções dentre as quais o perito pode rejeitar a solicitação do juiz ou Tribunal, declarando-se impedido. Por exemplo: quando for parte na ação; tiver prestado depoimento como testemunha; quando possuir algum parentesco ou relacionamento de consanguinidade ou afinidade em linha reta ou colateral até terceiro grau com o advogado da parte ou diretamente com a parte (cfr. art. 30 do Código de Ética Profissional e Disciplina do Conselho Nacional dos Peritos Judiciais no Brasil). Seja qual for a justificativa ou hipótese de escusa, ela será submetida à análise pela autoridade responsável no processo, ou seja, o perito judicial deve comunicar sua escusa através de petição em juízo e o mais brevemente possível

Elucida-se que, na perícia judicial, o perito deve observar as regras da ética profissional, executando um trabalho isento e imparcial, tendo em vista o respeito pela lei e a técnica, com o objetivo de esclarecer os fatos ao juiz, o qual normalmente não possui

conhecimento técnico para julgar o mérito. A responsabilidade apresentada através da opinião do perito não se limita apenas à qualidade de seu trabalho, mas também, ao seu comportamento ilibado, sincero, exemplar, honesto, utilizando técnicas reconhecidas, com respeito às legislações e cautela na elaboração do laudo pericial (Leão, 2020). Por conseguinte, o perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, será responsabilizado pelos prejuízos que causar à parte e ficará inabilitado para atuar em outras perícias pelo prazo de dois a cinco anos (independentemente de outras sanções previstas em lei). Neste caso, o juiz comunicará o fato ao respectivo órgão de classe para adoção das medidas pertinentes (cfr. artigo 158 do Código de Processo Civil Brasileiro).

No que se refere às questões essenciais que surgem frente à matéria de prova pericial, cabe realçar: a preponderância probatória, a oficiosidade e a ausência de contraditório na designação do perito, a oficialidade na seleção, a singularidade na composição e a sujeição pessoal a esse meio de prova. Em relação à preponderância probatória, contemporaneamente, reina uma confusão doutrinária e jurisprudencial (Barreiros, 2014), a qual este trabalho pormenoriza e discute mais adiante, no segundo capítulo. Ele é dedicado à imergência do princípio da livre apreciação do juiz na valoração da prova, ao seu dever de fundamentação e ao seu papel diante da prova científica.

Quanto à oficiosidade na designação pelo tribunal e a oficialidade na seleção, segundo Barreiros (2014), o perito, como já mencionado, é nomeado por autoridade judiciária ou pela lei, incidindo essa nomeação com primazia sobre entidades e/ou pessoas do meio oficial. Com efeito, tal função está fora do alcance da participação dos sujeitos privados (singularidade na composição), aos quais são permitidos somente a indicação de consultores técnicos – pessoas de sua confiança para assistir à realização da perícia, com atuação limitada e subsidiária, às quais podem propor diligências e formular observações e objeções, cabendo-lhes uma mera participação de sugestão e reparo quando configurada alguma contrariedade.

Em bom rigor, a ausência de contraditório na designação por parte dos sujeitos privados acaba por fragilizar a garantia de um princípio com consagração constitucional (Barreiros, 2014). Isto porque nada impede que, pelo menos, diante da oficiosidade na designação pelo tribunal, fosse facultada a cada um dos sujeitos privados a possibilidade de se pronunciar a respeito do perito nomeado pela autoridade judiciária. Certamente, iriam surgir questionamentos, sugestões e críticas que tornariam o cenário mais seguro para ambas as partes.

Outra importante faceta é a sujeição do meio de prova, já que a perícia pode incidir sobre a pessoa, colocando-se em tela a questão do seu consentimento. O ordenamento processual penal português prevê que – ao se tratar de perícias sobre qualidades físicas ou psíquicas de pessoas que não tenha prestado o consentimento, de perícias médico-legais e forenses e de perícias sobre a personalidade – o juiz, após ponderação do direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado, é competente pelo despacho que ordena a perícia, sendo considerado inconstitucional uma norma dispor do contrário¹².

1.3.2. Da perícia psiquiátrica em Portugal e no Brasil

A perícia psiquiátrica tem conquistado um lugar de extrema importância no setor jurídico, a receber cada vez mais solicitações. A prática tornou-se bastante difundida por conta das complexas questões que chegam aos tribunais. O julgador passou, então, a precisar de mais conhecimentos específicos e auxílio no entendimento de aspetos especiais e subjetivos das mentes e relações humanas envolvidas nos processos criminais, o que resulta numa contribuição para uma melhor solução (Perotti & Siqueira, 2011). Dentro de um contexto penal contemporâneo, trata-se de um meio de excelência para reconstruir factos e avaliar provas, conforme a convicção que a ciência garante.

Em verdade, sabe-se que o magistrado não possui capacitação adequada para fundamentar e justificar decisões que envolvam questões fora da sua formação académica e, por isso, pode-se contar com as ciências psicológicas para ampará-lo, realizando uma profunda investigação sobre a questão suscitada e facilitando o seu entendimento. Neste caso, a perícia é considerada um instrumento significativo para a verificação das questões que estão além do alcance da racionalidade jurídica e que fazem parte da ciência psicológica (*ibidem*).

Como exposto por Perotti e Siqueira (2011), a prova pericial psicológica poderá ser solicitada sempre que se verificar a necessidade de esclarecimentos sobre os aspetos subjetivos das relações humanas abrangidas nos processos judiciais, isto é, nos casos em que há a necessidade de especificações referentes à insanidade mental, a perícia psiquiátrica é primordial. Silva (2006) vai de encontro aos autores ao afirmar que, no direito processual, a perícia, e particularmente a perícia psicológica, é considerada um meio de prova. Rovinski (2004) também complementa no sentido de que a perícia é um meio especial de prova, pois

¹² Cfr art. 154.º, n.º 2, do CPP e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18-03-2011 (Proc. nº. 199/07.5GHSNT – 3)

ela tem natureza de meio de prova organizada e produzida no próprio processo que a utiliza, destinando-se a fazer a prova de fatos processualmente relevantes na lide. Todavia, é importante ressaltar que essas perícias não são uma verdade oficial e única (Barreiros, 2014).

No contexto português, consoante o artigo 154º. (nº. 1), do Código de Processo Penal, a perícia pode ser determinada (oficiosamente ou a requerimento) por despacho da autoridade judiciária, o qual deve conter a indicação sumária do objeto da perícia, os quesitos e o nome dos peritos ou indicação da instituição (se assim for o caso). Contudo, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade, apenas o magistrado judicial pode ordenar – em qualquer fase processual – a realização de perícia sobre as características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento (art. 154.º, nº 3, do CPP).

No que diz respeito à perícia sobre questões psiquiátricas, ela pode ser realizada a requerimento do representante legal do arguido, do cônjuge (não separado judicialmente) ou pessoa que viva em condições análogas às dos cônjuges, dos descendentes e adotados, dos ascendentes e adotantes ou, na falta deles, dos irmãos e seus descendentes (art. 159.º, nº 7, do CPP). Neste caso, podem participar também especialistas em psicologia e criminologia.

A perícia sobre a personalidade consubstancia, salvo exceção, um meio de prova relativo às qualidades do agente, nos termos definidos pelo artigo 160º do Código de Processo Penal Português. Durante o trâmite processual, para efeitos de avaliação da personalidade e perigosidade do arguido, pode ser determinada a realização de perícia sobre as suas características psíquicas independentes de causas patológicas, bem como sobre o seu grau de socialização. O resultado dessa modalidade de prova pode contribuir para a decisão sobre a revogação da prisão preventiva e para a determinação da sanção. Interessante notar que ela pode ser deferida a serviços especializados, incluindo os serviços de reinserção social ou, quando isso não for possível, a especialista em criminologia, em psicologia, em sociologia ou em psiquiatria (art. 160.º, n.º 2, do CPP).

A perícia sobre a personalidade também pode servir para auxiliar o magistrado em momentos embaraçosos na execução da pena de prisão ordenada. Como exemplo a ser mencionado, existe a perícia sobre a personalidade de condenado no âmbito de incidente de anomalia psíquica posterior à condenação e a perícia sobre a personalidade de internado em medida de segurança privativa da liberdade para efeitos de revisão obrigatória da situação, ambas consagradas no Código de Processo Penal Português (respectivamente nos artigos 483º, nº. 1, alínea *a*), e 504º, nº. 1, alínea *a*).

De plano, faz-se necessário ressaltar que a personalidade não é vista apenas como carácter, no sentido que a este oferece a doutrina caracterológica, e, portanto, aquilo que por vezes se chama a personalidade “naturalística”, mas o carácter e (sobretudo) o “princípio pessoal” que lhe preside, nomeadamente a atitude interna donde o facto promana e que, nessa acepção, o fundamenta (Figueiredo Dias, 2005, p. 337, cit. Antunes 2009).

O requerimento desses tipos de perícia é realizado quando não se está em questão uma causa patológica, seguindo como norte o regime geral da prova pericial. Além disso, o Tribunal de Execução das Penas, na sequência da apreciação da perícia, se concluir que há condições favoráveis, pode decretar a elaboração de relatório dos serviços de reinserção contendo análise do enquadramento familiar, social e profissional do recluso/internado (cfr. art. 483º, nº. 1, alínea b e art. 504º, nº. 1, alínea a, do CPP).

Vale ressaltar que, além da perícia sobre a personalidade, há a perícia sobre a capacidade para testemunhar, disposta no artigo 131º, nº. 3, do Código de Processo Penal Português. O desiderato maior da sua designação é aferir da credibilidade nos depoimentos de menores de idade em casos de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. Nessa modalidade de perícia, verifica-se a aptidão (física e mental) de um menor de dezoito anos, para prestar testemunho em crimes de cunho sexual, denominadamente quando deles for vítima.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça tem como posicionamento abalizado que não importa a veracidade do próprio depoimento¹³, mas sim a percepção dos fatos pelo perito, que dotado de conhecimentos técnicos e específicos, auxiliará o magistrado em seu juízo de valor. Deve-se deixar bastante claro que o perito não substitui o juiz na avaliação do testemunho, tampouco decide se tal testemunho será ou não valorado (Antunes, 2009). Assim, ele funciona como suporte ao tribunal, ou seja, o juiz exerce plenamente seu papel de ouvir as testemunhas e analisar todos os meios de prova legalmente disponíveis, mantendo resguardado o princípio da livre apreciação e valoração da prova.

Relativamente ao cenário brasileiro, o Código de Processo Penal, no artigo 149, preconiza que o juiz deve ordenar, de ofício ou a requerimento (do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, do descendente, do irmão ou do cônjuge do acusado), quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. Tal exame pode ser considerado como um minucioso processo de investigação

¹³ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-10-2008 (Proc. nº. 08P2869) e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05-06-2008 (Proc. nº. 06P3649)

de fatos e pessoas. Ele envolve um contexto de situação-problema, o qual necessita de conhecimento especializado para resolvê-lo (Perotti & Siqueira, 2011).

No Brasil, o ato pode ser realizado por médicos psiquiatras e/ou psicólogos forenses (Androvandi et al., 2007). Estes profissionais têm como papel principal estabelecer um intercâmbio entre o conhecimento médico e o jurídico, o qual comumente ocorre pela elaboração de um laudo pericial. Em razão disso, a necessidade de adequar a linguagem médica-psiquiátrica em linguagem acessível e mais próxima ao meio jurídico costuma ser um desafio, tendo em vista que a legislação que contempla os diferentes aspectos psiquiátrico-forenses não está consolidada em um documento por inteiro, o que gera estranheza e, por vezes, distanciamento.

A partir destas considerações, conclui-se que a perícia desempenha uma função de colaboração, cujos resultados irão ser livremente apreciados pelo juiz, que terá sempre a decisão final. Seu objetivo maior é dar suporte à tomada de decisão do julgador. Como tal, torna-se fundamental uma aposta em técnicas que permitam atestar com o máximo rigor todas as informações. Além da perícia psiquiátrica (exame psiquiátrico inicial e avaliação psicológica), progressos e descobertas na área da neurobiologia e da genética médica abriram espaço para uma revolução probatória no processo penal. Trata-se da escolha de instrumentos diagnósticos específicos por meio do uso de evidências neurocientíficas nos tribunais, o que vem ganhando bastante destaque e será analisado no capítulo seguinte.

Capítulo 2. A UTILIZAÇÃO PROBATÓRIA DE MÉTODOS NEUROCIENTÍFICOS NO PROCESSO PENAL

Neste capítulo, discorre-se acerca da utilização de métodos neurocientíficos na averiguação de declarações prestadas às autoridades de perseguição penal ou na recuperação de memórias ocultas relevantes para a investigação. Leva-se em consideração a possibilidade de correlação entre o campo do direito penal e das Neurociências, focalizando nas potencialidades e limitações dessa interação. Já a par dessa temática, trata-se da apreciação da prova penal (elucidando o papel do juiz perante a prova científica) e da emergência do princípio da livre apreciação da prova, transcorrendo-se sobre o impacto das Neurociências na tomada de decisão, nomeadamente no que se refere às questões da anomalia psíquica e do estabelecimento de medidas de segurança.

2.1. Da Prova Pericial Científica no Conspecto Penal

A palavra prova deriva do latim *probatio*, cujo significado é verificação, exame, inspeção. Por consequência, o verbo provar deriva do verbo *probare*, que significa demonstrar, examinar, verificar, dentre outras acepções (Nucci, 2011). Nessa linha, pode-se conceituar prova, no âmbito jurídico, como toda atividade, que se faz pelos meios legais, e que contenha elementos produzidos pelas partes ou pelo juiz, com a finalidade de demonstrar a existência de certos fatos ou a veracidade de um estado material (Monção, 2015). Deste modo, e num mundo em constante desenvolvimento, as perícias assumem-se como um meio de prova dependente dos meios científicos e tecnológicos (Aguiar da Rocha, 2015).

A literatura demonstra que, em casos criminais, relatórios científicos forenses e depoimentos de especialistas e/ou peritos desempenham um papel cada vez mais importante no julgamento (Garrett, Gardner, Murphy & Grimes, 2021). No entanto, autores como Areh (2020) afirmam que as avaliações forenses devem ser fundamentadas cientificamente de forma que os tribunais consigam obter provas periciais com valor probatório aceitável. Se recorrermos a Taruffo e Lopes Jr., os autores demonstram que é através da atividade probatória que se busca mostrar a existência e a veracidade de um fato, sendo a prova uma fonte de convencimento e podendo os operadores do Direito dela extrair uma multiplicidade semântica. Tal como refere Taruffo,

de uma forma geral, a prova pode ser vista como elemento de confirmação de conclusões referentes a afirmações sobre fatos ou como premissa de inferências destinadas a consubstanciar conclusões que consistem em afirmações sobre fatos. Isso, por um lado, corresponde com a noção lógica de prova como elemento que fundamenta um julgamento, mas, por outro lado, constitui também a racionalização das ideias de prova que são mantidas em muitos campos da experiência (Taruffo, 2002, pp. 327-328).

Nesta senda, Lopes Jr. (2017) preconiza que o processo penal e a prova integram os modos de construção de convencimento do juiz que influencia a convicção e legitimará a sentença. A prova é o pressuposto da atividade decisória do julgador, mas também o seu próprio fundamento e limite. Desta forma, o posicionamento do magistrado – evidenciado na decisão – é fruto dos meios de prova. Tal como referem Santos e Leal-Henriques (2008), os meios de prova são instrumentos imprescindíveis à demonstração dos factos (por exemplo,

por testemunhas, por peritos, por reconstituição do fato, por documentos, etc.); já os métodos de obtenção da prova, são registrados como formas ou processos de recolha de indícios probatórios (por exemplo, revistas e buscas, escutas telefônicas, exames, etc.).

Faz-se importante debruçar em torno do valor de verdade de prova. Melhor dizendo, Taruffo (1986, p. 250) evidencia que é possível estabelecer “um conceito bastante claro de verdade judicial, como grau adequado de confirmação racional das afirmações sobre a verdade dos fatos”, sendo alheio a tal pensamento “qualquer conotação absolutizante, mas também qualquer implicação cética sobre a possibilidade de obter um grau adequado de certeza sobre os fatos da causa”. E, neste sentido, Ferrajoli (2002, p. 38) defende e adverte que “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”. Dito por outras palavras, tais conceitos são vistos como complementares ao exercício do poder. Ou seja, entende-se a verdade como um pressuposto para decidir de forma pertinente qual a hipótese legal aplicável ao caso concreto.

Impende consignar, ainda, que de acordo com Antunes (2009) existem princípios fundamentais do processo penal relativos à prova: o princípio da investigação ou da verdade material (poder-dever do tribunal ordenar a produção de novos meios de provas quando necessário – independente de requerimento), o princípio da livre apreciação da prova e da prova livre (o juiz, na apreciação ou valoração da prova, não se submete a regras prévias e legalmente fixadas, salvo pela atribuição de força especial a alguns meios de prova), o princípio do contraditório (as decisões judiciais devem estar baseadas na participação dos diversos sujeitos processuais e não só do arguido), o princípio da imediação e da oralidade (o tribunal tem a sua própria compreensão do que irá fundamentar sua decisão, beneficiando-se da vivacidade, frescura e espontaneidade da prova assim produzida e tendo acesso direto aos fatos, através da fonte originária) e o princípio *in dubio pro reo* (a prova de fatos desfavoráveis exige certeza, ou seja, em casos de dúvida razoável e insanável, deve-se optar em favor do arguido, presumindo-o inocente).

Os avanços científicos e técnicos, constantes nos últimos anos, causaram um impacto significativo no âmbito da prova, nomeadamente a prova científica ou pericial. Este tipo de prova surge no ordenamento jurídico como um dos vários meios de prova que servem de suporte às partes processuais. O exame da prova pericial impele ao relacionamento do

Direito com os demais ramos da ciência (Silva, 2019)¹⁴. Tal como refere o autor, “efetivamente, não dispondo o magistrado de conhecimentos técnicos ou científicos inerentes a outros ramos do conhecimento, deve lançar mão da colaboração de um terceiro, o perito”. Assim, e como alude Santos (2014, p. 222) este meio de prova “(...) visa facilitar a apreciação ou a definição dos factos concretos numa situação controversa a que há que aplicar direito”.

Diante da realidade que se mostra, estudiosos têm procurado infindavelmente constituir um panorama das possíveis relações causais preexistentes às condutas delitivas, através de pesquisas que as tem como objeto de apreciação sob as mais variadas perspectivas, de forma a compreender os reais motivos que subjazem ao modo de vida ilícito¹⁵. Neste sentido, cada vez mais, nos últimos anos as perícias têm vindo a recorrer às Neurociências, tal como será detalhado a seguir.

2.2. Das Neurociências e o Processo Penal: Possibilidades de Interação

A atividade mental do ser humano está intimamente relacionada aos seus componentes psicofisiológicos (Cacioppo et. al, 2007). Os atos de pensar, elaborar juízos, conceitos e ideias gerais – além do aprendizado de comportamento e sua exteriorização conforme a livre vontade – dependem da regular atuação do sistema nervoso. Por esta razão, existem casos de indivíduos cujos atos criminosos não provêm de manifestações verdadeiras de sua livre vontade, seja por ocasião de graves doenças psicossomáticas permanentes, seja por incapacidades transitórias decorrentes de manifestações severas de perturbações mentais, em que se evidencia na verdade dos fatos uma patente anormalidade em seus padrões comportamentais (Raine, 2008).

Neste cenário, insere-se a atuação dos peritos neurocientistas, os quais ajudam o juiz na compreensão de evidências deste tipo. Por oportuno, dentre os conhecimentos que se podem extrair do saber neurocientífico, os da psicologia e psiquiatria são os mais relevantes à prática forense. O neurocientista David Eagleman leciona que:

Os cérebros das pessoas podem ser muito diferentes – influenciados não só pela genética, mas pelo ambiente em que foram criadas. Muitos patógenos

¹⁴ Ver em <https://editorajc.com.br/a-prova-pericial-e-seu-controle-pelo-juiz-no-novo-cpc/>

¹⁵ Sousa, Susana Maria Aires de. Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal – Contributo para uma Proteção Penal dos Interesses do Consumidor. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 278-285.

(químicos e comportamentais) podem influenciar seu comportamento; estes incluem abuso de substâncias pela mãe durante a gravidez, estresse materno e baixo peso no nascimento. Durante o crescimento, negligência, maus tratos físicos e lesões na cabeça podem causar problemas no desenvolvimento mental da criança. Depois que a criança é adulta, o abuso de substâncias e exposição a uma variedade de toxinas que podem lesionar o cérebro modificando a inteligência, a agressividade, e a capacidade de tomada de decisões (Eagleman, 2011, p. 170).

A literatura aponta a utilização de métodos neurocientíficos nos tribunais desde o início do século XX. No entanto, o uso dessas evidências em processos criminais aumentou significativamente ao longo das últimas duas décadas (Aono, Yaffe & Kober, 2019), resultando – no entender de Hafner (2019) – numa certa sobreposição entre direito e neurociência. Neste sentido, há quem considere que o “juízo científico” no âmbito da medicina e da psiquiatria tem funcionado como “guarda-chuva para o cometimento de atropelos à intenção do legislador de colocar a ciência num patamar superior dos conhecimentos e da razão” (Gomes de Sousa, 2011, p.27). Ou seja, apesar da inclusão de evidências neurocientíficas em avaliações psiquiátricas de réus criminais ter despertado grande interesse, também suscitou certa reserva entre os estudiosos, advogados e profissionais forenses (Moulin et al., 2018).

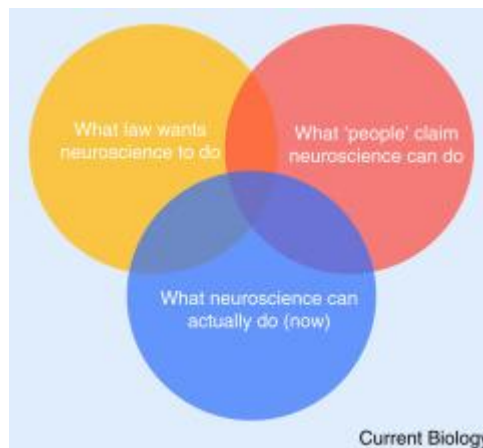
Na prática, assiste-se a um relacionamento tempestuoso entre a afirmação científica e a decisão judiciária. Silva (2017), em seu artigo intitulado “It’s all in your head”, refere-se a esta relação conflitual entre o Direito e a Ciência, projetando-a nas seguintes linhas de tensão:

- a) “efeito árvore de Natal” (*Christmas tree effect*): os juízes, deslumbrados pela sofisticação e complexidade da linguagem, utilizam acriticamente conceitos científicos que não dominam, atribuindo-lhes um valor superior ao que seria devido;
- b) por vezes, a ideia de vinculação do juiz pelo juízo pericial conduz a fenómenos de “expropriação” pelos peritos de apreciações que cabem ao juiz, convertendo a prova pericial numa nova prova legal;
- c) noutras ocasiões, a incapacidade para compreender a linguagem científica faz com que os juízes recusem fazer apelo à Ciência na decisão de algumas questões de facto, privilegiando fontes de informação de pior qualidade (p.

ex., atendendo a regras de experiência em detrimento de conhecimentos estabilizados no plano científico).

As Neurociências produzem uma grande quantidade de dados sobre a relação entre o cérebro e o comportamento, incluindo o comportamento criminoso (Meynen, 2019). Neste sentido, Bueso-Izquierdo, Hart, Hidalgo-Ruzzante, Kropp e Pérez-García (2015) evidenciam que elas podem contribuir para uma melhor explicação da tipologia de agressores, a individualização das abordagens terapêuticas e a previsão de reincidência. No entanto, esta ideia não é consensual na literatura. No entendimento de Buckholtz e Faigman (2014), tratam-se apenas de especulações criadas em torno da noção de Neurociências. Na prática, Buckholtz e Faigman (2014) falam de certa “promessa da neurociência” (figura seguinte), marcada por esperança ansiosa e por medo desesperado, particularmente nos tribunais.

Figura 1. A "promessa da neurociência"



Fonte: Buckholtz e Faigman (2014)

Assim sendo, a notícia dos avanços das Neurociências foi recebida pelos operadores do Direito com um sentimento de ambivalência (Silva, 2017). A autora refere que se a utilização probatória de métodos neurocientíficos no cenário penal surge como uma sedutora chance de aclarar os fatos e acelerar a busca da verdade material. Por outro lado, teme-se por uma restrição das liberdades individuais e do Estado de Direito em favor de uma repressão. Tal como afirma:

As consequências negativas das descobertas neurocientíficas são mais líquidas do lado do direito processual substantivo. Com efeito, se todos os comportamentos humanos fossem predeterminados pela atividade neuronal

e, como alguns neurocientistas sustentam, pudessem ser explicados e antecipados com base nas conexões entre zonas diversas do cérebro, então perderiam sentido os conceitos da dogmática penal assentes nas ideias de liberdade e culpa, tornando-se necessária, à primeira vista, uma reconfiguração *ab imis fundamentis* dessas categorias nucleares com vista à sua adaptação a um «direito penal “do efeito” que sancione simplesmente o comportamento – com base numa espécie de “responsabilidade objetiva” – tomando por referência as consequências produzidas, mas sem ter em conta a condição subjetiva do autor»¹⁶ (Taruffo cit. Silva, 2017, p. 715).

No entanto, Buckholtz e Faigman (2014) postulam que as Neurociências podem e devem ser usadas para aumentar a eficiência do sistema jurídico. Porém, referem que a promessa das Neurociências no Direito só pode ser cumprida se forem identificadas e resolvidas as questões inferenciais significativas que se encontram na interseção dessas duas disciplinas. Para tal, obrigará um esforço coordenado e interdisciplinar entre cientistas, médicos, juristas e legisladores para conceber uma abordagem baseada em princípios para integrar evidências neurocientíficas na prática jurídica (Buckholtz & Faigman, 2014).

Na verdade, as Neurociências abordam um campo disciplinar que abarca aspectos de várias matérias como a Medicina, a Psicologia, a Biologia, a Química, a Física, as Ciências da Computação, a Matemática, a Economia, a Ética e o Direito. Além disso, há desdobramentos em diversas subdisciplinas como a Neurociência Cognitiva, Comportamental, Molecular, Celular, dentre tantas outras (Mourão-Júnior, Oliveira, & Faria, 2011; Pardo & Patterson, 2013).

Particularmente na intersecção do Direito e das Neurociências, muitos pontos dizem respeito à Neurociência Cognitiva, já que a lei está tipicamente interessada nesses atributos mentais e seus papéis no comportamento humano. A Neurociência Cognitiva, em especial, trata-se do campo investigativo que busca compreender como a mente surge a partir do sistema nervoso central (Posner & Rothbart, 2005). Seu enfoque está voltado para a relação entre o sistema nervoso e os atributos mentais, procurando por vezes amarrações entre o cérebro e as diversas habilidades, capacidades e domínios relacionados com a mente e vida mental, como a tomada de decisão, a consciência e a memória. Ela tem como objeto de

¹⁶ Michele Taruffo, «Processo y Neurociencia. Aspectos generales», in: *Neurociencia y proceso judicial*, cit., 20.

pesquisa os mecanismos biológicos de cognição, especificamente os substratos neurais dos processos mentais e suas manifestações (Almeida, 2002). Ou seja, é através dela que se procura explicar como as capacidades psicológicas e cognitivas são produzidas pela estrutura e funcionamento das redes neurais, partindo da premissa que os aspectos da atividade mental podem ser reduzidos a conceitos materiais, os quais podem fornecer importantes considerações acerca da origem do comportamento humano (Pardo & Patterson, 2013). Nesse contexto, a ideia de ter a noção dos motivos e conhecer os mecanismos da ação humana, bem como de acender aos pensamentos e memória de uma pessoa, conseguindo antecipar um comportamento desviante ou perigoso à sociedade, passou a ser vista como um panorama novo e revolucionário.

Pardo e Patterson (2013) examinam o crescente uso das Neurociências na lei, nomeadamente o desenvolvimento de pesquisas neurocientíficas e tecnologia dentro do sistema jurídico. Os autores exploram questões que favorecem o aumento da utilização da Ciência nos procedimentos legais, as evidências disponíveis e voltadas à confiabilidade, bem como integração das mesmas com doutrinas jurídicas substantivas. Desta forma, mesmo que as Neurociências possam falar sobre o conhecimento em geral ou de forma mais específica, ela pode falar ou não acerca de um conhecimento para fins da *mens rea* no Direito Penal (Pardo & Patterson, 2013).

De acordo com Pardo e Patterson (2013), o maior interesse da literatura são as questões focadas na compreensão da fisiologia e dos processos físicos cerebrais. Como tal, consideram que se tem dado pouca atenção ao papel das Neurociências e ao seu futuro, no que diz respeito às questões empíricas e conceituais. Entende-se por questões empíricas aquelas relacionadas à base probatória e à adequação das explicações científicas para os fenómenos associados à mente e aos aspectos sensoriais, afetivos e cognitivos que compreendem a vida mental. Já as questões conceituais, dizem respeito às pressuposições e aplicações de conceitos associados à mente e à vida mental em afirmações sobre neurociência e direito, o que inclui conhecimento, crença, memória, intenção, ação voluntária e livre arbítrio, entre vários outros, bem como o próprio conceito de mente (Pardo & Patterson, 2013).

Neste sentido, as descobertas neurocientíficas, são entendidas para alguns autores como capazes de oferecer aos tribunais evidências mais confiáveis e objetivas, capazes de reduzir o potencial de erro associado a evidências psiquiátrico-psicológicas, frequentemente criticadas por serem subjetivas e não confiáveis em rigor científico (Moulin et al., 2018). Para Cornet (2019), a inclusão de medidas neurocientíficas na prática judicial pode enriquecer a

compreensão do comportamento e contribuir no combate ao crime. No entanto, outros referem que atribuir a decisão consciente e intenção real de uma atividade criminal ou, pelo menos, a experiência subjetiva da vontade à anterior modificação cerebral inconsciente não parece um pensamento adequado a qualquer circunstância (Silva, 2019).

2.3. Novas Técnicas Neurocientíficas: Potencialidades e Limitações

A literatura dá-nos conta que o Direito e as Neurociências convergem em diversos momentos. Várias técnicas neurocientíficas têm sido usadas em tribunal, suscitando um intenso debate sobre como será e deverá ser usado como evidência científica (Gkotsi, Gasser, & Moulin, 2019). Para Cornet (2019), os métodos neurocientíficos, tais como as técnicas de imagem cerebral e a avaliação psicofisiológica, podem ser valiosos no campo da criminologia. Cornet (2019) refere – para além das técnicas de imagiologia cerebral e a avaliação psicofisiológica – outros tipos de instrumentos de medição que visam avaliar os processos neurobiológicos, os quais incluem técnicas de imagiologia cerebral para avaliar diretamente o funcionamento do cérebro e tarefas neuropsicológicas como medidas mais "indiretas" do funcionamento do cérebro, mas também outros métodos neurobiológicos, nomeadamente, métodos de amostragem de saliva, sangue e urina para investigar os níveis hormonais e métodos eletrofisiológicos para medir a frequência cardíaca e o nível de condutância da pele.

2.3.1. Novas técnicas neurocientíficas

O interesse pelo estudo do impacto das Neurociências no Direito tem crescido nos últimos tempos, particularmente em torno de questões voltadas para a neuroimagem. Neste caso, Lourenço (2019, p.51), refere que “neuroimagem pode tornar possível uma distinção entre pessoas que sofrem de uma doença mental, daquelas que sofrem de graves transtornos de personalidade e daquelas que não têm qualquer tipo destas patologias”. Deste modo destacam-se na neuroimagem a Imagiologia por Ressonância Magnética funcional (fMRI), eletroencefalografia (EEG) e seus derivados como a utilização de potenciais relacionados com evento (analisando a componente P300) (Sousa, 2017) e o teste neuropsicológico. No entanto, a maioria das reivindicações e argumentos verificados baseiam-se principalmente em dados de fMRI e, em menor medida, da EEG (Hafner, 2019). Na prática, são ferramentas que visam

detetar enganos e memórias, mas também auxiliar a avaliação psiquiátrica de criminosos (Chandler, 2015).

Inicialmente, a ressonância magnética funcional (fMRI) foi desenvolvida para fins de diagnóstico, prognóstico e tratamento médico. Trata-se de imagens coloridas do cérebro em ação, cuja tecnologia que se baseia na monitorização dos fluxos sanguíneos entre as regiões do córtex cerebral com o objetivo de identificar quais regiões estão mais ativas em determinado momento, localizando a atividade cerebral envolvida especificamente na execução daquela ação observada. Tal como descreve Meliá:

Esta técnica mede - e representa graficamente em uma imagem do cérebro – a atividade hemodinâmica cerebral. Portanto, não se trata de uma "fotografia" da própria atividade neural, mas de uma de suas consequências, ou seja, um maior suprimento de sangue que revela uma atividade neural. O que é feito para medi-la é uma subdivisão no cérebro em cerca de 130.000 cubos de aproximadamente três milímetros de dimensão de lado - os *voxels* - e se mede duas vezes para cada um deles o sinal BOLD (Determinação do Nível de Oxigênio no Sangue): uma vez em estado de repouso, e outra quando a pessoa submetida ao teste é obrigada a realizar uma determinada tarefa (como olhar para uma imagem). O sinal será mais intenso quanto maior for o nível de oxigênio exigido, que cresce quanto maior for a atividade neuronal. O computador calcula para cada um dos *voxels* separadamente se houver uma diferença significativa de irrigação - e, consequentemente, de atividade neuronal – na situação de repouso ou na tarefa realizada no teste. A partir daí, obtém-se uma neuroimagem tridimensional, uma vez que coloridas as diferenças, torna-se possível deduzir muitos elementos da morfologia funcional do cérebro examinado (Meliá, 2013, p. 534) .

Ressalta-se que a fMRI é usada para examinar se alguém está exibindo atividade neural correlacionada com mentiras enganosas ou com respostas sinceras, entretanto a fiabilidade destes métodos ainda é muito controversa.

Em relação à eletroencefalografia (EEG), esta técnica tem sido utilizada na tentativa de examinar se alguém possui "conhecimento culpado" (por exemplo, detalhes incriminadores sobre a cena de um crime) (Martins de Barros, 2015). Verifica-se atividade cerebral através de

eletrodos no couro cabeludo. Quanto à utilização de potenciais relacionados com eventos, Sousa (2017) narra que o mesmo tem sido objeto de múltiplas investigações desde a descoberta da componente P300. Potenciais relacionados com eventos são utilizados para registrar a atividade elétrica produzida pelo cérebro no momento em que um estímulo conhecido é identificado e processado, por exemplo, olhar uma fotografia do local do crime. Refere-se a uma resposta eletrofisiológica estereotipada correspondente a uma estimulação sensorial ou cognitiva. O componente P300, especificamente, refere-se a uma onda de polaridade positiva (P) produzida pelo córtex e registrada principalmente nos eletrodos centro-parietais, aproximadamente 300 milissegundos após a submissão do examinando a um estímulo familiar. Face ao exposto anteriormente, e apesar de pouco referenciado na literatura, Meynen (2019) assume certa preocupação em relação à segurança do procedimento, nomeadamente ao nível dos danos cerebrais, aos seus efeitos colaterais, mas também aos danos provenientes das mudanças comportamentais não intencionais.

Os testes neuropsicológicos também fazem parte da rotina das avaliações forenses. Eles são realizados a fim de responder aos quesitos do julgador e avaliar déficits cerebrais subjacentes que podem acometer habilidades psicológicas, como: atenção, praxia, linguagem, memória, planejamento e percepção temática. O psicólogo forense pode avaliar a capacidade do indivíduo de submeter-se a julgamento. Essa avaliação poderá incluir a averiguação da memória de longo prazo, de forma a certificar-se de que não há prejuízo subjacente a sua incapacidade de se lembrar dos eventos referentes ao crime. Caso exista algum comprometimento da memória de longo prazo, o indivíduo não terá condições de auxiliar na sua defesa de modo efetivo (Huss, 2011). Em suma, trata-se de “medidas diretamente relevantes para um padrão legal específico e refletem o foco nas capacidades, habilidades ou conhecimentos específicos que são abrangidos pelo direito” (Otto & Heilbrun, 2002, p. 9). Nelas, estão inclusas referências assinaladas para avaliação de questões legais mais particulares, tais como a inimputabilidade ou capacidade para se submeter a julgamento.

2.3.2. Das limitações das Neurociências

A visibilidade cada vez maior das Neurociências em contextos jurídicos tem suscitado um discurso crítico em torno dos limites e da sua utilidade (Anderson & Kiehl, 2020). Deste modo, se por um lado, e tal como observamos no estudo desenvolvido por Gkotsi, Gasser e Moulin (2019), as técnicas neurocientíficas são entendidas como “evidências

objetivas e concretas”, capazes de chegar a conclusões sólidas, científicas e objetivas, por outro lado, outros autores, nomeadamente Lourenço (2019, p. 66) é calculosa e ponderada ao reconhecer que apesar de:

os benefícios abrir portas à neurociência nos processos judiciais, não podemos ocultar os receios que uma porta totalmente aberta possa implicar uma violação de alguns dos mais elementares direitos dos arguidos nos processos de natureza penal - em particular, o direito ao contraditório.

Assim, se de uma banda, as Neurociências tornam-se cada vez mais uma ferramenta importante para a compreensão de alguns aspectos da imputabilidade; por outra banda, vários autores (Buckholtz e Faigman, 2014; Gkotsi e Gasser, 2016; Meynen, 2019) têm vindo a debater-se em torno das circunscrições do uso das Neurociências no Direito. Na prática, a literatura revela limitações em relação ao uso das Neurociências a dois níveis: (i) ao nível das questões técnicas e dos domínios da intervenção; e (ii) ao nível das questões normativas ligados à ética e legalidade.

(i) Ao nível das questões técnicas e dos domínios de intervenção

A este nível, vários autores (Meynen, 2019; Petoft e Abbasi, 2020) apontam questões ao nível da fiabilidade das técnicas. Deste modo, recentemente, Petoft e Abbasi (2020) reconheceram que apesar do avanço das Neurociências modernas, as ferramentas neurocientíficas atuais têm limites e exigem maior vigilância no uso das suas evidências em tribunal. Ou seja, os autores apesar de reconhecerem que estamos perante um meio de desenvolvimento revolucionário das Neurociências, ainda são acompanhados por muitos erros nas suas práticas. Para estes autores, o limite mais significativo deriva dos problemas com fMRI. Ou seja, se por um lado tem maior potencial descritivo, por outro apresenta mais problemas nos parâmetros práticos, nomeadamente ao nível da velocidade, custo, confiabilidade correlativa variável e admissibilidade legal, interpretação de dados, que prejudicam sua capacidade descritiva e a validade jurídica.

Como exemplo do plasmado anteriormente, recorremos ao estudo desenvolvido por Buckholtz e Faigman (2014). Nesse estudo, os investigadores solicitaram 30 indivíduos a mentir ou dizer a verdade sobre determinado facto durante a fMRI. Em relação à atividade

cerebral, o “mentir” está associado a uma maior atividade no cortex pré-frontal dorsolateral (parte com estrela) quando comparado com o “dizer a verdade”. No entanto, dois indivíduos não mostram diferença entre mentir e dizer a verdade.

Para além dos aspectos enunciados, Gkotsi e Gasser (2016) num estudo realizado concluíram que existem dificuldades e limitações técnicas e/ou científicas significativas no que diz respeito ao uso das Neurociências na avaliação da responsabilidade penal. Na prática, os autores referem que os dados provenientes das Neurociências – por mais preciosos e confiáveis que possam ser – só farão sentido na avaliação da responsabilidade criminal se forem contextualizados e complementados por dados provenientes de outros níveis de análise. Neste sentido, Lourenço (2019, p. 58) refere que por mais desenvolvidas que se mostrem as técnicas neurocientíficas, nenhuma imagem cerebral poderá, por si, concluir pela (in)imputabilidade dos arguidos em sede de processo penal.

Para Algeri (2013), as técnicas de neuroimagem não podem oferecer uma prova irrefutável de mérito sobre a capacidade cognitiva e volitiva do agente. Os instrumentos de neuroimagem estão em grau de mostrar apenas uma correlação entre anomalia cerebral e comportamento criminal, ou seja, é possível que um sujeito com dano cerebral no córtex pré-frontal empreenda uma carreira criminal, mas também é plausível que possa fazer uma escolha diversa. Do mesmo modo, Barreiros (2014), assume que a presença de uma lesão cerebral, confirmada por meio de uma imagem, não tem ligação direta e imediata com a culpabilidade do agente. Ela pode comprometer a tomada de decisão ou implicar em tendências violentas, mas não existe uma região cerebral responsável pela moralidade, podendo então o defeito ser relevante ou não para a responsabilidade criminal.

Dentro das limitações das Neurociências, pode-se mencionar também, por exemplo, o lapso temporal entre a realização de um exame de imagem e o momento do cometimento do ilícito penal (Lourenço, 2019). Em função de a atividade do cérebro variar no transcurso do tempo, as imagens tendem a não conseguir capturar as reações que de fato aconteceram no cérebro do imputado, nem constatar o cenário do estado da mente quando da ação criminosa. Assim sendo, como não é possível essa retrospectiva dos estados mentais para a elaboração de um relatório médico, tampouco a consideração dos fatores externos (socioambientais) nos resultados da neuroimagem, esse método acaba assumindo um caráter presuntivo ou probabilístico, o que pode gerar incertezas e confusões (Lourenço, 2019). A este respeito, Lourenço (2019), lembra que “a neuroimagem desconsidera quaisquer circunstâncias sociais e ambientais, que sempre devem ser pesadas para efeito de responsabilidade penal”. Neste

sentido, Moniz (2015) recorda que imputabilidade está condicionada a uma série de vários fatores (sociais, culturais, ambientais) - que devem ser considerados acentuados - para além daqueles estritamente biológicos. Dito por outras palavras, o autor considera que ao se posicionar em relação à questão das influências culturais na conjectura do crime, aduz que a culpa não pode ser tomada consoante um caráter determinista e, por isso, é preciso admitir outros elementos para sua exclusão ou atenuação.

(ii) Ao nível das questões normativas ligadas à ética e à legalidade

Ao nível das questões normativas destacam-se as legais e as éticas (Meynen, 2019). Neste sentido, as técnicas das Neurociências têm desencadeado intensos debates em torno da legalidade e ética dos procedimentos aplicáveis (Petoft & Abbasi, 2020). Ou seja, apesar de importantes, os progressos para fins de prova penal ainda não se apresentam com uma possibilidade efetiva próxima, já que as provas empíricas se mostram insuficientes, e a grande maioria dos estudos é realizada em cenários experimentais pré-definidos, o que torna controverso a validade e utilidade prática dos seus resultados. Assim, e tal como reflete Antunes (2018), no processo penal, a utilização probatória de técnicas neurocientíficas implica em uma série de objeções normativas. Merecem destaque, nesse caso, os vários direitos fundamentais que podem ser (diretamente ou não) afetados, como: o direito à integridade física, o direito à liberdade geral da ação, o direito à reserva da vida privada e a prerrogativa contra a autoincriminação (Antunes, 2018).

Silva (2017) esclarece que a sujeição a um neuroexame pode resultar em ofensa indireta ao direito à integridade física, caso a eventual oposição do visado for vencida com recurso à força. Deste modo, a autora menciona que, embora não haja o envolvimento direto à ofensa da integridade física, os instrumentos neurocientíficos não deixam de ter por objeto o corpo. Além disso, sublinha que as técnicas neurocientíficas não influem em si mesmas sobre a liberdade de autodeterminação do arguido, nem perturbam a sua capacidade de memória ou de avaliação, limitando-se a testar ou “fotografar” a atividade cerebral durante o desempenho de determinada tarefa.

A utilização de instrumentos que permitam entrar na mente de cada um pode ser uma ameaça ao direito à reserva da vida privada (Moniz, 2015). Tem-se que, através das técnicas mais avançadas de neuroimagem, pode obter-se informação sensível como as atitudes raciais, a orientação sexual ou a identidade individual de um indivíduo, sem que haja qualquer

regulamentação legal¹⁷. Com isso, geram-se problemas no que diz respeito aos testes genéticos, pois o conhecimento desmesurado dessa informação genética pode originar a violação da vida privada¹⁸. Como narra Silva (2017), o conteúdo da memória e os pensamentos privados são zonas merecedoras de tutela absoluta e subtraídas a toda a interferência dos poderes públicos, onde não são admitidas restrições ou compressões de qualquer ordem.

Além disso, a autora também esclarece que as diligências neurocientíficas executadas contra a vontade do examinado ou com ameaça de sanções atacam à liberdade geral de ação, que é manifestação do livre desenvolvimento da personalidade e da autodeterminação corporal (liberdade de disposição sobre o próprio corpo). Em bom rigor, sabe-se que a barreira protetora constituída pelos direitos fundamentais podem até ceder perante os interesses da investigação criminal, porém jamais desrespeitar ou violar os condicionalismos de que depende toda a intervenção restritiva (Silva, 2017).

Uma recolha de provas sem ponderação não é justificada pela necessidade de diligências probatórias, sendo esta a garantia do princípio da não autoincriminação do arguido suprema, o qual não comporta relativização mesmo perante os mais importantes valores comunitários (ibidem). Com isto, nenhum arguido deve ser coagido a colaborar com a justiça em situações incriminatórias, o que abrange – de uma forma ampla – o direito de a pessoa não ser obrigada a apresentar elementos que provem a sua culpabilidade. Por outro lado, trata-se em todo o caso de um direito que não é absoluto e que se deve entender como sujeito à ponderação com outros interesses e com deveres de colaboração¹⁹. a questão da ponderação implica em obscuridade, uma vez que tanto o interesse estadual em obter a informação incriminatória quanto o interesse individual em não contribuir para a própria condenação variam em proporção direta à gravidade do crime investigado, tornando-se impossível encontrar um ponto de equilíbrio (Silva, 2017).

Apesar destes receios, França foi o primeiro país a introduzir legislação específica que abrange o uso de dados de neuroimagem em laudos periciais, por meio de um projeto de lei que altera as leis do país sobre bioética²⁰ (Gkotsi, Moulin, & Gasser, 2015; Moulin et al., 2018). No entanto, esta decisão em torno da utilização de neuroimagem em perícia judicial deu-se em volta de um receio que essa tecnologia fosse usada como um detector de mentiras

¹⁷ O'Connell, Garret, Tracking the impact of neuroethics, Cortex, 47 (2011), p 1260.

¹⁸ Anne Laúde, Bertrand Mathieu, Didier Tabuteau, Droit de la Santé, 2007, p. 660-1.

¹⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16-01-2020 (Proc. nº. 661/17.1TELSB-M.L1-9).

²⁰ Artigo 16-14 do Código Civil, criado pela Lei n2011-814 de 7 de julho , 2011.

ou como um meio de prever o comportamento do sujeito. Na verdade, esse receio mantém-se (Gkotsi, Moulin, & Gasser, 2015).

2.4. Da Apreciação da Prova Penal: o Papel do Juiz Perante a Prova Científica

Face ao que foi apresentado anteriormente, a prova científica tem suscitado diversos desafios, nomeadamente em relação à confiabilidade. Deste modo, a literatura realça que a justiça pode ser prejudicada se a comunicação das descobertas científicas forenses não for clara ou enganosa, mesmo que involuntariamente (Reid & Howes, 2020). Se tomarmos como exemplo a perícia psiquiátrica, observa-se um conjunto de tensões e conflitos sociais, morais, éticas e políticas.

A literatura dá conta de um conjunto de vieses relacionados com as dificuldades entre equivalência de terminologias jurídicas e psiquiátricas, uma ausência de padronização das avaliações desenvolvidas pelos peritos, uma baixa qualidade dos relatórios dos especialistas, diferenças significativas ao nível da formação dos profissionais envolvidos nas avaliações, o uso de ferramentas psicométricas, entre outros (Meyer & Valença, 2021). Neste sentido, autores como Gkotsi, Gasser e Moulin (2019) verificam um aumento da importância do papel dos especialistas, uma vez que eles analisam, apresentam, interpretam e comunicam os resultados das técnicas ao supremo. Se tomarmos como exemplo, um estudo desenvolvido por Areh (2020) na Eslovênia, o autor constatou que as diretrizes profissionais de avaliação de personalidade forense são muito gerais e nem sempre se encontram de acordo com as recomendações internacionais. Ou seja, os especialistas/peritos acabam por não terem diretrizes rígidas que os levem a dar opiniões cientificamente fundamentadas. Deste modo, os juízes confrontam-se cada vez mais com a necessidade de avaliarem a confiabilidade e validade das evidências científicas (Garrett, Gardner, Murphy, & Grimes, 2021).

Indubitavelmente, a prova pericial deve atender a critérios, que viabilizem o exercício do contraditório na medida em que a prova pode ser testada (verificabilidade *versus* falseabilidade). Gaspar (2014) elucida que a valoração da prova pericial pode ser realizada em três planos: 1) quanto a sua validade (assenta-se na observância dos requisitos da lei, isto é, tem a ver com a regularidade formal, aquilo que é matéria relacionada à prova legalmente admissível e ainda a prova proibida); 2) quanto à matéria de facto em que se baseia a conclusão (relaciona-se propriamente aos factos em que o laudo pericial se assenta; aos

elementos que o constitui) e 3) quanto à própria conclusão (o julgador pode afastar o resultado da perícia, desde que se baseie num juízo de idêntica natureza).

Knijnik (2017), em sua obra, defende que a valoração desse tipo de prova deve estar pautada em critérios passíveis de testabilidade, falseabilidade, possibilidade de erro e de revisão pelos pares e pela comunidade científica, dando a possibilidade do juiz confrontar com o parecer em virtude da metodologia e dos princípios aplicados, bem como dos resultados verificados. Isto, porque tal como refere Buckholtz e Faigman (2014), “a boa lei não pode resultar da ciência má ou mal usada”.

O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador (art. 163, n.º 1, do CPP). Nos termos dessa lei, o resultado da prova pericial não é livremente valorável pelo julgador. Dentro dessa ótica, a limitação do magistrado consiste no dever de fundamentar sua convicção sempre que houver desacordo em relação às conclusões do perito (Albuquerque, 2009). Em outros termos, a própria lei fixa o valor probatório da perícia, retirando do domínio do julgador a possibilidade de valorar livremente este meio de prova e permitindo que ele possa divergir do parecer dos peritos, contanto que fundamente essa divergência (cfr. n.º. 2, art. 163º., do CPP).

Essa eventual discricionariedade que pode surgir por parte do magistrado no momento de apreciar a prova pericial fica, portanto, demarcada pelo limite do dever de fundamentação. Daqui, resulta que a margem de apreciação livre do julgador não é totalmente afastada, pois o surgimento de uma divergência pode se enquadrar como exceção ao normativo. Todavia, Gaspar (2014, p. 685) esclarece que “(...) qualquer divergência relevante não se basta com uma apreciação genérica e pouco consistente, sob pena de se incorrer numa inadmissível valoração subjectiva ou na falta de fundamentação”.

A divergência que a lei menciona é, indubitavelmente, uma divergência fundamentada. Isso significa que a mesma precisa se amparar, quando existir, em outro juízo similar ou de mesma natureza, ou seja, ela só poderá ser afastada com argumentação igualmente técnica, científica ou artística (Gonçalves, 2001). Partindo-se disso, é permitido ao julgador divergir com argumentos qualificados em causa, apenas estando vedada uma livre apreciação com apelo a “regras de experiência comum”, à sua convicção pessoal ou a qualquer outro critério que não o uso de conhecimentos e argumentos inerentes à área artística, técnica ou científica.²¹ Nesta linha, pode-se dizer que a prova pericial não acatada pelo juiz deve ser fundamentada com base em outro juízo contido em parecer de perito, pois

²¹ Processo n.º. 200/11.8GTEVR.E1, relator João Gomes de Sousa. In Acórdãos TRE (13 de maio de 2014).

só assim os argumentos utilizados nessa fundamentação são capazes e devidos de sanar a desavença.

Em Portugal, o entendimento dos tribunais já tem sido pacificamente entendido no sentido de que a presunção constante no artigo 163º (nº. 1) do Código de Processo Penal tem somente como objecto o juízo técnico científico e não os factos em que o mesmo se apoia, tendo em vista que a mesma manifesta uma natureza muito particular. No entanto, a jurisprudência denota algumas divergências quanto à necessidade de fundamentação por parte do julgador quando o desacordo só incide sobre o juízo pericial e não propriamente sobre os factos em que se sustenta.²² Ou seja, embora o magistrado precise acatar o juízo emitido no relatório pericial, o qual se presume subtraído ao princípio da livre apreciação da prova (a não ser que haja divergência), é fundamental ressaltar que a decisão final sobre a culpabilidade do agente pertence sempre ao julgador, ou seja, é de sua responsabilidade, não podendo simplesmente descansar na perícia.

Por conseguinte, vigora-se o princípio da livre apreciação da prova, mas uma apreciação livre não equivale a uma apreciação arbitrária e puramente subjetiva, ou seja, o juiz deve apreciar os factos de acordo com as regras da experiência e da racionalidade. Nos domínios fortemente especializados, cujas regras de racionalidade o magistrado não conhece ou não domina, faz-se obrigatória a intervenção de peritos. O juiz não fica vinculado pelas conclusões dos peritos, mas só poderá afastá-las se fundamentar a sua divergência por apelo ao mesmo tipo de regras – o que significa, uma vez que não as conhece ou domina, socorrendo-se de nova perícia (ressalvados os casos em que o juiz afasta o juízo pericial por ter detectado erros metodológicos grosseiros ou erro no estabelecimento da base factual da perícia; ainda assim, apenas lhe é lícito desatender o juízo pericial, mas não estabelecer conclusão contrária da dos peritos – para tal é necessário que esteja estribado em nova perícia).

Ao que diz respeito a este ponto, não há diferença entre o direito português e o brasileiro. No Brasil, o sistema de avaliação de provas é voltado para o livre convencimento motivado, isto é, o julgador pode avaliar a prova independente do sujeito que a tiver promovido. Entretanto, suas decisões devem ser fundamentadas, com a explanação de todos os motivos que o levaram àquela conclusão (cfr. art. 371, do CPC). Nesta esteira, verifica-se que, não obstante as vantagens que a prova pericial apresenta frente aos demais tipos de prova (tem pouca influência da vontade humana, por seguir o método científico), a ela não se

²² Processo nº. 36/11.6PJOER.L1.S1, 3ª sessão, relator Santos Cabral. *In* Acórdãos STJ (16 de outubro de 2013).

confere peso maior ou valoração distinta das outras. Deve o julgador, todavia, analisar todo o conjunto de provas para firmar o seu entendimento (Câmara, 2016).

Segundo o Código de Processo Penal, “ao tribunal incumbe assegurar a imparcialidade e a competência inerentes a uma peritagem, assim se concretizando os deveres do juiz como “*gatekeeper*”, isto é, como guardião da imparcialidade dos peritos e da sua credibilidade científica”. Em termos de admissibilidade e valoração da prova técnica, o juiz tem o papel de entender que os enunciados de fato não podem ser resolvidos pelo senso comum, sendo a especialização do conhecimento para área científica necessária a ponto de um especialista examinar a peculiaridade do caso (Castro, 2020). Taruffo (2012, p. 245) defende que “o juiz deve afastar as ciências aparentes ou as más-ciências – divulgadas como *junk sciences*, porque acabam não se afastando do senso comum em termos de precisão e metodologia de confiabilidade”. Tal como refere Silva (2019):

a tarefa do juiz como “guardião da prova” traz implícitas outras obrigações (...) exige uma especial cautela do juiz quando se defrontar com perícia científica usada para embasar uma pretensão judicial, especialmente nas áreas sensíveis, baseadas em novos conhecimentos científicos.

Em bom rigor, o juiz deve estar atento a eventual parcialidade do perito ou às circunstâncias em que foram produzidos os laudos, uma vez que, as provas científicas muitas vezes estão fundamentas em conclusões que não foram submetidas à revisão dos pares de uma comunidade científica relevante. Por uma razão muito simples: o processo não pode esperar. Por força de um princípio constitucional, o processo judicial deve ter uma duração razoável. O perito tem um prazo para entregar seu laudo e o juiz precisa decidir. Então, a revisão pelos pares é praticamente inviável (Silva, 2019).

Diante de um laudo pericial, o juiz deve se assegurar de que está diante de conhecimento científico, certificando-se que “sejam mesmo cientistas e que estejam agindo como cientistas”.²³ O rigor na apreciação dos laudos periciais é essencial. Dentro dessa ótica, Danilo Knijnik refere que o modelo do juiz guardião da prova “comete expressamente ao julgador a eminente e delicada função de avaliar, ele próprio, o método utilizado pelo perito, no sentido de, por um lado, barrar o emprego da pseudociência, métodos inconfiáveis ou inconsistentes; e, de outro, permitir um enriquecimento do debate pericial, com sua

²³ KOZINSKI, Alex. *A brave new world*, 30 U.C. Davis L. Rev., 997 1996-1997.

abertura a novas ciências e proposições, mormente no campo das ciências sociais, técnicas e métodos, segundo critérios predeterminados que balizarão a discussão em contraditório”²⁴.

Tal como concluiu Castro (2020, p. 675), “o perito elabora uma prova que carrega ciência e tecnicidade ao processo”. Uma vez obtida a mais perfeita técnica e a metodologia, o conteúdo até pode ser contraditado por outro profissional especializado, porém é importante que o magistrado esteja vigilante para que ele não invada outras delimitações. O juiz, portanto, deve estar comprometido a se informar racionalmente sobre as mais diversas práticas profissionais para julgar a exatidão e o padrão de uma perícia ética e imparcial. Castro (2020) ressalta que, embora muitos acreditem que a perícia possa “retirar” parte da responsabilidade do julgador, na verdade, o que existe é uma responsabilidade acrescida. Ademais, o autor conclui que o juiz “deve lidar com os critérios encerrados na prova pericial – por isso que a prova pericial consiste em um verdadeiro standard (porque ela reúne critérios e a perícia, em si mesma, é um critério a ser julgado)” (Castro, 2020, p. 675).

De acordo com Rovinski et al., não é responsabilidade do perito definir se o arguido é inimputável ou não, devendo apenas mencionar se o agente do crime no momento do ato teria competência para se autodeterminar ou não. Na verdade, o perito deve apenas responder aos quesitos solicitados e, caso algum deles verse sobre inimputabilidade, deve ser aludida a consciência durante o ato (2000 *apud* Silva; Assis, 2013). O papel de julgamento, portanto, fica a cargo do magistrado.

Em verdade, a perícia não pode se ater apenas a uma mera descrição da patologia, sua gravidade e efeito daquela na capacidade de entendimento ou de querer do arguido. Ela, sobretudo, demanda um juízo técnico científico que contribui fatalmente com elementos científicos para a comprovação do elemento normativo da inimputabilidade, não se arriscando discursividade jurídica (Albergaria, 2004). Por outro lado, não se pode arremessar ao perito a tarefa de determinar a inimputabilidade ou concluir pela perigosidade do agente. O parecer pericial não deve restar sobre matéria normativa, tampouco a autoridade judiciária deve por isso esperar. É preciso, antes de tudo, investigar os fatos típicos – caso não esteja materialmente concluído – e só diante da sua ocorrência, imputação ao agente e inexistência de causa relevante de exclusão da responsabilidade, cumpre fazer um juízo de inimputabilidade e perigosidade, o qual se reflete na decisão a ser tomada (Albergaria, 2004).

²⁴ KNIJNIK, Danilo. Prova pericial (e seu controle no direito processual brasileiro). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 44.

Quer em Portugal, quer no Brasil, o modelo de inimputabilidade adotado é o misto, ou seja, ela se fundamenta não só em uma essência associada por elementos de alicerce empírico (estados psicopatológicos), mas também por uma essência normativa, a qual se volta à avaliação da capacidade do arguido, no momento da prática do delito, de avaliar a ilicitude do fato ou de se determinar de acordo com essa avaliação.

Foi exatamente dessa ideia que a divisão funcional de tarefas entre o perito e juiz se tornou menos compreendida ou manifesta. Nesta linha, cabe ao perito a verificação de doença mental, sua gravidade e repercussão dela sobre a capacidade de discernimento do arguido. Ele fornece uma “opinião”, e não um veredito. Enquanto ao juiz, a formulação de quesitos e direção às respostas relevantes à figura da inimputabilidade. É precisamente nessa repartição de competências que podem surgir ruídos e possibilidade de tensões, já que nem sempre ela é respeitada (Albergaria, 2004).

Percebe-se uma tendência evidente à importância crescente da prova pericial. Albergaria (2004) refere-se à recorrência com que o perito se pronuncia e à facilidade com que a autoridade judiciária se baseia nisto, ou seja, a defeituosa apreensão dos encargos, na maioria das vezes, pode vir da recorrência com que o perito se manifesta no relatório – sobre inimputabilidade – e da facilidade com que o magistrado se atém – sem crítica alguma – ao resultado.

A prova científica é revestida, portanto, de um padrão se comparada aos outros meios de prova. A questão é que a confiabilidade dessa prova depende de critérios fidedignos que alavanquem a perícia a um patamar de objetividade científico que densifique a respectiva precisão. Daí a importância da crítica e do julgamento dos princípios e da metodologia empregada para aferir se a perícia dispõe, concretamente, do profissionalismo que dela se espera.

Zavataro (2021) elucida que a prova pericial, além da especificidade de um saber apoiado na técnica, conta também com uma formação psiquiátrica e com uma prática profissional. A experiência torna capaz de observar, de analisar e de tratar os criminosos doentes mentais. Desta forma, a técnica, o olhar científico e a prática são os pilares da representação que os peritos fazem e que traduzem o sentimento de deter uma competência exclusiva, incompreensível aos juízes, jurados e às próprias partes processuais. O perito, portanto, é visto como um verdadeiro auxiliar do julgador, sobretudo porque a este último não é possível ter um conhecimento absoluto sobre todas as realidades.

De outra banda, faz-se necessário que a prova pericial atenda a critérios que devem ser averiguados pelo juiz-guardião, ou seja, ao proferir a decisão, compete ao julgador apresentar uma valoração discursiva da prova, justificando seu convencimento acerca da veracidade das alegações e indicando as causas pelos quais acolhe ou rejeita cada elemento do conjunto probatório. O objetivo maior é a busca pela verdade e, por tal razão, o juiz tem o dever de verificar a validade científica (principiologia do teste) e a correção do método de trabalho realizado (metodologia e ética), atuando à luz do livre convencimento motivado.

2.5. Da Emergência do Princípio da Livre Apreciação da Prova Penal

O princípio da livre apreciação da prova foi, pela primeira vez, consagrado expressamente em Portugal no artigo 127º do Código de Processo Penal de 1987. Entretanto, “nem sempre foi adotado como critério de valoração da prova produto da atividade jurisdicional em matéria penal, nem o seu entendimento dogmático permaneceu imutável” (Neves, 2011, p. 89). Gama et al. (2019) defende que se trata de um princípio estruturante e tem o seu âmbito privilegiado de aplicação na fase de julgamento, pois reflete-se diretamente na sentença ou acórdão. Encontra-se vinculado à descoberta da verdade material, o que implica que o magistrado efetue suas valorações seguindo as regras da ciência, da lógica e da argumentação.

Sobre a importância e dificuldade de acesso à verdade, Sousa (2017, pp. 3-4) proclama que “constitui uma evidência dizer-se que entre os fins reconhecidos ao processo penal se conta, necessariamente, a busca da verdade e realização da justiça. É tanto assim quanto mais se entenda que a ideia de justiça pressupõe que o direito e as suas normas se aproximem daquilo que efetivamente aconteceu. A busca da verdade constitui, na história processual, um fim que sempre se mostrou difícil de alcançar: a verdade tem a sua morada própria, escapando à capacidade de apreensão humana e desvelando-se numa presença espectral de contornos esbatidos”.

Em relação à perícia, atualmente, como regra, a redação do artigo 163º do diploma processual penal dispõe que ela se presume subtraída à livre apreciação do julgador, distinguindo-se da escrita originária e primitiva, a qual considerava que as respostas do relatório pericial, quaisquer que fossem seus sentidos interpretativos, não poderiam ser contestadas.

No tocante ao contexto brasileiro, o Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 118, preconizava que “na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não admitirá a prova por outro meio”. O texto ainda afirmava em seu parágrafo único que o juiz tinha o dever de, na sentença ou despacho, indicar os fatos e as circunstâncias que motivaram o seu entendimento.

Posteriormente, em 1973, o novo dispositivo legal trazia em seu artigo 131 a seguinte redação: “o juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento”. Dizia ainda, em seu artigo 366, uma exceção à regra geral, qual seja: quando a lei exigir que o ato seja realizado por instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que fosse, poderia suprir a falta deste instrumento.

Já o instituto processual civil atual (2015), em seu artigo 131, dispõe que “o juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, ou seja, há aqui uma faculdade de o magistrado apreciar livremente a prova, desde que indique na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento. Todavia, fica-lhe proibido exercer esse poder sobre fatos e circunstâncias não constantes dos autos, estabelecendo-se, portanto, que a valoração da prova não pode ser feita pelo juiz de forma discricionária.

Na prática processual, é possível constatar que o princípio da livre apreciação da prova, ainda que genericamente, sofre limitações decorrentes do valor probatório atribuído à prova pericial. Todavia, por meio de uma análise crítica e fundamentada, caso entenda pertinente ou possua conhecimentos de igual valor técnico ou científico que possam colocar em crise a conclusão da perícia, o juiz pode afastá-la e valorar livremente a prova.

O sistema sofreu as influências dos movimentos jurídicos vigentes em dada época e, hoje, apresenta uma estrutura em que o princípio em comento perpassa toda e qualquer fase de um concreto processo penal, reconduzindo e delimitando seu objeto, correndo pelo trâmite normal até culminar na decisão final, que apresenta formalmente três partes, quais sejam: o relatório (verificação dos fatos), a fundamentação (valoração dos fatos) e a parte dispositiva (aplicação do Direito).

De acordo com Neves (2011, p. 147), “a prolação de uma decisão que verse sobre o objeto do processo, ou seja, sobre a existência de responsabilidade criminal pela prática de um ilícito típico, ou ausência dela, pressupõe a prévia formação da convicção do julgador nesse preciso sentido”. Nessa ordem de ideias, pode-se afirmar, com base no autor, que a objetividade resultante da prova produzida é diretamente influenciada, na decisão final, pela natural subjetividade da autoridade judiciária, tendo em vista que sua valoração se trata de um ato humano. De igual modo, percebe-se que “a segurança jurídica em sede criminal é um valor mais forte que tem de ser assegurado em detrimento da estipulação de uma liberdade discricionária, (...) dada a consequente natureza gravosa das sanções penais” (Neves, 2011, p. 126). Em verdade, não é que exista uma absoluta negação de qualquer margem discricionária na decisão penal, porém, ela é racionalizada, apresentando uma dimensão própria na questão atinente à determinação concreta da aplicação da medida da pena. Além disso, há de se observar a necessidade de vinculação de todas as exigências legais que devem presidir à aplicação da pena, nos termos do Código Penal.

A livre apreciação da prova enquanto modo de valoração consagrado no nosso diploma processual penal traduz, como referimos, uma liberdade de emanção de um juízo científico, não confundível com um acto arbitrário praticado pelo órgão jurisdicional. A apreciação realizada pelo julgador há de ancorar-se no suporte material que representa a prova produzida em sede de um concreto processo penal, . . . não podendo decorrer de um acto voluntarista daquele, absolutamente distante do pressuposto, limite e fundamento da decisão final que atribuímos à prova. Nesta medida, a liberdade de apreciação da prova é condicionada e encontra-se orientada para a prossecução das finalidades processuais. (Neves, 2011, pp.132-133)

O julgador, portanto, está adstrito ao cumprimento do dever de prossecução da verdade material, sendo o juízo de valor intrínseco à livre apreciação da prova, enquanto critério da decisão penal, mais voltado a um momento de legalidade vinculada do que a uma discricionariedade atribuída ao magistrado²⁵. Ademais, a livre apreciação da prova trata-se de uma *condictio* para bem julgar, somente se admitindo como válida uma única solução, quer a decisão se constitua em uma condenação ou em uma absolvição.

²⁵ Seguimos de perto Gama Lobo, pág. 212.

Vislumbra-se, desse modo, que os fatos adquiridos pelo julgador no seio do processo refletem os efeitos para sustentação de uma decisão condenatória ou absolutória. Todavia, é importante ressaltar que os fatos oriundos da ciência extraprocessual – aqueles obtidos fora do processo, mas pelo julgador, seja pelo exercício de suas funções ou pelo seu conhecimento privado – trazem especiais dificuldades à admissão da sua relevância processual, estando totalmente excluídos caso resultem de uma atitude unilateral do julgador (unicamente de sua ciência privada, sem um conhecimento e reflexão das partes sobre a matéria de fato).

Por exemplo, Gama et al (2019) reconhece, como critério fundamental utilizado pelo magistrado na validação do processo de formação da sua convicção, o conceito de regras de experiência ou máximas de experiência (padrões de comportamento que revelam aquilo que sucede na maior parte das vezes), o qual funciona seja como modelo operativo, seja como limite da própria atuação jurisdicional no processo de fundamentação.

Na prática, estamos perante o cumprimento do dever de fundamentação da convicção do julgador, ao proferir a decisão penal no quadro axiológico em que se encontra inscrito o princípio da livre apreciação da prova, e que consubstancia um dos pilares estruturantes do sistema processual penal.

A vinculação legal que permeia o princípio da livre apreciação da prova assenta na obrigação do dever de fundamentação, sendo a mesmo uma condição *sine qua non*, pois dá vida à decisão final. O dever de fundamentação é o suporte da legitimação material das próprias decisões judiciais e encontra sua consagração expressa no artigo 374º, nº. 2 do Código de Processo Penal Português. Já em relação ao ordenamento brasileiro, ressalta-se que seu Direito Penal é garantista, ou seja, deve interpretado à luz da Constituição Federal, a qual determina a obrigatoriedade de toda e qualquer decisão judicial estar devidamente motivada e fundamentada, pois quem a recebe deve saber os motivos do seu dispositivo (artigo 93, inciso IX, da CF/88).

A Carta Magna não só constituiu o Brasil como Estado Democrático de Direito, mas também regulamentou em seu texto os mecanismos para realização e consolidação da justiça de forma independente, seja como princípio basilar que preserva o direito em sua forma legal, seja materializando atribuições e competências, que devem cumprir os procedimentos já estabelecidos na busca comum por satisfação e proteção de garantias. Sendo assim, ao prever que todas as decisões judiciais (sem exceção) devem ser fundamentadas, com reforço brutal do art. 315, §2º, do Código de Processo Penal, por reafirmação de um comando maior, quis asseverar que o julgador exponha as razões pelas quais prolatou certa decisão. Ainda, quis

garantir que possuam uma justificativa feita a partir da aplicação de razões e argumentos de cunho jurídico, com objetivo de se evitar julgamentos arbitrários ou decaídos de concepções pessoais.

Essa fundamentação extravasa a mera indicação de elementos probatórios ou apenas uma descrição dos fatos. Ela impõe que o julgador, de modo objetivo, exteriorize o desenvolvimento de seu juízo valorativo útil ao acerto jurídico da sua decisão, devendo referir quais os fatos considera provados e a respectiva fonte de onde originam.

Impende consignar, ainda, a necessidade de coerência interna do raciocínio e fazer uma análise crítica em relação a cada um dos meios de provas utilizados, de modo a demonstrar a coesão do juízo de valor que presidiu à tomada de decisão final. Desta forma, a fundamentação permite uma alteridade do julgador e, ao mesmo tempo, marca sua responsabilidade técnica na elaboração da decisão final. Neste sentido, Neves (2011, p. 154) elucida que “o dever de fundamentação não é, pois, um limite ao princípio da livre apreciação da prova, antes deve ser entendido como o sustentáculo material legitimador da decisão final”, sendo mais forte do que quaisquer outros atos decisórios em geral.

2.6. Do Impacto das Neurociências na Tomada de Decisão do Juiz

O rápido crescimento em relação ao uso das Neurociências em tribunal tem levantado questões na comunidade jurídica e científica, sobre os efeitos que tais evidências poderiam ter sobre os tomadores de decisões jurídicas (Aono, Yaffe & Kober, 2019), pois, embora a utilização probatória de métodos neurocientíficos seja oficialmente reconhecida como uma modalidade de prova instituída – principalmente nos casos de crimes contra a vida – pouco se sabe sobre o modo como ela impacta a pena e o campo das decisões.

No entanto, tal como refere Buckholtz e Faigman (2014), a lei não é obrigada a usar evidências neurocientíficas para tomar as suas decisões. Como tal, as determinações legais sobre as Neurociências devem ser restringidas pelos limites da inferência científica. Para os autores, os julgamentos são feitos na base da instituição moral e normativa. Pelo contrário, Lourenço (2019) refere que “não há como negar que a interação entre o conhecimento das ciências humanas e biológicas aplicada no âmbito jurídico pode fortalecer o conteúdo dos relatórios periciais e permitir ao tribunal uma decisão mais consciente” (Lourenço, 2019, p.70).

Contudo – cada vez mais – parece perder força a ideia de que o juiz não está vinculado nem submetido às conclusões do laudo pericial. No entanto, o grau de concordância entre esse laudo (que estipula a condição de imputação do arguido) e a sentença judicial tem-se mostrado bastante elevado na prática. Infelizmente, o que se verifica é uma jurisdição que delega o julgamento de maneira extroversa ao perito, repetindo retoricamente os termos da conclusão pericial (Castro, 2020). Tal como refere Silva (2019), os resultados trazidos pelo laudo pericial deixam pouco espaço ao magistrado, pois nem ele e nem as partes têm condições objetivas de se contrapor à perícia.

Na verdade, os estudos desenvolvidos ao longo dos últimos anos, no âmbito do impacto das Neurociências nas sentenças, demonstram que os relatórios provenientes das Neurociências tem impacto sobre as sentenças. Por exemplo, num estudo desenvolvido por Moulin et al. (2018), os autores procuraram verificar como os relatórios de especialistas são percebidos e quais os efeitos nas decisões tomadas pelos magistrados em julgamento. Neste sentido, concluíram que a presença de dados neurocientíficos no relatório de um especialista afeta as percepções dos julgadores sobre a qualidade, credibilidade e cientificidade. Para além disso, concluíram ainda que o fenómeno é ainda mais evidente em juízes mais experientes, quando comparado com juízes menos experientes.

Hafner (2019) estudou o uso das Neurociências em julgamentos de homicídio na Eslovênia e concluiu que as duas maiores condições neurológicas sofridas pelos réus se prende por lesão cerebral traumática e dano cerebral associado ao uso prolongado de álcool e drogas. Assim, após a exposição das evidências neurológicas que afetaram as decisões dos tribunais, concluiu-se que em 85% dos julgamentos tiveram um impacto sobre a sentença criminal. Deste modo, ao autor assume que não tem dúvidas que a neuroevidência afeta as decisões sobre a capacidade criminosa. Isto é, a insanidade reflete fortemente as sanções criminais.

No caso estudado por Allen, Vold, Felsen, Blumenthal-Barby e Aharoni (2019), apurou-se que as evidências neurobiológicas produziram simultaneamente sentenças de prisão mais curtas (ou seja, atenuantes) e prazos mais longos de hospitalização involuntária (ou seja, agravantes) do que as evidências psicológicas equivalentes. Do mesmo modo, Greene e Cahill, em 2012, avaliaram o impacto das evidências das Neurociências nas sentenças de réus condenados à morte. Os autores findaram que as recomendações para sentenças de morte foram afetadas pelas evidências neuropsicológicas e de neuroimagem. Ou seja, os réus considerados de alto risco de periculosidade futura tinham menos probabilidade de serem

condenados à morte sempre que os jurados tinham evidências neurocientíficas do que quando não tinham. Evidências neuropsicológicas e de neuroimagem também tiveram efeitos atenuantes nas impressões do réu. Também Aono, Yaffe e Kober (2019) concluíram, com base numa revisão da literatura realizada, efeitos atenuantes de evidências neurocientíficas sobre algumas decisões legais (por exemplo, a pena de morte). Para além disso, apontam que as evidências neurocientíficas que incluem imagens do cérebro não parecem ter um efeito especialmente persuasivo (em comparação com outras evidências neurocientíficas que não incluem uma imagem).

Tabela 1.

Síntese de alguns estudos desenvolvidos sobre o impacto da neurociência na decisão do magistrado

Autor	Metodologia do estudo	Principais conclusões
Greene Cahill (2012)	× Os participantes, 259 adultos do curso de psicologia, leram e analisaram depoimentos de especialistas.	× As recomendações para sentenças de morte foram afetadas pelas evidências neuropsicológicas e de neuroimagem.
Moulin et al. (2018)	× Juízes (21 juízes suíços e 41 juízes franceses) que utilizam laudos periciais durante os julgamentos. × Após a leitura de dois laudos de especialistas, um deles incluiu dados neurocientíficos e outro não respondeu a um questionário sobre a qualidade, relevância, credibilidade e persuasão das informações nele contidas.	× A presença de dados neurocientíficos no relatório de especialista afeta as percepções dos juízes sobre a qualidade, credibilidade e cientificidade. Além disso, esse fenómeno foi mais forte em juízes mais experientes do que em juízes menos experientes.
Hafner (2019)	× Sentenças recolhidas nos tribunais eslovenos (1991-2015) no caso de homicídios com neuroevidências.	× As neuroevidências afetaram as decisões dos tribunais em 85% dos julgamentos. × Atesta uma ampla prevalência e uma forte influência das neuroevidências nos julgamentos de homicídio na Eslovênia.
Allen, et al. (2019)	× 330 residentes dos EUA foram convidados a proferirem sentenças de condenação criminal sob várias condições do estado de saúde mental do réu. × Foram instruídos a ler atentamente um resumo de um caso de tribunal criminal e a imaginar como se fossem o juiz responsável pelo julgamento.	× As evidências neurobiológicas produzem sentenças de prisão mais curtas (ou seja, atenuantes) e prazos mais longos de hospitalização involuntária (ou seja, agravantes) do que as evidências psicológicas equivalentes.

Autor	Metodologia do estudo	Principais conclusões
Aono, Yaffe & Kober (2019)	× Revisão da literatura × Foram analisados estudos que medem o efeito da evidência neurocientífica (tanto de imagem quanto de não imagem) em veredictos, recomendações de sentença, e crenças de jurados e juízes simulados apresentados a um caso criminal.	× Os estudos analisados sugerem efeitos atenuantes das evidências neurocientíficas sobre algumas decisões legais (por exemplo, a pena de morte).

2.6.1. Anomalia psíquica e medidas de segurança

O progressivo desenvolvimento dos estudos das Neurociências tem permitido não só detectar de forma mais precisa o tipo de anomalia psíquica que sofre determinado sujeito, mas igualmente contribuir para investigar em que medida esse transtorno traz reflexos no seu comportamento, especialmente, na maneira como esse sujeito se comporta para fins de imputabilidade (Lourenço, 2019). Dentro desse panorama, surge a problemática de atestar se as Neurociências podem garantir, com maior precisão, quais indivíduos - portadores de anomalia psíquica - precisam ser submetidos a uma medida de segurança ou quais deles devem ser considerados imputáveis, em razão de sua anomalia psíquica não ser associada de forma causal ao cometimento de um determinado ato desviante ou criminoso.

Quando detectada a prática de fato ilícito, típico e culpável por alguém considerado inimputável, a aplicação da pena ocorre por meio das chamadas medidas de segurança, estatuídas no artigo 91º do Código Penal Português e no artigo 96 do Código Penal Brasileiro. Sumariamente, aos inimputáveis aplicam-se somente as medidas de segurança; aos imputáveis somente as penas. Aos semi-imputáveis, pode-se incidir uma ou outra, porém em nenhuma situação faz-se permitido que ambas sejam impostas de maneira cumulativa.

A medida de segurança é uma reação criminal, detentiva ou não detentiva, que se relaciona com a prática por um agente de fato ilícito-típico, que tem como pressuposto e princípio de medida a sua perigosidade social. É imposta a pessoas mais vulneráveis e difere-se essencialmente da pena, a qual apresenta como pressuposto necessário a culpa. A pena tem caráter intimidatório, restritivo, e não preventivo. Além disso, as condições de aplicação e o modo de execução também são distintos.

Dentre as medidas de segurança, existem as privativas de liberdade e aquelas não privativas de liberdade (privação ou restrição de certos direitos em nome da defesa social), que serão aplicadas a depender da avaliação de perigosidade do agente, ou seja, tem como fundamento principal não mais a culpabilidade, mas a periculosidade e o possível retorno do mesmo à prática criminosa (Hungria et. al, 1978).

Quanto ao aspecto da perigosidade, abrange-se o perigo de o agente vir a cometer, no futuro, novos fatos ilícito-típicos, ou seja, a repetição do comportamento desviante e criminoso. Nos casos em que a base da perigosidade do agente está uma anomalia psíquica, faz-se necessária a realização de perícia médico-legal e psiquiátrica e/ou perícia sobre a personalidade, referidas nos artigos 159º e 160º do Código de Processo Penal Português. Nessa ordem de ideias, percebe-se que a questão da avaliação da perigosidade está intimamente relacionada às medidas de segurança. Em se tratando de agentes inimputáveis, cabem as medidas de segurança privativas de liberdade, ou seja, internamento em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança.

Conforme Antunes (2002, p. 459), “o consenso generalizado em torno da finalidade preventivo-especial, de socialização e (ou) de segurança do internamento de agente inimputável em razão de anomalia psíquica é, seguramente, fruto do entendimento unânime de que pressuposto (e fundamento) da medida de segurança é a perigosidade criminal do agente: se pressuposto (e fundamento) do internamento do agente inimputável em virtude anomalia psíquica é a perigosidade criminal deste, à medida de segurança cabe, naturalmente, evitar que o agente venha a praticar, no futuro, outros factos (tipificados na lei penal)”.

De acordo com o artigo 128º do Código de Execução de Penas, para aplicação de medida de segurança privativas de liberdade faz-se obrigatória a elaboração de um plano terapêutico e de reabilitação, estruturado em funções das necessidades, aptidões individuais e avaliação de risco, nos termos do artigo 172º e seguintes do mesmo diploma legal. Convém ressaltar que compete ao perito, de forma contida, a função de analisar e perceber os fatos, não podendo ser confundida com a função de julgamento ou tomada de decisões, ou seja, não cabe a esse técnico avalizado decidir sobre a questão da perigosidade, sendo a aplicação das medidas de segurança uma função jurisdicional.

Fica perceptível, ao se debruçar sobre o sistema penal português, que ele apresenta como característica norteadora uma visão humanista e ressocializadora, justificando sua intervenção com um propósito final voltado à proteção dos bens jurídicos (prevenção geral positiva) e à reinserção social do agente (Almeida, 2003). Assim sendo, a aplicação da pena

assume um cariz utilitário, no sentido de eminentemente preventivo, em caso algum podendo ultrapassar a medida da culpa.

Em relação à pena, é aplicada de forma exclusiva aos indivíduos responsáveis, fundando-se na culpabilidade ou na culpa moral dos mesmos. Neste caso, há um caráter ético e justo, caracterizando-se como uma sanção obrigatória a um facto concreto e passado (o crime), de forma retributiva e proporcional à gravidade do ato (Hungria et. al. 1978). Em verdade, tanto as penas como as medidas de segurança apresentam, de facto, as finalidades de defesa da sociedade e readaptação social do delinquente, com a diferença de que as penas cumprem através da punição, intimidação e readaptação e as medidas de segurança sem recorrerem a qualquer tipo de castigos ou intimidações (Correia, 2008).

Faz-se necessário ressaltar que existem diversas dificuldades a serem pontuadas, tanto a nível dogmático como a nível de sua aplicação nos tribunais. De forma semelhante ao que se passa em outros países, o legislador português entende que, ao haver o cometimento de um facto ilícito, seja o agente imputável ou inimputável, deve admitir-se uma reacção penal. Portugal, contudo, dispõe de uma normativa adequada no que diz respeito à perigosidade relacionada às patologias mentais, qual seja: Lei de Saúde Mental (Lei nº. 36/98). De acordo com o artigo 12º desse instrumento, é cabível o internamento compulsivo de uma pessoa que, por força de anomalia psíquica grave, “crie uma situação de perigo para bens jurídicos de relevante valor, próprios ou alheios”. Este internamento compulsivo no âmbito da LSM, entretanto, não diz respeito a uma medida de segurança, nem supõe a prática de um ilícito-típico. Para tal situação, o Código Penal – em seu artigo 91º – prevê a aplicabilidade ao arguido considerado inimputável de uma medida de segurança, traduzida numa medida de internamento em estabelecimento de cura, tratamento ou segurança.

Em suma, reconhecem-se dois tipos de reacções criminais: as penas e as medidas de segurança. A distinção entre as mesmas está no fato de, fundamentalmente, as penas apresentarem como pressuposto necessário a culpa, enquanto que as medidas de segurança têm como pressuposto necessário a perigosidade social do agente. Em contrapartida, à semelhança do que acontece com as penas, as medidas de segurança têm como finalidade prevenção geral, tratamento e defesa social. Elas visam a vigilância da prática de fatos ilícitos e típicos futuros, bem como a tutela da confiança da comunidade nas normas. Assim, realiza-se uma revisão situacional a cada dois anos (salvo disposição em contrário) e só são encerradas mediante um forte componente judicial, o qual leva em consideração toda a evolução mental do indivíduo somado a fatores vinculados ao sistema penal. Por outro lado, o

internamento compulsivo é realizado no serviço oficial mais próximo e adequado ao caso (cfr. art.12º da LSM). Ele é de decisão exclusivamente médica, com revisão obrigatória a cada dois meses (Almeida, 2003).

A par destes termos, podem-se listar algumas afinidades entre as medidas de segurança e o internamento compulsivo disciplinado na Lei de Saúde Mental no cenário luso, como: respeito pelo contraditório, intervenção judicial e direito ao recurso combinado com uma intervenção clínico-psiquiátrica. Todavia, há diferenças notórias entre a perícia, que está na base da decisão sobre a inimputabilidade e a avaliação clínico-psiquiátrica que precede o internamento compulsivo. Na primeira, o juiz tem a faculdade de discordar do laudo – bastando para tal fundamentar seu posicionamento de forma igualmente técnica –, ao passo que, na avaliação clínico-psiquiátrica os termos são vinculativos. Além disso, a perícia, no âmbito processual penal, é realizada pelo Instituto de Medicina Legal. Já a avaliação disposta na LSM é realizada por psiquiatras com colaboração de outros profissionais de saúde mental, caso necessário. Excepcionalmente, há a intervenção do Instituto de Medicina Legal.

Por oportuno, Almeida (2003) narra que o limite máximo da medida de segurança tem uma função de garantia contra os abusos do Estado, enquanto a fixação de um limite mínimo está vinculada à prevenção geral de integração. Já durante a fase de execução, a autora relata ainda que “a única preocupação admissível num Estado de direito é, naturalmente, o tratamento da anomalia psíquica, neste se conjugando o interesse do indivíduo e o seu direito à saúde (consagrado no artigo 64º da Constituição) com a defesa social, assim reflexamente prosseguida”. Por conseguinte, as medidas de segurança apresentam um carácter de reacção penal, ou seja, não podem prolongar-se indefinidamente no tempo. Sua duração está intimamente relacionada à pena aplicável ao cometido, por uma ordem de segurança e igualdade (função de garantia).

A autora enfatiza ainda que, enquanto o sistema penal comportar medidas de segurança, estas deverão respeitar a sua natureza penal, com tudo o que isso implica em termos de princípios e garantias. Uma vez atingido o limite máximo até o momento em que se faz legítima a aplicação de uma medida penal, caso a periculosidade persista, a solução seria submeter o indivíduo à Lei de Saúde Mental, passando o internamento a processar-se de acordo com este último regime (Almeida, 2003). No entanto, apesar da autora defender esta solução, a Constituição Portuguesa impõe a prorrogação da medida de segurança até cessação da perigosidade (art. 92.º, n.º3).

O Código Penal Português prevê que, ao se tratar de medidas de segurança de internamento, as finalidades de prevenção podem ocorrer de diferentes maneiras. As medidas de internamento têm como objetivo primário a prevenção da repetição do ato criminoso praticado pelo indivíduo, predominando a finalidade de prevenção de socialização de um agente inimputável considerado perigoso. Não deve perder-se de vista que o fato praticado pelo agente não é mero estimulador da aplicação de medida de segurança, mas, sobretudo, um pressuposto dela e comprovativo da perigosidade criminal do mesmo, fundada em anomalia psíquica (Albergaria, 2004).

Já no cenário brasileiro, as medidas de segurança podem ser: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (ou à falta, em outro estabelecimento adequado) ou sujeição a tratamento ambulatorial. Sendo o agente inimputável, não se torna possível que ele seja tratado no presídio, por isso, o tratamento é realizado dentro dos hospitais de custódia (em caso de não haver nas proximidades, deverá ocorrer em outro estabelecimento adequado) ou, em caso de crime punível com detenção, de forma ambulatorial – podendo o juiz determinar a internação a qualquer tempo, se isso for necessário para fins curativos (cfr. art. 96 e 97 do Código Penal).

A medida de segurança é colocada de forma indeterminada, ou seja, até que o indivíduo já não represente perigo para a sociedade. Isso confere ao juiz a liberdade no que se refere à aplicação e à execução, pois não há um limite máximo e basta respeitar o limite mínimo de sua duração (de um a três anos). Cohen (1996, p. 82) afirma que “no caso de seu enquadramento na medida de segurança, isto é, quando for considerado como perigoso socialmente, ele não saberá quanto tempo ficará recluso, pois isto depende da cessação de sua periculosidade, tornando-se, em muitos casos, uma condenação de prisão perpétua”. Todavia, existem críticas a respeito desse tempo indeterminado de duração. De acordo com a Carta Magna do Brasil, não deve haver pena perpétua e o tempo de prisão máxima em qualquer caso é de 30 anos. Dessa forma, faz-se coerente constatar que a medida de segurança não deveria ultrapassar 30 anos de duração (Felippe, 2011).

Também pode ocorrer de uma pena privativa ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial – cumprindo um prazo mínimo de um a três anos – consoante artigo 98 do Código Penal. Cabe destacar novamente que a medida de segurança, seja ela imposta ou substitutiva de pena tem duas finalidades: permitir o tratamento do inimputável em razão da doença mental e proteger o indivíduo acusado e a sociedade. Constata-se que a medida de segurança assim como no processo de conhecimento, quanto no processo de execução,

possuem a mesma natureza. Dessa forma, a medida de segurança é aplicada em qualquer tempo, sendo que o acusado é colocado em liberdade assim que o laudo pericial comprove a cessação da periculosidade do mesmo (*ibidem*).

As Neurociências avocam uma função de utilidade quanto à ao juízo de imputabilidade e à aplicabilidade de medidas de segurança. Quer dizer, a partir das descobertas realizadas, torna-se possível assimilar novos elementos sobre a anomalia psíquica de um arguido, sem admitir que esses elementos constituam por si só a essência jurídica da decisão. Desta forma, tem-se como contributo positivo das Neurociências – no cenário psiquiátrico forense – uma melhor fiabilidade em termos de diagnóstico no que diz respeito à presença ou ausência de anomalia psíquica, nomeadamente para se estabelecer ou não a inimputabilidade e, assim, aplicar aquilo que for susceptível (pena ou medida de segurança).

Capítulo 3. ELABORAÇÃO DA METODOLOGIA E DESAFIOS FUTUROS

Este último capítulo versa sobre os objetivos da investigação (gerais e específicos) e pontua as perguntas de partida, as quais deram início ao desenvolvimento da pesquisa em epígrafe. Nesse momento, adentra-se em questões metodológicas, no sentido de explicar os critérios utilizados para construção da amostra e de que forma pode ser realizado o primeiro contacto com seus elementos constituintes. Sugere-se um método de recolha de dados e sua interpretação através da análise temática (processo em que se identifica, analisa, interpreta, relata e descreve padrões ou temas, permitindo a apresentação e organização dos dados de uma forma sintética, embora rica). De forma derradeira, trata-se das alterações das circunstâncias diante do cenário pandêmico, da necessidade de readaptação da pesquisa e, por fim, são propostos desafios para uma investigação empírica futura.

3.1. Objetivos e Questão de Investigação

O presente estudo tem como objetivo primário caracterizar de que modo a perícia psiquiátrica e os métodos neurocientíficos estão sendo utilizados nos tribunais, avaliando a frequência e a relevância desse uso, nomeadamente seus limites e potencialidades em casos de crimes contra a vida. A proposta de investigação visa, portanto, lançar luz sobre um fenómeno contemporâneo e ainda pouco investigado no âmbito da Criminologia, de modo a identificar não apenas quão importante é o uso de instrumentos neurocientíficos no âmbito do processo

penal, mas também as características do mesmo e o sucesso (ou não) daqueles que se valem de argumentos baseados neste tipo de evidências para apoiar seu caso.

De forma mais específica, busca-se obter uma compreensão maior quanto à eficácia da utilização de exames neurológicos ou laudos periciais em julgamentos penais, no tocante a discernir seus impactos, isto é, de que forma a alegação de uma possível perturbação ou anomalia psíquica do arguido é susceptível de influir na decisão do julgador, permitindo aceder percepções sobre como os sistemas de justiça respondem aos avanços científicos nesta área, principalmente em relação à responsabilidade, periculosidade e tratamento.

Levando em conta que a punição apresenta como escopo reeducar e ressocializar, isto poderia restar prejudicado, a depender do estado físico e psicológico do agente (tendo em consideração o aspecto irreversível de algumas alterações neuropsíquicas). Sendo assim, as Neurociências trazem um novo olhar à punição e sua função social (Conti, 2013), voltando-se para como aplicar a pena ou, até mesmo, para a adoção de determinada medida de segurança apropriada a depender de cada caso, podendo isso ser balizado pela interferência de provas de natureza neurocientíficas.

Por esta linha de raciocínio, a medida criminal considerada adequada terá de se insurgir na salvaguarda especialmente preventiva, de segurança e socialização. As autoridades judiciárias, profissionais de saúde mental e de psicologia ou psiquiatria forense, deverão atuar em colaboração, definindo estratégias adequadas de segurança, tratamento e acompanhamento, de modo a proteger o doente mental do risco de autoagressão ou cometimento de ilícito (Conti, 2013).

Destarte, a periculosidade de inimputáveis constitui uma problemática de prevenção especial a dirimir pelo Direito Penal e ao mesmo tempo uma prioridade administrativa de cunho médico-assistencial a travar pelas instâncias de Saúde Mental. O fundamental nesta proposta de investigação é determinar “se” e “em que medida” a presença de uma perturbação da personalidade é susceptível de influir no estabelecimento da imputabilidade do agente de um crime e, em caso afirmativo, com quais critérios seriam possíveis concretizar tal relevância no caso concreto.

Deste modo, foram colocadas as seguintes questões de investigação:

1. De que modo a alegação de uma possível perturbação ou anomalia psíquica do arguido é susceptível de influir na decisão do julgador?
2. Em que circunstâncias os magistrados entendem ser necessário determinar a realização de perícia psiquiátrica para aferição da imputabilidade? O que

eles pretendem saber dos peritos quando ordenam uma perícia psiquiátrica e de que forma se sentem vinculados pelo parecer dos peritos?

3. Como as evidências neurocientíficas estão a ser utilizadas nos tribunais? Quais as características e relevância desse uso no processo penal?
4. Quais os limites e potencialidades do uso das provas neurocientíficas no processo penal?
5. Os magistrados consideram importante o recurso à neuroimagem? De que forma eles se sentem vinculados pelo resultado do neuroexame?

Estas questões constituem um ponto de partida para a pesquisa, oferecendo a possibilidade de conhecer sobre utilização probatória da perícia psiquiátrica e de métodos neurocientíficos no âmbito do processo penal com base na perspectiva dos magistrados, a partir das suas vivências e casos julgados no exercício da função.

3.2. Metodologia

As definições metodológicas são de suma importância em qualquer estudo e suas escolhas devem pautar-se nos objetivos e nas questões de investigação propostas. De acordo com Silverman (2000, p.1), “se você estiver preocupado em explorar histórias de vida das pessoas ou o comportamento cotidiano, então métodos qualitativos podem ser favorecidos”.

3.2.1. Escolha do método e instrumentos

A metodologia proposta para o desenvolvimento desse estudo é a qualitativa. Desta forma, após a escolha do objeto principal do trabalho – qual seja caracterizar de que modo evidências neurocientíficas estão sendo usadas nos tribunais para medição da inimputabilidade do agente e avaliação da responsabilidade criminal em casos de crime contra a vida – sugere-se o método a ser utilizado. A escolha do método é orientada pelas especificidades do contexto a ser investigado, o sistema de justiça penal do Brasil. Dar-se-á através de entrevistas – mais especificamente entrevistas semiestruturadas – haja vista que tal método demonstra-se mais bem apropriado para captar a narrativa de experiências, percepções, comportamentos e práticas dos indivíduos entrevistados a partir da sua própria

fala e, assim, buscar a compreensão do fenômeno em uma realidade social a partir da ótica dos sujeitos entrevistados.

Segundo Blumer (1969), a entrevista é uma técnica de investigação social, que se produz no contexto de processos interativos específicos (face a face ou digitais; em situações mais ou menos espontâneas; em situação de pesquisa). Assim, muito mais do que permitir revelar eventos reais ou fatos, as entrevistas permitem situarmo-nos no mundo que nos envolve e do qual somos parte integrante. Além disso, a entrevista semiestruturada tem a vantagem de ter uma estrutura flexível, a partir de um guião, composto por perguntas – sobretudo abertas – o que faz com que o entrevistador possa explorar de maneira mais livre situações que não foram previstas antecipadamente, mas surgiram durante a discussão, bem como ajustar, na prática o roteiro (Braun & Clarke, 2013; Flick, 2005).

A investigação qualitativa não está apenas interessada na apresentação exterior dos grupos sociais, mas vai gradualmente adotando uma perspectiva interna, para entender o ponto de vista do indivíduo ou os princípios organizacionais dos grupos sociais a partir da visão de um membro (Flick, 2009). A compreensão dos universos culturais, próprios de um espaço e de um tempo, e que estão para além do comportamento imediato, são indispensáveis ao conhecimento da realidade social. São produzidos “dados qualitativos” como resultado das tentativas de compreensão de uma gama de diferentes processos, comportamentos ou pessoas, e tais dados são inerentemente heterogêneos e difíceis de classificar (Turner, 1994).

A entrevista no âmbito da investigação qualitativa procura entender o ponto de vista dos sujeitos por forma a descobrir o significado das experiências para os indivíduos e conhecer o seu contexto local e social (Steinar, 1996). O uso de perguntas fechadas para estudar a forma como as pessoas se sentem em relação ao crime levou alguns autores a questionar a capacidade dessas investigações em captar a ampla gama de experiências e sentimentos pessoais relacionados com o crime (O’Gorman, 2009). Para o tipo de entrevista semiestruturada, o guião conterá um esboço de tópicos a serem abordados, com algumas sugestões de questões, questões essas de abertura que permitem a produção de descrições espontâneas, ricas, onde os próprios sujeitos fornecem o que experimentam como as principais dimensões dos fenómenos investigados (Steinar, 1996). Neste tipo de entrevista é também comum a abertura a possíveis mudanças tanto na sequência como nas formas de questionar, permitindo sempre a flexibilidade e a adaptabilidade consoante o próprio entrevistado. O guião de entrevista assume assim, neste sentido, grande importância, pois permite ao investigador manter o fio condutor da entrevista, prevalecendo os objetivos

estabelecidos, mas oferecendo simultaneamente a abertura para uma recolha rica de dados que vão para além das perguntas pré-estabelecidas. Ao investigador cabe a tarefa delicada de criar um clima permissivo e ajudar o entrevistado a sentir-se livre para se relacionar, contando com a promessa de confidencialidade do entrevistador (Lindseth & Norberg, 2004).

Com efeito, por meio do método sugerido, pretende-se aceder às experiências vivenciadas pelos magistrados em sua vida laboral, seus conhecimentos teóricos e práticos acerca da presença das Neurociências nos tribunais, a sua percepção sobre o uso de provas científicas dessa natureza nos casos de crimes contra a vida – principalmente no que diz respeito às perícias, à eletroencefalografia e exames de neuroimagem. Pode-se afirmar que tais percepções podem representar importantes chaves explicativas para compreensão do modo como as provas dessa natureza e o princípio da livre apreciação da prova, além da utilização dessas técnicas para o aferimento da inimputabilidade do agente por anomalia psíquica, vem sendo utilizados no âmbito das decisões jurídicas. Se tais provas são notadas (ou não) como preditivos do comportamento criminoso, ou se apenas, explicam o crime enquanto um acidente ou ação não consciente. Neste ínterim, buscar-se-á compreender as tensões que emergem deste campo sobre as decisões jurídicas no contexto a ser observado.

É válido ressaltar que o projeto de investigação em questão foi devidamente submetido à avaliação de cariz ético, por meio da Comissão de Ética da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Em 27 de janeiro de 2021, deu-se parecer positivo, sob alegativa de o requerimento prever adequadamente todas as salvaguardas éticas aplicáveis ao caso.

3.2.2. Composição da amostra

Como aludido no tópico anterior, a fim de alcançar o objetivo do trabalho, será necessário levantar a partir das experiências vivenciadas por magistrados do Tribunal do Júri (jurisdição especial encarregada exclusivamente do julgamento dos crimes dolosos contra a vida), percepções e posicionamentos acerca da eficácia e relevância do uso de perícias psiquiátricas e das provas neurocientíficas em casos de crimes contra a vida, as quais majoritariamente são caracterizadas pela premissa da infalibilidade.

A investigação permitirá desarmar alguns dos mitos e paradigmas direcionados às evidências científicas, pois tais argumentos tendem a minimizar o papel do julgador nos processos judiciais em benefício dos peritos especialistas, o que pode acarretar a uma violação das garantias processuais. Sabe-se que provas científicas - que permitam identificar

plenamente a um indivíduo ou objeto através de vestígios - precisam estar embasadas na verossimilhança, ou seja, combinar informações estatísticas com informações não estatísticas, porque desta forma o protagonismo do juiz fica mais abalizado na avaliação das provas e respeito aos fins e garantias do processo.

Quanto à amostra e às técnicas de amostragem que serão utilizadas para consecução do objetivo proposto, recomenda-se, por conveniência, o estado do Ceará, no Brasil, como contexto geral da investigação. Por se tratar de um país bastante extenso e populoso, com índices altos de crimes contra a vida, percebe-se uma necessidade maior de delimitação territorial e, além disso, essa escolha torna-se mais plausível pelo fato da autora do trabalho já ter residido e atuado profissionalmente nesta localidade como advogada. E assim, possui acesso mais facilitado aos Diretores de Secretaria e Magistrados do Ceará, o que viabilizará a realização da investigação proposta.

É relevante destacar que o sistema judicial brasileiro no geral, por questões de subdesenvolvimento econômico, não tem acompanhado a rigor, na prática, o crescimento e a instrumentalização tecnológica neurocientífica, como visto em outros países, a exemplo de: Reino Unido, Eslovênia, Holanda, Cingapura e Malásia e Estados Unidos. No Brasil, o homicídio não é um evento raro, mas, apesar disso, ainda são escassas análises pormenorizadas acerca da questão em foco. Nesse sentido, o intuito é de contribuir para o desenvolvimento das investigações sobre o tema no contexto brasileiro.

No que tange especificamente às características amostrais, tendo em vista o desconhecimento de qualquer trabalho que aborde especificamente a temática pretendida no contexto escolhido, recomenda-se a utilização do contributo de investigações que se assemelhem ao mesmo objetivo.

Neste cenário, pretende-se nomeadamente conhecer um pouco da prática e percepções dos magistrados, averiguando se os mesmos consideram ou não importante o recurso à perícia e à neuroimagem no dia-a-dia dos tribunais. Buscar-se-á tomar conhecimento sobre o que eles anseiam quando ordenam uma perícia psiquiátrica e de que forma se sentem vinculados pelo parecer dos peritos e por resultados de neuroexames.

Desta forma, realizando-se as necessárias adaptações, tendo em vista as diferenças na configuração dos sistemas judiciários de cada país, sugere-se que a amostra do trabalho seja composta por magistrados (homens ou mulheres) que atuantes em Varas do Tribunal do Júri - que são aquelas especializadas em crimes contra a vida – buscando incluir, ao todo, 12

indivíduos, em exercício do cargo na Capital e ou em interiores do estado, com mais de três anos de prática jurídica.

Cumpra, ainda, esclarecer que o mecanismo de acesso a esses juízes deve ser o mesmo, de tal sorte que se escolha selecionar indivíduos atuantes na capital ou no interior para conhecer e, eventualmente, compare-se as realidades vividas e percepções descritas. Nesta linha, propõe-se que a composição final da amostra reste caracterizada por 12 pessoas, juízes de Direito, atuantes em Varas do Tribunal do Júri, em exercício na Capital e ou em interiores do estado, com mais de três anos de prática jurídica.

3.3.3. Procedimentos de amostragem

Fixadas as características amostrais, resta, agora, a determinação dos procedimentos de amostragem através dos quais se selecionarão os indivíduos constituintes da amostra. O método de amostragem utilizado será o de amostragem não casual (não probabilístico) por conveniência, uma vez que os elementos escolhidos serão os que estiverem à disposição, escolhidos de maneira deliberada porque se enquadrará nas características necessárias, ou seja, serão selecionados os indivíduos mais fáceis de aceder e que estiverem disponíveis para serem entrevistados.

Além da amostragem por conveniência, a amostra também será constituída pelo tipo de amostra não probabilística bola de neve (*snow ball*), através da indicação de outros indivíduos com as mesmas características. Para isso, será solicitado aos entrevistados que sinalizem outros indivíduos que possam ser parte deste estudo. No entanto, sabe-se que o tipo de amostragem não permite que os resultados sejam generalizáveis à população. Em bom rigor, os resultados e conclusões se aplicarão à amostra assim concluída, não podendo ser generalizados com confiança para população.

Da mesma sorte, pretende-se fazer uso da amostragem intencional, a fim de se entrevistar indivíduos conhecidos da autora, ou indicados por estes, que já contam com um vasto saber jurídico que cumprem os requisitos necessários para a realização da investigação proposta. Essa abertura é fundamental para viabilizar a investigação em um país onde o acesso aos atores do sistema de justiça criminal é restrito. A ideia é de utilizar a indicação como instrumento de busca por novos entrevistados, assim, tentar-se-á uma amostragem por bola de neve, com indivíduos que, absorvendo a confiança dele em relação à autora, sintam-se mais seguros de compartilhar informações acerca do fenômeno a ser estudado (Blumer,

1969). Acredita-se que a bola de neve, a partir do magistrado já conhecido da autora, mostra-se como método adequado para captar outros voluntários a participarem da investigação, que possam acrescentar sobre a perspectiva de um *insider* (Blumer, 1969).

Assim, na tentativa de acesso aos magistrados, proceder-se-á ao Tribunal do Estado do Ceará, solicitando-se uma lista com os nomes de todos os juízes atuantes nas Varas do Júri – seja em exercício na Capital ou nos interiores. Em seguida e ressaltando os fins acadêmicos, encaminhar-se-á email aos Diretores de Secretaria de cada Vara, a tratar da disponibilidade de contacto com o respectivo juiz (via email ou telefone). Após resposta dos Diretores de Secretaria e indicação de telefone ou email do magistrado, o mesmo será contactado, através de um modelo de mensagem enviada a solicitar a autorização para aplicação da entrevista semiestruturada, enviado, sobretudo, por e-mail institucional. Além disso, também será enviada declaração emitida pelo Diretor do 2º Ciclo de Estudos em Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, a informar sobre o desenvolvimento de trabalho de investigação conducente à elaboração de dissertação de Mestrado em Criminologia. A partir do momento em que os entrevistados confirmem interesse na investigação, as entrevistas serão marcadas na modalidade online, por condição da pandemia que vivemos. Tanto o termo de consentimento informado, no qual constam informações sobre a pesquisa, seus objetivos e questões éticas na investigação, quanto o guião de entrevista semiestruturada, serão oportunamente enviados aos entrevistados antes das entrevistas, a fim de que estes possam ter conhecimento dos questionamentos e, com isso, fiquem mais a vontade no momento da entrevista.

3.3.4. Construção do guião de entrevista

Para a realização das entrevistas semiestruturadas, desenvolveu-se como bússola um guião. Esse instrumento tende a planear e estruturar a interação entre entrevistador e entrevistado, já que apresenta como vantagens a possibilidade, se necessário, de reformulação das perguntas e a adaptação das respostas, ou seja, existe um esqueleto de questionamentos a serem feitos, mas com liberdade para mudança de ordem ou do formato pré-estabelecido.

De plano, é necessário destacar que, após o primeiro contacto com possíveis elementos constituintes da amostra, aqueles interessados e disponíveis à participação no estudo serão apresentados mais detalhadamente ao projeto, garantindo-lhes esclarecimento total sobre o procedimento de recolha de dados. A par da situação, devem – previamente –

assinar o formulário de consentimento informado (ANEXO I), no qual consta que da participação no estudo (ou recusa em participar) não advêm quaisquer benefícios ou penalizações para os mesmos. Reforça-se ainda a importância e estima da colaboração para uma melhor compreensão sobre os problemas centrais da investigação, assegurando-lhes que os resultados da pesquisa serão estritamente anônimos e confidenciais. Por oportuno, comunica-se também que os dados recolhidos não serão tratados de forma individual, mas analisados mediante as respostas de um grupo e ninguém terá acesso às informações de maneira individual. Apenas caso solicitado, os resultados que vierem a ser divulgados em publicações científicas podem ser fornecidos sem óbice.

Cumpra esclarecer que o processo de gerar dados não é neutro, pois envolve um vasto conjunto de decisões intelectuais e éticas (por parte do investigador e dos sujeitos envolvidos), harmonizando o que se vê. Por este motivo, é suposto que o guião de entrevista não se trata de um colete de força a qual o pesquisador usa, mas algo que se molda à dinâmica e lógica do estudo – dentro de limites.

Em verdade, há um objeto de pesquisa e um conjunto de questões de investigação a que supostamente precisam ser respondidas. Porém, leva-se em consideração que o entrevistado é um ser humano e, como tal, pode ser imprevisível, introduzindo dados surpresas ou não antecipados no ato da entrevista, nomeadamente a riqueza das respostas (elementos inesperados, desenvolvimentos a partir de linhas que não foram previamente perspectivadas, elementos que contrariam pressupostos iniciais). Isso pode acabar por suscitar um reajuste à maneira como a interação se desenvolve.

Faz-se importante ainda destacar que as questões contidas no guião foram elaboradas no sentido de fazer o participante (entrevistado) falar um pouco mais sobre o assunto abordado. Muitas vezes, não é sabido montar uma pergunta ou estruturar o roteiro de tal forma que a conversa fique fluida e seja possível coletar os dados. Por isso, os questionamentos foram construídos mais abertamente a fim de que, durante a conversa, os participantes fiquem mais à vontade para respondê-los.

Em relação ao guião sugerido para este estudo (ANEXO II), grande parte das perguntas surgiu da análise literária, isto é, com base na leitura extensiva e intensiva da bibliografia. À medida que se lia a revisão de literatura, foi-se idealizando uma lista de possíveis interrogações que poderiam ser feitas aos participantes a fim de compreender melhor as teorias e conceitos elencados. Nesse contexto, tornou-se possível identificar e listar os fundamentos e as ideias dessas perguntas.

Ressalta-se que, durante esse processo, foi essencial sempre voltar às questões de investigação e revisar tudo aquilo que se queria alcançar com a pesquisa. A partir disso, restou observado se as perguntas já elaboradas ajudariam a responder tais questões de investigação e entender o fenômeno que está em análise. A seguir, leu-se a grelha e foi verificado se estava escrita de forma aberta e em linguagem adequada para os entrevistados, sempre com o intuito possibilitá-los a responder da forma como melhor convier, habitando nesse ponto a abundância da pesquisa qualitativa, uma vez que perguntas muito direcionadas podem limitar as respostas, o que tende a prejudicar a coleta de dados.

Após essa etapa, atentou-se à sequência. Foram realizadas diversas alterações na ordem das indagações, para uma melhor condução da conversa e com o propósito de deixá-la mais interessante e menos cansativa. No início, concentram-se as perguntas mais leves (*ice breaker*), ou seja, aquelas sem grandes complexidades, que permitem ao entrevistado falar um pouco sobre si e suas experiências, deixando-o mais a vontade para estabelecer um vínculo e gerar uma relação de confiança com o pesquisador. Passado esse primeiro momento, as perguntas passam a exigir mais raciocínio, tornando-se mais densas e subjetivas. Aqui, encontra-se o cerne da pesquisa, razão pela qual os questionamentos são mais técnicos e aprofundados, requerendo um conhecimento de causa.

Para finalizar, há um bloco curto de perguntas, dando ensejo de o entrevistado acrescentar algo do tema que o entrevistador não imaginou para o roteiro, mas que pode se fazer interessante. É válido salientar que, além disso, existe também a possibilidade de, no decurso da pesquisa, ser conveniente criar novas perguntas que não apresentam um *link* direto com o fenômeno observado, mas que numa visão panorâmica pode fazer sentido e ajudar no entendimento do problema de investigação.

3.3.5. Análise dos dados

Fixados a amostra e os procedimentos de amostragem, cumpre determinar qual o método sugerido para analisar os dados produzidos pelas entrevistas. De plano, a organização do trabalho será respaldada na análise de conteúdo, direcionando-se para as características da mensagem propriamente dita; seu valor informacional, argumentos, palavras e ideias expressas. É o que constitui a chamada análise temática.

Para Amado (2014), a questão da análise de dados é central na investigação; não basta recolher dados, é preciso saber analisá-los e interpretá-los, não sendo possível fazer uma

coisa sem a outra. É possível que a primeira análise dos dados recolhidos aconteça já na própria entrevista, no momento em que se toma notas. Posteriormente, no momento da transcrição das entrevistas, tem-se a oportunidade de um aprofundamento ainda maior no conteúdo fornecido. Segundo Blumer (1969), a apreciação e a interpretação das entrevistas permitem alcançar e aprofundar o conhecimento sobre a experiência humana. No entanto, é no momento da análise temática que, através da categorização e da codificação dos dados qualitativos, o conteúdo da informação, transcrito no texto de campo, é decomposto ou dividido em unidades temáticas que expressam uma ideia relevante do objeto de estudo.

O procedimento de análise escolhido combinará categorias previamente construídas com categorias que criadas indutivamente a partir dos dados recolhidos (Amado, 2014). O referido autor denomina o método de critério indutivo-dedutivo, o qual parte de um referencial teórico a fim de propor categorias maiores e a definição de cada uma delas; futuramente, categorias mais específicas surgem da análise do discurso. De acordo com Braun e Clarke (2013), este é um método usado para identificar temas e padrões de significado em um conjunto de dados com base nas questões de investigação.

De forma mais esmiuçada, pretende-se que os sujeitos participantes compartilhem percepções individuais sobre o uso das Neurociências no âmbito jurídico e experiências vivenciadas durante o exercício da magistratura nos Tribunais do Júri. Para tanto, por meio de uma entrevista semiestruturada, abrir-se-á espaço aos juízes para que sejam protagonistas do relato que darão, a fim de atribuir maior liberdade a seus discursos.

Numa primeira fase, logo após a coleta de dados, o passo inicial dar-se-á pela transcrição minuciosa das entrevistas, seguida da sua leitura. A transcrição facilita a atenção e o pensamento interpretativo, os quais são necessários para dar sentido aos dados coletados. O investigador tipicamente escreve notas, *insights* e reflexões à medida que os materiais tornam-se conhecidos. Desta forma, faz-se extremamente importante as notas de campo realizadas no decorrer do processo de coleta, haja vista que a partir delas será possível interpretar as informações dadas pelos participantes aliadas à sua linguagem e expressões corporais no momento da fala. O procedimento de análise, portanto, começa com essa transcrição – acompanhada dos registros de comentários, quer de aspectos de melhora do guião, quer de observações face às respostas obtidas e ressaltando que a gravação de áudio possibilitará qualquer perda de informação.

No que toca à leitura, ato a posteriori, as ideias passarão a ser desenvolvidas e classificadas em categorias (Lapadat & Lindsay, 1999). Nesta segunda fase, haverá a

construção de sinopses que permitirão retirar conclusões e identificar relações potenciais entre essas ideias categorizadas. Detalhadamente, no decorrer das leituras e em conjugação com as questões de investigação, pretende-se criar códigos, constituindo-se a etapa conhecida por codificação do material. Os códigos serão gerados, por um lado, com base nos dados e sem tentar encaixar numa teoria de codificação pré-existente (*data-driven*) e, por outro lado, com base nos aspectos que irão de encontro com as questões de investigação estabelecidas (Braun & Clarke, 2006).

Depois da criação dos códigos, os excertos das entrevistas serão associados a eles, ou seja, haverá uma codificação sistemática das entrevistas, por meio da atribuição de unidades de sentido da codificação anteriormente criada. Ao longo desse processo, também se espera tomar notas sobre repetições acerca do discurso dos participantes a fim de serem analisados depois, caso se faça relevante. Nessa perspectiva, a codificação possibilitará estabelecer relações entre as entrevistas e extrair as informações para posterior análise. Para tanto, pretende-se fazer uso de um programa de processamento de dados qualitativos, NVIVO ou QDA Miner, no intuito de melhor organizar os dados obtidos e conseguir uma visão mais ampla e abstrata dos resultados por estes apontados.

Levando-se em conta que as questões de investigação ajudam a criar categorias e subcategorias, haverá uma distribuição das informações de maneira a classificá-las como: a) o uso de instrumentos neurocientíficos em geral, b) neuroexames, c) perícias psiquiátricas e d) casos julgados. Dentro dessa distribuição, serão explorados de forma mais particular i) questões pessoais do entrevistado, focando, principalmente, em conhecer sua percepção e opinião sobre a utilização probatória de instrumentos neurocientíficos no processo penal; ii) suas impressões sobre a importância e relevância da neuroimagem; iii) suas experiências em casos julgados e vinculação da prova neurocientífica à decisão final; iv) a fiabilidade dos métodos neurocientíficos no âmbito processual penal; v) a validade dos instrumentos neurocientíficos no âmbito processual penal; vi) a eficácia dos instrumentos neurocientíficos no âmbito processual penal, dentre outras que podem eventualmente surgir a partir dos dados coletados.

Isto é, com base nas informações dadas pelos entrevistados se extrairão palavras-chave ou frases (por exemplo, fiabilidade, validade e eficácia), as quais tenham transmitido a ideia central referente àquele trecho da entrevista ou àquela determinada categoria/subcategoria, de forma a bem representá-la quando se partir para uma visão geral das informações. Desta forma, acredita-se possibilitar uma melhor classificação e organização

dos dados, sintetizando-os em um conjunto de palavras sucinto que permita transmitir a ideia geral do todo, facilitando a posterior análise.

Todo esse processo, agora numa terceira fase, dirige-se para os dados que tenham sido recolhidos, codificados e agrupados. Proceder-se-á à diminuição do material, a qual envolve a redução de dados identificando padrões, descrevendo e classificando-os categorias que permitam uma interpretação mais ampla dos mesmos. Estas categorias denotam unidades de informação compostas por acontecimentos, eventos e situações que colocam as experiências dos participantes no contexto em análise (Lindseth & Norberg, 2004). Em outras palavras, identificam-se os temas que representam ideias e conceitos capazes de articular os dados codificados. Além disso, é possível que um segmento de significado contenha mais de um sentido essencial, o que implicará em divisões adicionais. Levando-se em consideração que se trata de uma análise qualitativa, outra qualidade interessante é que os resultados permitem a obtenção de *insights* sobre o mundo no qual os magistrados estão inseridos e uma nova perspectiva sobre eles próprios.

Neste estudo, as categorias e subcategorias serão desenvolvidas usando todas as transcrições de forma a captar os pontos de convergência e divergência entre os participantes. Analisar-se-á de maneira sistemática se os temas extraídos são consistentes, isto é, se a partir dos dados codificados os temas fazem sentido ou não. Por fim, espera-se analisar aquilo de mais relevantes em cada tema e a articulação entre eles, buscando-se atingir a saturação teórica para, só então, proceder à estruturação final dos resultados da análise.

3.3. Desafios Futuros

Com a pandemia do Covid-19 e a necessidade de isolamento social, alguns desafios surgiram para toda a sociedade. Nesta linha, variadas atividades foram suspensas, sendo mantidos apenas os chamados serviços essenciais, no intuito de diminuir a circulação de pessoas e evitar aglomerações. Tais questões influenciaram diretamente no mundo acadêmico, principalmente no que diz respeito a recolha de dados por método de abordagem qualitativa.

No âmbito das universidades e pesquisas em geral, apenas laboratórios diretamente relacionados ao Covid-19 seguiram em funcionamento pleno, enquanto os demais tinham ordens de suspensão das atividades. Alguns pesquisadores precisaram dar seguimento aos seus projetos trabalhando em casa, o que fez surgir dificuldades de se ajustar à nova realidade. O Covid-19 realizou esse tipo de alteração porque a emergência sanitária surgida representou

a mudança ríspida de uma condicionante geral da convivência social – com impacto generalizado e rígido em muitos casos – na possibilidade e forma de interação e cooperação entre as pessoas.

Definitivamente, neste projeto, a readaptação se transformou em um grande desafio e gerou muitos ensinamentos. As grandes alterações de circunstâncias foram gerais e totalmente alheias a condutas ou áreas de influência da autora, cujo domínio e controle escaparam completamente. A avidez na escolha do tema foi fruto de uma imensa vontade de interações cara a cara para a coleta de dados em trabalho de campo, com observação, imersão e entrevistas. Obviamente, já se contava com possíveis limitações e percalços no caminho, nomeadamente em relação ao acesso de magistrados nos interiores do estado do Ceará. Entretanto, jamais fora pensada a impossibilidade de realizar a pesquisa da forma como devia ser feita, isto é, no campo, observando ativamente as pessoas e suas vivências de perto. Em verdade, a epidemia situou-se para lá de tudo o que a humanidade podia razoavelmente cogitar.

A partir destas considerações, tentou-se a realização de entrevistas na modalidade *online*, imaginando-se uma maior conveniência para os entrevistados, por permitir que o ato ocorresse em horário, local e dia de maior conveniência para ele, sem a necessidade de deslocamento, ou de dispêndio de horário adicional para os momentos que antecedem ou seguem ao da entrevista.

Eis que vieram à tona alguns entraves. A maior adversidade detectada foi o processo de primeiro contacto com possíveis entrevistados. Com a implementação do *home office* e a mudança do local de trabalho, houve uma imensa dificuldade de contactar os diretores de secretaria ou magistrados. Embora tenham sido realizadas inúmeras tentativas por *email*, o êxito foi mínimo e insignificante para dar seguimento e alcançar os objetivos finais da pesquisa. Além disso, a maioria dos contactos telefônicos disponibilizados nos *sites* oficiais não funcionou ou, por outras diferentes razões, as chamadas não foram completadas.

Outro ponto importante a se destacar são os efeitos da própria pandemia na recolha dos dados. Quais as implicações que entrevistar magistrados *online* nesse contexto pandêmico pode trazer para a pesquisa? Quais as questões éticas devem ser consideradas nesse momento específico? Pode-se mudar o método para conduzir entrevistas *online*?

Em verdade, sabe-se que as alternativas metodológicas para conduzir as pesquisas à distância também trazem considerações éticas específicas. Para tanto, é preciso ter em mente que a saúde e o bem-estar tanto dos pesquisadores como dos participantes deve ser prioridade

sobre todo planejamento para condução da investigação, poupando os mesmos de qualquer estresse adicional desnecessário.

Considerações Finais

O entusiasmo sobre os avanços das Neurociências assenta no grande interesse em reduzir o comportamento desviante ou criminoso, a fim de conduzir à rápida adoção de novas práticas para "tratar cérebros criminosos". As crescentes relações de proximidade entre as Ciências e o Direito são notórias, o que resulta numa influência cada vez mais determinante de métodos neurocientíficos nos processos de criação, interpretação e concretização do Direito Penal, já que o fenômeno jurídico não é compreendido em si ou através de seu conteúdo puramente normativo, mas como consequência de uma realidade social que o sujeita às determinações de certos elementos extrajurídicos que em seu sistema intervenham (Miguel, 2011). Na verdade, embora as finalidades perseguidas nestas matérias sejam diferentes, importantes questões legais (como é o caso da inimputabilidade, por exemplo) estão de mãos dadas com a evolução da compreensão do comportamento humano, o que pode ser aprimorado a partir da interação entre tais campos.

As novas descobertas e perspectivas trazidas pelas Neurociências incitam novos cenários e sugerem debates sobre determinados assuntos que só tendem a opulentar a doutrina e o sistema legal. Todavia, mesmo que os instrumentos neurocientíficos sejam oficialmente considerados como uma espécie de prova instituída no processo penal, pouco se sabe sobre o modo como eles impactam a pena e o campo das decisões. Por esta razão, definimos como objetivo principal desta investigação caracterizar de que modo as evidências neurocientíficas estão sendo utilizadas nos tribunais, avaliando a relevância desse uso, nomeadamente seus limites e potencialidades em casos de crimes contra a vida, bem como o seu impacto na decisão do magistrado sobre a inimputabilidade penal. Realizou-se, para tanto, uma ampla revisão da literatura e, na prática, procurou-se referenciar e sistematizar alguns dos estudos desenvolvidos na área em estudo, bem como elencar as suas principais conclusões.

Perante o cenário jurídico, um dos maiores interesses é a utilização de determinados instrumentos, perícias e técnicas de neuroimagem para o aferimento da imputabilidade do agente, particularmente quanto à formação da prova da anomalia psíquica e dos seus efeitos, em comportamento ilícito penal. Dentro desse panorama, surge a problemática de atestar se as Neurociências podem garantir ou não, com qual precisão, quais indivíduos - portadores de anomalia psíquica - precisariam ser submetidos a uma medida de segurança ou quais deles devem ser considerados imputáveis, em razão de sua anomalia neurológica não ser associada de forma causal ao cometimento de um determinado ato desviante ou criminoso.

Por oportuno, não se pretende colocar em causa a autonomia do Direito em relação às outras ciências, em especial as Neurociências, mas sim dar destaque aos avanços sociais científicos e delinear a melhor maneira de incorporá-los ao Direito. Nesta esteira, vale ressaltar os ensinamentos de Tereza Rodrigues Vieira sobre o tema, que postula que temos que usufruir das novas descobertas científicas em posição de alerta permanente, submetendo-as a uma contínua valoração ética (Vieira, 2003).

Num contexto tempestuoso, as Neurociências surgem como uma via vantajosa para contornar alguns percalços e facilitar a individualização dos estados mentais que afetam as capacidades cognitiva e volitiva daquele que cometeu um ilícito penal. Desta forma, o trabalho conjunto, preservando-se o respeito à racional divisão de tarefas e de competências de cada uma das vertentes aqui em discussão (Figueiredo Dias, 1999), mantém acesa a chama da colaboração entre os juristas e os pesquisadores científicos, de forma à melhor concreção dos ideais de justiça na operacionalização do Direito, em seus âmbitos político, normativo e prático.

No entanto – e apesar – tal como vimos anteriormente, existe uma ampla variedade de questões jurídicas e algumas ainda controversas. No nosso entendimento, a ênfase no Direito não se deve opor às questões filosóficas que permeiam essa correlação entre o Direito e as Neurociências. Por conseguinte, aceitar que na Ciência não existem verdades absolutas e incontroversas, mas sim teorias provisórias que podem ser argumentadas, reflete o caminho mais sensato a seguir. O nosso entendimento vai de encontro com Lourenço (2019), ao afirmar que é necessário que haja um equilíbrio. Ou seja, retirarmos o máximo proveito dos conhecimentos e das descobertas científicas, mas mantendo-nos sempre em alerta, submetendo-as a uma ponderação com os demais elementos de prova.

Com base no presente estudo, podemos concluir que as Neurociências impactam a decisão do tribunal. No entanto, trata-se de uma conclusão pouco fundamentada o que exigirá continuar a ser estudada e aprofundada. Com base nos dados bibliográficos que dispomos, trata-se de uma realidade em expansão. Deste modo, consideramos fundamental que os profissionais do Direito estejam preparados para novas questões que possam surgir à luz dos novos desenvolvimentos das Neurociências. Neste sentido, importa estarem vigilantes em relação à interpretação dos dados neurocientíficos e adaptarem-se às novas circunstâncias e exigências (Aguiar da Rocha, 2015; Gkotsi, Gasser, & Moulin, 2019; Petoft & Abbasi, 2020). Considera-se fundamental que os profissionais do Direito possam estar preparados para as novas questões que possam surgir à luz dos avanços das Neurociências, assegurando-se aos

juízes formação adequada de modo a que possam compreender os pressupostos metodológicos de determinada prova científica.

Quanto à complexa questão da inimputabilidade, a postura mais cautelosa a se adotar parece ser aquela que avalia e valora o contributo em concreto das descobertas e dos resultados provenientes das técnicas de neuroimagem, mas que admite as limitações e lacunas que permeiam esse campo científico. Faz-se essencial um diagnóstico melhor e mais preciso acerca das patologias mentais; da quantidade e qualidade dos dados científicos; da cooperação mútua entre profissionais de diversas áreas e também depende que esses profissionais possuam um conhecimento adequado sobre o assunto. Ademais, deve-se atentar para o caráter normativo dessa categoria jurídica, vez que a atividade desempenhada pelo magistrado tem caráter essencial, ou seja, é necessário que o julgador assuma uma postura crítica, que controla e verifica a confiabilidade das informações que lhe são submetidas.

Na resolução concreta dos fatos, cabe ao juiz dizer o direito aplicável quando da análise casuística, fundamentando-se nos dispositivos legais, nos valores constitucionais e nos saberes extrajurídicos de uma sociedade, de forma a construir, caso a caso, as regras que melhor atenderão às especificidades da lide. A atuação do juiz, portanto, deve respeito aos alicerces e limites axiológicos que conferem legitimação à atividade punitiva estatal. Como visto, somente deverá ser sancionado com penas criminais aquele cuja condição pessoal permita compreender a ilicitude de seu comportamento e se autodeterminar livremente em relação a este entendimento, sob pena de injusta e incorreta aplicação das regras penais.

Por fim, chegou o momento de refletirmos sobre as limitações do trabalho. Na verdade, o período pandémico que atravessa o tempo de desenvolvimento desta tese condicionou a execução da investigação, tal como previsto inicialmente. No nosso entender, a principal limitação, prende-se pela impossibilidade de atestar, do ponto de vista empírico, o impacto da utilização de técnicas neurocientíficas na decisão dos magistrados, tanto em Portugal como no Brasil e de não nos permitir comparar com os resultados alcançados por outros autores, noutros países. Como tal, sugerimos em estudos futuros a aplicação na integra do projeto de investigação proposto no capítulo três, bem como a aplicação do guião de entrevista proposto.

Referências Bibliográficas

- Aguiar da Rocha, A. (2015). Prova em Processo Penal: exame ou perícia? Respetivo valor probatório. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual. In A. Bronze, J. Duarte, J. Albuquerque, O. Coelho & V. Batista (Orgs.), *Declarações para memória futura. Enquadramento Jurídico, Prática e Gestão Processual. Prova em processo penal: Exame ou perícia? Respetivo valor probatório. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual* (191-215). Centro de Estudos Judiciários.
- Albergaria, P. (2004). Aspectos judiciais da problemática da inimputabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 14(3), 381-396.
- Albuquerque, P. (2009). *Comentário do código de processo penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. (3ª Ed.). Universidade Católica.
- Algeri, L. (2013). Accertamenti neuroscientifici, infermità mentale e credibilità delle dichiarazioni. *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 4, 1915.
- Allen, C. H., Vold, K., Felsen, G., Blumenthal-Barby, J. S., & Aharoni, E. (2019). Reconciling the opposing effects of neurobiological evidence on criminal sentencing judgments. *PLoS ONE*, 14(1). <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0210584>
- Almeida, C. (2002). A inimputabilidade por anomalia psíquica: questões jurídicas de ordem substantiva e processual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 43(2), 1005-1018.
- Almeida, C. (2003, janeiro). *A inimputabilidade por Anomalia Psíquica: questões jurídicas de ordem substantiva e processual*. Comunicação apresentada na Sessão de Cultura Judiciária e Temas da Especialidade, Faculdade de Direito Universidade de Lisboa.
- Almeida, C. (2003). *Modelos de Inimputabilidade – Da teoria à prática*. Almedina.
- Amado, J. (2014). *Manual de investigação qualitativa em educação*. Imprensa da Universidade de Coimbra.
- Anderson, N. E. & Kiehl, K. A. (2020). Re-wiring Guilt: How Advancing Neuroscience Encourages Strategic Interventions Over Retributive Justice. *Frontiers in Psychology*, 11, 1-12. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.00390>
- Androvandi, C., Serafini, A., Trentini, C. & Coelho, E. (2007). Imputabilidade penal, capacidade cognitiva e instrumentos de medida psicológica. *Revista Psicologia em foco*, 1(1), 49-62.

- Antunes, I. (2009). Enquadramento jurídico: perícias sobre a personalidade. *Ousar integrar: revista de reinserção social e prova*, 4, 77-87. <https://www.provedor-jus.pt/biblioteca/ousar-integrar-revista-de-reinsercao-social-e-prova-0004-ano-0002/>
- Antunes, M. (2018). *Direito processual penal*. (2ª ed.). Almedina.
- Antunes, M. (2002). Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica. Coimbra Editora.
- Aono, D., Yaffe, G., & Kober, H. (2019). Neuroscientific evidence in the courtroom: a review. *Cognitive Research: Principles and Implications*, 4, 40. <https://doi.org/10.1186/s41235-019-0179-y>
- Areh, I. (2020). Forensic assessment may be based on common sense assumptions rather than science. *International Journal of Law and Psychiatry*, 71, 101607. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2020.101607>
- Barreiros, J. A. (2014). Prova pericial: uma oportunidade perdida. In A. Leite (Org.), *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma reforma "cirúrgica"?* (pp. 203-216). Coimbra Editora.
- Blumer, H. (1969). *Symbolic interactionism: Perspective and method*. University of California Press.
- Buckholtz, J. W., & Faigman, D. L. (2014). Promises, promises for neuroscience and law. *Current Biology*, 24(18), R861–R867.
- Bueso-Izquierdo, N., Hart, S. D., Hidalgo-Ruzzante, N., Kropp, P., & Pérez-García, M. (2015). The mind of the male batterer: A neuroscience perspective. *Aggression and Violent Behavior*, 25, 243–251. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2015.09.009>
- Braun, V. & Clarke, V. (2006). Using thematic analysis in psychology. *Qualitative research in psychology*, 3(2), 77-101.
- Braun, V. & Clarke, V. (2013). *Successful qualitative research: A practical guide for beginners*. Sage Publishing.
- Caires, M. (2003). *Psicologia Jurídica: implicações conceituais e aplicações praticas*. Vetor.
- Câmara, A. (2016). *O Novo Processo Civil Brasileiro*. (2ª ed.). Atlas.
- Carvalho, A. (2008). *Direito Penal. Parte Geral - Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime* (2.ª ed.). Coimbra Editora.
- Castro, C. (2020). A prova pericial como standard (lendo um ensaio de Danilo Knijnik). *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 4, 655-677.
- Cavaleiro de Ferreira, M. (1986). *Curso de Processo Penal*. Editora Danúbio.

- Chandler, J. A. (2015). The use of neuroscientific evidence in Canadian criminal proceedings. *Journal of Law and the Biosciences*, 550–579. <https://doi.org/10.1093/jlb/lsv026>
- Código de Processo Civil (2015). Presidência da República, Secretaria Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. LEI N° 13.105.
- Código de Processo Penal (2019). Diário da República Eletrónico. Decreto-Lei n.º 78/87 - Diário da República n.º 40/1987.
- Código de Processo Penal (2019). Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Vide Lei n° 13.964.
- Código penal (2017). *Brasília : Senado Federal*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas.
- Cohen, C. (1996). Medida de segurança. In C. Cohen, F. Ferraz & M. Segre (Orgs.), *Saúde mental, crime e justiça* (pp. 77-86). Edusp.
- Conselho Nacional dos Peritos Judiciais da República Federativa do Brasil (2010). Código de Ética Profissional e Disciplinar do Conselho Nacional dos Peritos Judiciais da Republica Federativa do Brasil. Retirado de <https://conpej.org.br/codetica.pdf>.
- Conti, C. (2013). La prova scientifica. In P. Ferrua, E. Marzaduri & G. Spangher (Ed.), *La prova penale* (pp. 87-119). Giappichelli.
- Cordeiro, D. C. J. (2003). *Psiquiatria Forense*. Fundação Calouste Gulbenkian.
- Cornet, L. J. M. (2019). How to introduce neuroscientific measures in judicial practice? A perspective paper. *Journal of Criminal Justice*, 65, 101534. <https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2018.01.002>
- Correia, E. (2008). *Direito Criminal – I*. Almedina.
- Cosmo, E. M., Pertussatto, E. W., Mahlmann, H. O. B., & Batista, O. H. S. (2011). *A inimputabilidade penal dos doentes mentais*. Conteúdo Jurídico.
- Costa, J. (2011). A Relevância jurídico-penal das perturbações da personalidade no contexto da inimputabilidade. *Revista Julgar*, 15, 53-81. <http://julgar.pt/a-relevancia-juridico-penal-das-perturbacoes-da-personalidade-no-contexto-da-inimputabilidade/>
- Costa, M. (s.d.). *Inimputabilidade, Anomalia Psíquica e Medidas de Segurança*. Carlos Pinto de Abreu e Associados. Sociedade de Advogados. [https://carlospintodeabreu.com/publicacoes/inimputabilidade-anomalia-psiquica-e-medidas-de-seguranca/..](https://carlospintodeabreu.com/publicacoes/inimputabilidade-anomalia-psiquica-e-medidas-de-seguranca/)
- Eagleman, David. (2011). *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Rocco.
- Felippe, M. S. (2011). *Medida de Segurança*. Cartilha. Universidade Ulbra.

- Ferrajoli, L. (2002). *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. (6ª ed.). Editora Revista dos Tribunais.
- Ferreira, M. C. (2010). *Lições de Direito Penal. Parte Geral. I – A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. II – Penas e medidas de segurança*. Almedina.
- Figueiredo Dias, J. (2001). *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra Editora.
- Figueiredo Dias, J. (2012). *Direito Penal – Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais - A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra Editora.
- Figueiredo Dias, J. (2019). *Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. (3ª Ed.). Gestlegal.
- Flick, U. (2005). *Métodos qualitativos na investigação científica*. Monitor.
- Flick, U. (2009). *An introduction to qualitative research*. (4ª. ed). Sage Publications Ltd.
- Gama, A., Latas, A., Correia, J. C., Lopes, J., Triunfante, L., Dias, M., Mesquita, P., Albergaria, P. & Milheiro, T. (2019). *Comentário judiciário do código de processo penal.Tomo II*. Coimbra: Almedina.
- Garrett, B. L., Gardner, B. O., Murphy, E., & Grimes, P. (2021). Judges and forensic science education: A national survey. *Forensic Science International*, 321, 110714. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2021.110714>
- Gáscon Abellán, M. (2010). Prueba científica: mitos y paradigmas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 81-103. DOI: <https://doi.org/10.30827/acfs.v44i0.500>
- Gaspar, A. (2014). *Código de processo penal: comentado*. Almedina.
- Gkotsi, G. M., Moulin, V. & Gasser, J. (2015). Les neurosciences au Tribunal : de la responsabilité à la dangerosité, enjeux éthiques soulevés par la nouvelle loi française. *L'Encéphale*, 41(5), 385–393.
- Gkotsi, G., & Gasser, J. (2016). Critique de l'utilisation des neurosciences dans les expertises psychiatriques : le cas de la responsabilité pénale. *L'Évolution Psychiatrique*, 81(2), 434–445. <https://doi.org/10.1016/j.evopsy.2015.10.002>
- Gkotsi, G., Gasser, J., & Moulin, V. (2019). Neuroimaging in criminal trials and the role of psychiatrists expert witnesses: A case study. *International Journal of Law and Psychiatry*, 65, 101359. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2018.05.007>
- Gomes de Sousa, J. (2011). “Perícia” técnica ou científica revisitada numa visão práctico-judicial. *Julgar*, 15, 27-52. <http://julgar.pt/a-pericia-tecnica-ou-cientifica-revisitada-numa-visao-pratico-judicial/>

- Gonçalves, M. (2001). *Código de processo penal : anotado: legislação complementar*. (12ª Ed.). Almedina.
- Greene, E. & Cahill, B. (2012). Effects of neuroimaging evidence on mock juror decision making. *Behavioral Sciences & the Law*, 30(3), 280-296. DOI: 10.1002/bsl.1993
- Gurgel R. (2012). *Medicina legal: a precariedade da psiquiatria forense no âmbito penal*. Trabalho de conclusão de curso [Bacharel em Direito] da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena da Universidade Presidente Antônio Carlos.
- Hafner, M. (2019). Judging homicide defendants by their brains: an empirical study on the use of neuroscience in homicide trials in Slovenia. *Journal of Law and the Biosciences*, 6, 226–254. <https://doi.org/10.1093/jlb/lbz006>
- Hercules H. C. (2005). Estudo Médico-Legal da Imputabilidade e da Responsabilidade Penal. In: H. C. Hercules (Ed.). *Medicina Legal: texto e atlas*. (2ª ed.). Atheneu.
- Hungria, N. & Fragoso, H. (1978). *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense.
- Hungria, N. & Fragoso H. C. (1983). *Comentários ao Código Penal*. (6ª edição). Rio de Janeiro: Forense.
- Huss, M. T. (2011). *Psicologia Forense: pesquisa, prática clínica e aplicações*. Artmed.
- Knijnik, D. (2017). *Prova pericial (e seu controle no direito processual brasileiro)*. Editora Revista dos Tribunais.
- Lagier, D. (2013). ¿La tercera humillación? (Sobre Neurociencia, Filosofía y libre albedrío). In Taruffo, M. & Fenoll, J. *Neurociencia y proceso judicial* (pp. 25-42). Marcial Pons.
- Lapadat, J. C., & Lindsay, A. C. (1999). Transcription in research and practice: From standardization of technique to interpretive positionings. *Qualitative inquiry*, 5(1), 64-86. <https://doi.org/10.1177/107780049900500104>
- Laúde, A., Mathieu, B., & Tabuteau, D. (2007). *Droit de la Santé*. Presses Universitaires de France.
- Leão, M. (2020). A Ética e a responsabilidade criminal do Perito Judicial. JusBrasil. <https://marjorieleao.jusbrasil.com.br/artigos/870410822/a-etica-e-a-responsabilidade-criminal-do-perito-judicial>.
- Lindseth, A. & Norberg, A. (2004). A phenomenological hermeneutical method for researching lived experience. *Scandinavian journal of caring sciences*, 18(2), 145-153. DOI: 10.1111/j.1471-6712.2004.00258.x
- Lobo, F. G. (2015). *Código de Processo Penal Anotado*. Almedina.
- Lopes J. (2017). *Direito Processual Penal*. (14ª ed.). Saraiva.

- Lourenço, M. (2019). O recurso à neurociência como meio de prova da inimputabilidade em razão de anomalia psíquica nos processos de natureza criminal: (des)mistificação dos seus contributos e repercussões nos direitos dos arguidos. In A. Gonçalves; M. Almeida; M. Gonçalves; M. Lourenço; P. Venâncio; T. Moreira; T. Costa, *Anuário de Direitos Humanos - nº2*. Braga: Centro de Investigação em Justiça e Governação. <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/67496/3/O%20recurso%20a%20neurociencia%20como%20meio%20de%20prova%20da%20inimputabilidade.pdf>
- Malcher, F. S. (2009). *A questão da inimputabilidade por doença mental e a aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico atual*. <http://jus.com.br/revista/texto/12564>.
- Martins de Barros, D. (2015). *Psiquiatria Forense: interfaces jurídicas, éticas e Clínicas*. Elsevier.
- Meliá, M. (2012). Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias. In B. Sánchez (coord.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias* (pp. 261-286). Aranzadi Thomson Reuters.
- Meyer, L. F., & Valença, A. M. (2021). Factors related to bias in forensic psychiatric assessments in criminal matters: A systematic review. *International Journal of Law and Psychiatry*, 75, 101681. DOI: 10.1016/j.ijlp.2021.101681
- Meynen, G. (2019). Forensic psychiatry and neurolaw: Description, developments, and debates. *International Journal of Law and Psychiatry*, 65, 101345. DOI: 10.1016/j.ijlp.2018.04.005
- Miguel, V. (2011). Análise sociológica do direito internacional: a crítica pós-colonial e marxista ao eurocentrismo do Jus Gentium. *Revista Sociológica Jurídica*, 12, 1-19.
- Moniz, H. (2015). Neurociências e direito penal: novos e velhos problemas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2, 911-928. https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0911_0928.pdf
- Monção, A. (2015). *Um breve cotejo entre os meios de provas e os princípios aplicados ao direito português e ao direito brasileiro*. <https://jus.com.br/artigos/45146/um-breve-cotejo-entre-os-meios-de-provas-e-os-principios-aplicados-ao-direito-portugues-e-ao-direito-brasileiro>
- Moran, R. (1981). *Knowing right from wrong: The insanity defense of Daniel McNaughtan*. The Free Press.
- Mourão-Júnior, C. A., Oliveira, A. O., & Faria, E. L. B. (2011). Neurociência Cognitiva E

- Desenvolvimento Humano. *Temas Em Educação e Saúde*, 7, 9–30. DOI: <https://doi.org/10.26673/tes.v7i0.9552>
- Moulin, V., Mouchet, C., Pillonel, T., Gkotsi, G. M., Baertschi, B., Gasser, J., & Testé, B. (2018). Judges' perceptions of expert reports: The effect of neuroscience evidence. *International Journal of Law and Psychiatry*, 61, 22–29. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2018.09.008>
- Neves, R. V. (2011). *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)*. Coimbra Editora.
- Nucci, G. S. (2009). *Manual de direito penal. Parte Geral, Parte Especial*. (5ª ed.). Revista dos Tribunais.
- O'Connell, G. (2011). Tracking the impact of neuroethics. *Cortex: A Journal Devoted to the Study of the Nervous System and Behavior*, 47(10), 1259–1260. <https://doi.org/10.1016/j.cortex.2011.04.020>
- O'Gorman, A. (2009). *Fear of Crime in Ireland and its Impact on Quality of Life*. Department of Justice, Equality and Law Reform.
- Otto, R. K., & Heilbrun, K. (2002). The practice of forensic psychology: A look toward the future in the light of the past. *American Psychologist*, 57, 5-18. DOI: 10.1037//0003-066x.57.1.5
- Pardo, M., & Patterson, D. (2013). *Minds, Brains, and Law: the conceptual foundations of Law and Neuroscience*. Oxford University Press.
- Peres, M., & Filho, A. (2002). A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, 9(2), 335-355. <https://doi.org/10.1590/S0104-59702002000200006>
- Perotti, D. C. O., & Siqueira, I. L. S. M. (2011) A perícia psicológica e seu papel como prova nos processos judiciais. In M. Carvalho, Fontoura, T., & Miranda, V. R. (Orgs.). *Psicologia Jurídica – Temas de Aplicação*. Curitiba: Juruá.
- Petoft, A., & Abbasi, M. (2020). Current limits of neurolaw: A brief overview. *Médecine & Droit*, 2020(161), 29–34. <https://doi.org/10.1016/j.meddro.2019.11.002>
- Posner, M. I. & Rothbart, M. K. (2005). Influencing brain networks: implications for education. *TRENDS in Cognitive Sciences* 9(3), 99-103. DOI: 10.1016/j.tics.2005.01.007
- Raine, A. (2008). From genes to brain to antisocial behavior. *Current Directions in Psychological Science*, 17(5), 323–328. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8721.2008.00599.x>

- Reid, C. A., & Howes, L. M. (2020). Communicating forensic scientific expertise: An analysis of expert reports and corresponding testimony in Tasmanian courts. *Science & Justice*, 60(2), 108–119. <https://doi.org/10.1016/j.scijus.2019.09.007>
- Rovinski, S. L. R. (2004). *Fundamentos da Perícia Psicológica forense*. Vetor.
- Rovinski, S. L. R. (2000). Perícia psicológica na área forense. In J. Cunha (Ed.). *Psicodiagnóstico* (183-185). Artes Médicas.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal – parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Civitas.
- Santos, G. (2014). *Princípios e prática processual penal*. Coimbra Editora.
- Santos, S., & Henriques, M. (2008). *Noções Elementares de Direito Penal*. (3.^a ed.). Rei dos Livros.
- Serafim, A., Saffi, F., Marques, N., Acha, M., & Oliveira, M. (2017). *Avaliação neuropsicológica forense*. Pearson Clinical Brasil.
- Shine, S. (2009). *Andando no fio da navalha: riscos e armadilhas na confecção de laudos psicológicos para a justiça*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, Brasil. <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-25022010-100314/pt-br.php>.
- Silva, D. (2006). *Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro*. Casa do Psicólogo.
- Silva, F. (2019). A prova pericial e seu controle pelo juiz no novo CPC. *Revista Justiça & Cidadania*. <https://editorajc.com.br/a-prova-pericial-e-seu-controle-pelo-juiz-no-novo-cpc/>
- Silva, G. (2012). *Direito penal português: teoria do crime*. Universidade Católica Editora.
- Silva, R. (2011). Psicopatologia e enclausuramento. *Psicologia*. Pt. <https://www.psicologia.pt/artigos/textos/TL0291.pdf>
- Silva, S. (2017). It's all in your head? — a utilização probatória de métodos neurocientíficos no processo penal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 20(1), 477-512.
- Silverman, D. (2000). *Doing qualitative research: A practical handbook*. CA: Sage.
- Sousa, J. (2011). A “perícia” técnica ou científica revisitada numa visão prático-judicial. *Revista Julgar*, 15, 27-52. <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/02-JULGAR-A-per%C3%ADcia-t%C3%A9cnica-ou-cient%C3%ADfica.pdf>
- Sousa, S. (2014). Responsabilidade Criminal pelo Produto e o Topos Causal em Direito Penal – Contributo para uma Proteção Penal dos Interesses do Consumidor. Coimbra Editora.

- Sousa, S. (2017). *Neurociências e direito penal: em busca da "verdade" perdida (na mente)? Nótulas à margem do "Caso Ricla"*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- Steinar, K. (1996). *Interviews: An introduction to qualitative research interviewing*. Sage Publications.
- Taborda, J., Chalub, M., Elias, A. (2016). *Psiquiatria Forense*. (3ª ed.). Artmed.
- Taruffo, M. (1986). Note per una riforma del diritto delle prove. *Rivista di diritto processuale*, 41(2-3), 237-292.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Taruffo, M. (2012). *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. Marcial Pons.
- Teixeira, J. M. (2006). *Inimputabilidade e Imputabilidade Diminuída- Considerações sobre a aplicabilidade destas noções em Psiquiatria Forense*. Editorial.
- Turner, B. A. (1994). Patterns of crisis behaviour: a qualitative inquiry. In A. Brymand & R. Burgess (Ed.). *Analyzing qualitative data* (pp.195-215). Routledge.
- Verger, D. M. (1992). The making of the insanity plea. *American Journal of Forensic Psychology*, 10, 35-47.
- Vieira, T. (2003). *Bioética e Direito*. Jurídica Brasileira, 145, 197-200.
- Zavataro, B. (2021). Inocentados juridicamente; condenados cientificamente: periculosidade, justiça penal e perícia médico-psiquiátrica no Brasil. O caso do Tribunal do Júri de Curitiba (1950-1985).

Anexos

ANEXO 1 – Modelo de Termo de consentimento informado



TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO ENTREVISTA

Convidamo-lo a participar do Projeto **“A Utilização Probatória da Perícia Psiquiátrica e de Métodos Neurocientíficos na Decisão sobre a Inimputabilidade Penal”**, o qual está a ser desenvolvido no âmbito do Mestrado em Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pela mestrandia Larisse Pontes Aguiar de Oliveira, sob a orientação da Senhora Professora Doutora Sandra Oliveira e Silva e coorientação do Senhor Professor Doutor Pedro Manuel Rocha Almeida, cujo objetivo é perceber como a utilização probatória da perícia psiquiátrica e de métodos neurocientíficos nos processos penais pode influenciar a decisão final, nomeadamente ao que concerne à inimputabilidade do agente e à avaliação da responsabilidade criminal em casos de crime contra a vida.

Nesta fase da pesquisa, a tarefa de Vossa Excelência consiste em responder a um Guião de Entrevista, elaborado num formato semiestruturado, com a intenção de aceder às experiências vivenciadas por magistrados em sua vida laboral, seus conhecimentos teóricos acerca das Neurociências, sua opinião sobre o uso de provas neurocientíficas nos casos de crimes contra a vida - principalmente no que diz respeito às perícias psiquiátricas e exames de neuroimagem – suas percepções quanto a mais valia de provas dessa natureza e o princípio da livre apreciação da prova, além da utilização dessas técnicas para o aferimento da inimputabilidade do agente por anomalia psíquica.

Salienta-se que, da vossa participação no estudo ou recusa em participar, não advêm quaisquer benefícios ou penalizações para si, ou seja, é um ato totalmente voluntário, podendo retirar-se a qualquer momento, sem que isso lhe traga qualquer consequência.

Para facilitar a recolha e a análise da informação, pedimos a sua autorização para proceder à gravação da entrevista. O material resultante da entrevista será armazenado em local seguro, sem qualquer informação que permita a sua identificação, e será destruído depois da finalização desta investigação. Serão sempre mantidos o anonimato e a

confidencialidade dos dados pessoais e os resultados obtidos serão usados exclusivamente para o presente estudo. Ressalta-se, ainda, que os dados recolhidos não serão tratados de forma individual, mas analisados mediante as respostas de um grupo de magistrados e ninguém terá acesso às suas informações individuais. Caso o solicite, ser-lhe-ão fornecidos os resultados que vierem a ser divulgados em publicações científicas.

Caso deseje interromper o estudo, solicite-o ao experimentador, em qualquer momento.

Agradecemos a sua participação.

A investigadora: _____

Depois de ouvir as explicações acima referidas, declaro que:

- i) Recebi uma cópia deste documento;
- ii) Li e compreendi a informação que consta neste documento e que fui devidamente informado e esclarecido dos objetivos e das condições de participação na entrevista;
- iii) Tive oportunidade de realizar perguntas e de ser esclarecido acerca de outros aspetos;
- iv) Autorizo a gravação da entrevista (assinalar com x a opção) [☐] Sim [☐] Não

Data e Local:

Assinatura do Participante:

ANEXO 2 – Guião de Entrevista Semiestruturada



GUIÃO DE ENTREVISTA SEMIESTRUTURADA

Informações:

Data:

Local:

Horário do início:

Horário do fim:

Entrevistadora: **Larisse Pontes Aguiar de Oliveira**

Identificação institucional do entrevistado:

Questionamentos:

Bom dia. Antes de mais, gostaria de lhe agradecer pelo seu contributo e disponibilidade. Como referido, esta entrevista tem o objectivo de perceber como a utilização probatória da perícia psiquiátrica e de métodos neurocientíficos nos processos penais pode influenciar a decisão final, no que concerne à inimputabilidade do agente e à avaliação da responsabilidade criminal em casos de crime contra a vida. Para tal, irei fazer alguns questionamentos, aos quais gostaria que respondesse. Também como já lhe foi dito, o seu anonimato e confidencialidade da entrevista serão garantidos. Tem alguma dúvida?

Bloco A – Ambiente Profissional

Para começar, gostaria de fazer algumas perguntas a respeito do seu percurso profissional:

A1. Fale-me um pouco sobre si, por exemplo, como foi e onde se deu sua formação académica?

A2. Há quanto tempo exerce a função de Magistrado e, mais relativamente ao Tribunal do Júri, atua em casos dessa competência desde quando? Pode-me contar um pouco sobre sua experiência?

(CATEGORIA 1)

Bloco B – Das Perícias: Importância e Percepções

Agora, vamos conversar concretamente sobre as perícias e sua força probatória. Acredito que seja até uma modalidade de prova mais familiar para Vossa Excelência!

- B1. E então, em que situações sentiu/sente a necessidade de solicitar uma perícia psiquiátrica? Consegue apontar características específicas de casos em que esse recurso se fez importante?**
- B2. O que Vossa Excelência pretende saber dos peritos quando ordena uma perícia psiquiátrica? Pode me esclarecer sobre a escolha desse ato?**
- B3. De que forma Vossa Excelência se sente vinculado ao parecer dos peritos? Explique-me melhor a sua posição.**

(CATEGORIA 2)

Bloco C - Experiência de Casos Julgados

Bem, quero adentrar propriamente na vossa experiência de casos julgados:

- C1. Já ocorreu de rejeitar algum laudo pericial? Se sim, por qual motivo? Pode me falar um pouco sobre isso.**
- C2. O Código de Processo Civil brasileiro dispõe que a realização de nova perícia pode ser determinada quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida. Essa situação já lhe aconteceu? Se sim, conte-me como foi sua experiência.**
- C3. Quando a defesa alega a presença de perturbação ou anomalia psíquica para ilibar o arguido de um crime, de que modo isso é susceptível de influir na vossa decisão?**
- C4. Vossa Excelência alguma vez alterou uma decisão por causa de um laudo neurocientífico? Se sim, o que motivou isto a acontecer e quais foram as consequências?**

(CATEGORIA 3)

Bloco D – Instrumentos Neurocientíficos em Geral: opiniões e percepções

E então, pensando neste assunto de uma forma mais abrangente:

- D1. Quão frequentemente Vossa Excelência faz uso de instrumentos neurocientíficos no seu dia-a-dia?**
- D2. E em relação à sua percepção individual, o uso de provas neurocientíficas no processo penal é eficaz? Elas podem ajudar na avaliação da responsabilidade criminal do arguido? Se sim, como?**
- D3. Para Vossa Excelência, quais os limites existem no aferimento de uma prova neurocientífica diante da necessidade de um julgamento final? Pode discorrer um pouco sobre isso?**
- D4. Bom, já falamos um pouco dos limites. Agora, gostaria de saber a respeito das potencialidades do uso desse tipo de prova. Quais são? Fale-me um pouco acerca delas.**

(CATEGORIA 4)

Bloco E – Dos Neuroexames: Importância e Percepções

Tratando de modo mais particular no tocante aos exames neurocientíficos:

- E1. Vossa Excelência considera ou não importante o recurso à neuroimagem? Por quê?**
- E2. De que forma se sente vinculado pelo resultado do neuroexame? Exponha-me melhor a sua posição diante disso.**
- E3. Qual a opinião de Vossa Excelência no que diz respeito ao resultado do neuroexame versus a previsão do comportamento criminoso? Pode tecer alguns comentários sobre o assunto?**

Bloco F – Conclusão e Agradecimentos

Pois bem, agradeço imenso vossa disponibilidade e todo o conhecimento e as experiências partilhadas. E para finalizarmos, só uma última questão:

- F1. Por vezes, li na doutrina algo a respeito do “*Test of Memory Malingering*”. Vossa Excelência já ouviu falar dele? [caso necessário - a título de esclarecimento - informar que consiste em um meio de detectar a existência de um comportamento de simulação, seja de esforço reduzido ou exagerado de sintomas, numa tentativa de forjar um diagnóstico]. Já lhe aconteceu de atuar em algum caso assim? Se sim, pode me contar como reagiu e conduziu a situação?**

E6.a Em caso de resposta negativa: Diante desse cenário, qual seria sua postura? Como isso influenciaria na sua decisão?

F2. Há mais alguma coisa que gostaria de acrescentar no que diz respeito ao assunto?

- ✓ Dou por terminada a entrevista e agradeço-lhe novamente a amabilidade pelo tempo que dispensou. As informações prestadas são valiosíssimas e serão essenciais para produzir um conhecimento científico sobre isso. Muito obrigada e desejo-lhe a continuação de um bom dia.