

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

**REFLEXÕES PARA UMA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO ADEQUADA À
PROTEÇÃO DAS PESSOAS PORTADORAS DE SOFRIMENTO MENTAL**
**CONSIDERATIONS FOR A CONSTITUTIONAL THEORY SUITABLE TO
PROTECT PEOPLE WITH MENTAL SUFFERING**

Anna Flávia Magalhães de Caux Barros

Resumo

A ideia central do presente artigo é a de que as teorias brasileiras da Constituição são insuficientes para debater adequadamente a delicada questão do portador de doença mental. Primeiramente, na introdução, traça-se um panorama geral sobre o tema, analisando a omissão da Constituição de 1988 que não cuidou de forma expressa desta minoria socialmente segregada. Em seguida, faz-se um estudo da Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, desenvolvida por Lênio Streck e analisa-se porque tal concepção ainda não se mostra suficiente para garantir uma proteção adequada aos direitos fundamentais do portador de sofrimento mental. Passa-se então a analisar o tratamento dispensado ao doente mental por outras perspectivas jurídicas, notadamente do ponto de vista civil e penal, utilizando-se, para isso, o trabalho específico de autores das referidas áreas. Com isso, passa-se ao ponto central da pesquisa, ao se defender a construção de uma nova teoria da constituição que, fazendo uso de elementos interdisciplinares, consiga albergar de forma satisfatória a proteção dos direitos desta minoria marginalizada.

Palavras-chave: Constitucionalismo brasileiro, Direitos fundamentais, Saúde mental.

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyses the deficiency of Brazilian Constitutional theories to properly discuss the protection of the mentally ill. First, in the introduction, a general overview is outlined, considering that the Brazilian Constitution is silent on such matter. Then, it is examined the Adequate Constitutional Theory to countries of late development elaborated by Lênio Streck and is discussed why this concept is not the most suitable to protect the fundamental rights of the mentally ill. Afterwards, it is analysed the mentally ill treatment by other legal perspectives, particularly by the civil and criminal point of view, through specific studies of those areas. Finally, at the main point of the research, it is defended the construction of a new Constitutional Theory, by using interdisciplinary elements that are able to accommodate satisfactorily the protection of rights of this marginalized minority.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Brazilian constitutionalism, Fundamental rights, Mental health.

1 INTRODUÇÃO: PORQUE AS TEORIAS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRAS NÃO DEBATEM ADEQUADAMENTE A QUESTÃO DO DOENTE MENTAL

O texto constitucional de 1988 além de restabelecer a democracia no Brasil, cuidou também de consolidar a proteção às garantias e aos direitos fundamentais dos cidadãos, e se voltou, definitivamente, à realização da cidadania de forma plena e absoluta. Os dispositivos contidos em seu Título VIII, que cuida da Ordem Social, trataram de fazer referência expressa e assegurar os direitos de diversas minorias marginalizadas, tais como os idosos e os portadores de necessidades especiais tendo, contudo, ficado omissos em relação ao portador de doença mental. Em nenhum momento, a Constituição de 1988 trata de forma expressa da saúde mental, demonstrando que o legislador constituinte não dispensou atenção alguma ao tema.

Na prática, o constitucionalismo brasileiro – assim como ocorre também em outros lugares do mundo – não se mostrou capaz de albergar adequadamente a problemática da realização plena dos direitos fundamentais do portador de sofrimento mental. De um lado, partindo-se de uma perspectiva de inclusão dos doentes mentais, seria possível defender a realização de políticas públicas destinadas a tal fim; de outro, em uma perspectiva mais contemporânea, é possível defender o aprimoramento das formas de interação social das pessoas portadoras de doença mental, por meio da alteridade e a constituição recíproca dos sujeitos de direitos através da compreensão e da capacidade de se colocar na posição do outro. Nem uma coisa e nem outra: a teoria constitucional brasileira não obteve êxito em realizar nenhuma das duas concepções.

Ao debater a omissão constitucional no tocante ao tema, Virgílio de Mattos e Menelick de Carvalho Netto defendem que a Lei 10.251/2001 que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental teria pelo menos em tese, reconhecido aos doentes mentais a titularidade de direitos fundamentais específicos.

No caso do portador de sofrimento ou transtorno mental, o trecho abaixo transcrito pode marcar a distância que separa a sua recente e total exclusão do campo dos direitos fundamentais, da titularidade desses direitos que hoje, por força de lei, devemos a eles constitucionalmente reconhecer.

“Se olharmos as constituições do mundo não vamos encontrar uma só que faça referência à saúde mental como alguma coisa especial que mereça

destaque constitucional. Por que razão será que se considera menos importante a questão da saúde mental?”

Assim é que a afirmação acima deve ser entendida apenas como registro, já histórico, da falta de atenção das constituições anteriores em relação aos direitos fundamentais do portador de sofrimento mental, contudo, o lamento então proferido já revelava que o portador de sofrimento mental não poderia mais ter sua cidadania desconhecida; a eles deveria ser reconhecido o respeito a sua condição de ato na construção da cidadania, ou seja, a garantia da sua titularidade aos direitos fundamentais, exatamente na mesma medida em que são direitos da titularidade de todos os cidadãos (CARVALHO NETTO; MATTOS, 2005, p. 21-22).

Os dois autores criticam a “irracionalidade da racionalidade”, ou seja, a falseabilidade da pretensão de racionalidade defendida pelo iluminismo, já que essa se mostrou, na verdade, totalmente incapaz e insuficiente para encampar e revelar a verdade como conhecimento eterno e imutável, o que se reflete também na superação do conceito positivista da ciência. Partem da ideia de Thomas Kuhn de que a ciência apresenta uma dupla característica: de ser uma criação coletiva e, ao mesmo tempo, produto histórico-social e chegam finalmente a uma indagação que problematiza os riscos e os limites da racionalidade no campo do Direito Constitucional.

Quais excessos de confiança na racionalidade possibilitaram abusos no campo do Direito Constitucional e no da ciência? Com esse rápido exercício de Teoria da Constituição poderemos compreender **porque a leitura a ser feita dos textos constitucionais não mais pode deixar de levar a sério os direitos dos portadores de sofrimento ou transtorno mental, sob pena de ser a leitura mesma inconstitucional.** Bem como compreende porque a leitura clássica, ao contrário, permitia que o Direito pudesse ser empregado, ironicamente em nome do interesse público, do interesse de todos, contra essas pessoas. Possibilitava-se que, na prática elas fossem excluídas de toda e qualquer proteção jurídica. Destruía-se assim, o que se alegava preservar, o espaço público, o respeito aos direitos fundamentais de todas as pessoas. Privatizava-se, desse modo, a própria dimensão pública ao exatamente não se reconhecer a essas pessoas os mais básicos e fundamentais direitos e garantias, tornando a todos os destinatários, ao final, potencialmente vulneráveis e passíveis de sofrer os mais graves abusos (CARVALHO NETTO; MATTOS, 2005, p. 9, grifo nosso)

Os autores defendem que após a Lei 10.216/2001, no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, passou-se a reconhecer aos doentes mentais o direito fundamental à igualdade na diferença, o qual foi conquistado a partir de um processo de “reconhecimento e proteção institucional das diferenças (liberdade) como igualdade (como respeito às diferenças)” e que se revela dentro da concepção de Ronald Dworkin de uma Constituição que constitui uma comunidade de princípios, na qual seus membros se reconhecem reciprocamente como sujeitos livres e iguais. Esse processo decorre ainda da abertura e dinamicidade conferidas ao ordenamento “e de sua dinâmica

como ordem que não pode se fechar”, de modo que “ao se garantir o pluralismo também em termos temporais essa ordem tem que permanecer aberta a dinâmica ínsita ao constitucionalismo e adequada à mutável sociedade cada vez mais complexa inaugurada na modernidade” (CARVALHO NETTO; MATTOS, 2005, p. 18-19).

A Lei 10.216/2001 teve o mérito de reformular o modelo de saúde mental até então vigente no Brasil, trazendo alguns avanços no que diz respeito a melhora da situação dos doentes psiquiátricos. As precaríssimas condições dos hospitais psiquiátricos acabaram sendo denunciadas pela imprensa, e com a pressão da sociedade civil, o debate sobre os direitos humanos do doente mental foi levado para o Congresso Nacional, o que culminou com a promulgação da referida lei. O diploma legal em comento acabou se tornando o primeiro passo para a superação do modelo hospitalocêntrico, já que embora não tenha previsto a integral substituição dos hospitais psiquiátricos, determinou a criação de uma rede extra-hospitalar integrada e diversificada, voltada totalmente para o tratamento seguro e adequado dos portadores de doença mental, a partir de sua reinserção social.

Apesar da superação do modelo hospitalocêntrico ser por alguns considerada um avanço, como assim enxerga os juristas até aqui mencionados – Menelick de Carvalho Netto e Virgílio de Mattos – por outro lado, esse modelo também recebe algumas críticas, por parte daqueles que acreditam que existem razões suficientes para não se defender a nova psiquiatria, fundada, por sua vez, na tese que se opõe, com veemência, à internação. Para essa corrente, a luta contra a internação do doente mental se funda em uma visão preconceituosa da doença mental, na dificuldade das pessoas de assumirem e aceitarem que alguém de sua família seja portador de um sofrimento de tal natureza bem como no desconhecimento – especialmente no caso de famílias menos favorecidas – de como promover a integração social do doente mental e como controlá-lo, mantendo-o livre de outras influências que possam servir de combustão para uma crise, como é o caso do álcool e das drogas. Nesse sentido, o poeta e escritor Ferreira Gullar, pai de dois filhos portadores de esquizofrenia – um deles falecido no ano de 1992, tem, recorrentemente, em entrevistas e artigos, defendido a internação e criticado a falta de leitos nos hospitais psiquiátricos brasileiros, após a edição da Lei 10.216/2001.

Conheci uma família que manteve trancado num quarto, por mais de uma década, um filho com problemas psíquicos. Esse tipo de comportamento decorre quase sempre de uma visão preconceituosa da doença mental, como se sua incidência na família fosse uma espécie de maldição. Era assim no passado. **Hoje, no entanto, são pessoas avançadas que negam a existência**

da doença mental. Segundo elas, trata-se apenas de um relacionamento diferente com o mundo real. Admitir que alguém é louco seria nada mais nada menos que um preconceito. Certamente, quem pensa assim nunca viveu de fato o problema. **Como pega bem mostrar-se avançado, aberto, antirrepressivo, muita gente não apenas nega que a loucura seja doença como, coerentemente, se opõe à internação nos chamados “manicômios”.** [...] É verdade que, no passado, a internação nesses hospitais implicava em agressão física e choques elétricos, mas não por simples crueldade e, sim, pelo desconhecimento das causas da doença e de medicamentos apropriados. Com a descoberta dos remédios neurolepticos, os hospitais psiquiátricos mudaram radicalmente. Hoje, muitas dessas clínicas possuem campos de esporte e salas de leitura e de jogos. Já não lembram em nada os hospícios de antigamente, que mais pareciam prisões. Os adeptos da nova psiquiatria fazem por ignorar essa mudança para justificar sua tese contra a internação. **Essa tese surgiu em Bolonha, onde foi implantada com resultados desastrosos: os doentes pobres terminavam nas ruas como mendigos. Isso já começa a acontecer no Brasil que, tendo adotado a tal nova psiquiatria, levou à extinção de mais de 30 mil leitos em hospitais públicos. Quem tem recursos interna seus doentes em clínicas particulares, enquanto os doentes pobres morrem na rua.** [...] Tive oportunidade de conversar com pessoas que se opõem à internação de doentes mentais e me dei conta de que nada sabem da doença e aceitam a nova psiquiatria por acreditarem que favorece aos doentes (GULLAR, 2014, grifo nosso).

Como se vê, o problema se revela de tal maneira delicado que sequer se pode dizer que há consenso sobre o modelo consagrado em uma lei relativamente recente, editada em 2001. Ao assegurar direitos ao portador de transtorno mental, a Lei 10.216, voltou-se para uma política de tratamento e apoio ao doente mental e não para a sua segregação social. Apesar de ter significado um expressivo avanço na proteção dos direitos do doente mental, especialmente no que diz respeito a dignidade de seu tratamento, nenhuma modificação ocorreu em relação à sua situação jurídica, nem no campo cível e nem no campo penal, permanecendo as previsões relativas à medida de segurança e a incapacidade civil absoluta, fundada na teoria clássica das incapacidades. No campo constitucional, também nenhuma mudança paradigmática foi feita. Tudo isso confirma a ideia central deste artigo e o fato de que nossas teorias constitucionais – que receberam influências norte-americanas, alemãs e francesas – se mostraram insuficientes para debater adequadamente o tema.

Para confirmar as ideias expostas, este trabalho apresentará a seguir teoria constitucional desenvolvida contemporaneamente pelo jurista brasileiro Lênio Luiz Streck e demonstrará as razões de sua insuficiência para tratar adequadamente do tema. Em seguida, será feita uma visita ao direito penal e ao direito civil para se traçar um panorama de como o portador de doença mental é tratado dentro dessas áreas, sem que se deixe de trazer à tona as críticas doutrinárias feitas a esses tratamentos. Assim, por

meio de uma revisão teórico-doutrinária do tema proposto, serão acentuados aspectos conceituais e construídas críticas sobre o objeto da pesquisa para, ao final, se demonstrar o objetivo final do trabalho, que é defender a construção de uma nova teoria da constituição que, fazendo uso de elementos interdisciplinares, consiga albergar de forma satisfatória a proteção dos direitos do portador de sofrimento mental.

2 DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE ADEQUADA A PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA DE LÊNIO LUIZ STRECK

Dentro do constitucionalismo brasileiro, algumas teorias constitucionais ganharam maior notoriedade e destaque. Dentre elas, optou-se por trabalhar neste artigo a Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, desenvolvida pelo Prof. Lênio Luiz Streck. Neste ponto, portanto busca-se resgatar os principais elementos de tal teoria para, ao final, demonstrar porque essa também não se mostra suficiente para garantir a proteção adequada do doente mental no Brasil.

Ao introduzir sua teoria, Streck promove um debate sobre o constitucionalismo contemporâneo passando pelas noções de constituição dirigente, de força normativa da Constituição e de Constituição compromissória para então, questionar se a tese da Constituição dirigente permanece válida. Para responder a pergunta que ele próprio lançou, o autor retoma as bases da doutrina de J. J. Gomes Canotilho, professor português autor da obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, publicada em 1982 e que influenciou tantos juristas, inclusive brasileiros, a abraçarem a tese da constituição dirigente e compromissória.

Apesar de receber grande influência da obra do autor português, Streck deixa claro que a tese de Canotilho não pode ser totalmente albergada no direito brasileiro, em razão das especificidades de seu surgimento ligadas à própria história de Portugal e do contexto da promulgação da Constituição portuguesa de 1976, diferente do contexto brasileiro em 1988. A Constituição de Portugal de 1976 sucedeu a Revolução dos Cravos, ocorrida em 1974, que teve caráter socialista e colocou fim a ditadura salazarista. Como resultado da revolução, seu texto possuía forte carga social e conteúdo eminentemente programático, propondo inclusive a transição da produção para o socialismo.

Esse caráter revolucionário, conforme destaca o próprio Streck, não se fez presente na Constituição brasileira de 1988 que “não contém, ao contrário do que continha em sua origem a portuguesa, uma função normativo-revolucionária” (STRECK, 2014, p. 140).

Ora, a tese da Constituição dirigente e compromissária dizia respeito, originariamente, à Constituição portuguesa, que tinha um texto de caráter revolucionário, na medida em que até mesmo especificava a transformação do modo de produção rumo ao socialismo. As sucessivas revisões constitucionais em Portugal acabaram por retirar o caráter revolucionário do Texto Maior português, ocorrendo aquilo que foi chamado por Vital Moreira de “normalização constitucional”. Já a Constituição brasileira ficou distante dessa veia revolucionária que estava explícita na Constituição de Portugal. Com efeito, enquanto aquela claramente apontava para a transformação do modo de produção do Estado português, esta – embora isso significasse um expressivo avanço - limitou-se a apontar para a transformação do modelo de Estado (Estado Democrático de Direito), restringindo-se, no plano econômico, a estabelecer as bases (núcleo político) de um Estado Social (*Welfare State*) (STRECK, 2014, p. 140).

Para Streck, a teoria da constituição mais adequada a uma determinada realidade é aquela que considera os aspectos históricos e fáticos dessa localidade, isto é, “é necessário que se entenda a teoria da Constituição enquanto uma teoria que resguarde as especificidades histórico-factuais de cada Estado-nacional” de modo que “a Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo, não há “constitucionalismo”, e, sim, vários constitucionalismos” (STRECK, 2014, p. 140-141).

Streck sedimenta sua teoria dizendo que a teoria da Constituição pode conter um determinado núcleo, albergado por uma teoria geral da Constituição, capaz de se impor em todos os países que adotaram o modelo do Estado Democrático de Direito. Esse núcleo se assentaria, fundamentalmente, em dois pilares, quais sejam, o respeito aos direitos fundamentais e ao regime democrático. Além dele, é preciso que se firme um outro núcleo mais específico e que, por sua vez, seja variável de acordo com a realidade fática de cada país.

A teoria da Constituição deve conter um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado, como já se viu à saciedade, no binômio democracia e direitos humanos-fundamentais. Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente. Já os demais substratos

constitucionais aptos a confortar uma teoria da Constituição derivam das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado.

Dito de outro modo, afora o núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição que, inexoravelmente, será diferenciado de Estado para Estado (STRECK, 2014, p. 141).

Esse núcleo específico seria, na opinião de Streck, composto pelos direitos fundamentais sociais consagrados em cada texto constitucional e que se relacionam às promessas da modernidade, ainda não cumpridas nos países periféricos. Assim, o resgate das promessas descumpridas da modernidade formaria o núcleo específico, a compor a teoria da Constituição no caso de países periféricos.

Segundo o autor, para os países periféricos, a existência desse núcleo específico composto pelos direitos fundamentais sociais seria fundamental para a consagração de uma teoria da constituição que receberia o nome específico de “Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia, como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática” (STRECK, 2014, p. 141). Trata-se de um constitucionalismo compromissário-dirigente adequado a países que precisam, antes de tudo, construir “as condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade descumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentem o próprio Estado Democrático de Direito”, quais sejam, o absoluto compromisso com a democracia e com a realização dos direitos fundamentais (STRECK, 2014, p. 141).

A teoria de Lênio Streck não se desprende, em absoluto, de uma teoria do Estado até porque necessita que se construa um espaço público, no qual será possível a efetiva implementação material do texto constitucional. É dentro dessa teoria do Estado que as referidas condições de possibilidade se tornarão evidentes e possibilitarão que se implemente as políticas consagradas na própria Constituição. Por isso, o autor defende a ideia de Constituição Dirigente, resgatada a partir da obra de Canotilho, para defender a vinculação do legislador à realização, de forma permanente, dos preceitos constitucionais, tendo o Estado sim responsabilidade pela condução da vida social. Assim sendo, nas palavras do autor: “o que permanece da noção de Constituição dirigente é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas.” (STRECK, 2014, p. 142).

Resta claro que Streck atribui à validade da tese da Constituição Dirigente, no caso brasileiro e nos demais países a que atribui o nome de “países de modernidade tardia”, ao elevado déficit no cumprimento das promessas da modernidade, entendendo-se por tal expressão, os dispositivos constitucionais contidos no texto de 1988 que ainda não foram efetivados e que são componentes essenciais ao próprio Estado Democrático de Direito. Essas promessas da modernidade não efetivadas seriam, dentro da concepção do autor em comento, a igualdade, a justiça social e o respeito aos direitos fundamentais.

No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos no processo constituinte de 1986-1998, ainda estão no aguardo de sua implementação [...]

Com efeito, passadas mais de duas décadas desde a promulgação da Constituição, parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam ineficazes. Essa inefetividade põe em xeque, já de início e sobremodo, o próprio art. 1º da Constituição, que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira, que, segundo o mesmo dispositivo, constitui-se em um Estado Democrático de Direito. [...]

Sendo a Constituição brasileira, pois, uma Constituição social, dirigente e compromissória – conforme o conceito que a tradição (autêntica) nos legou -, é absolutamente possível afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas (incumpridas) da modernidade (“promessas” entendidas como “direitos insculpidos em textos jurídicos produzidos democraticamente”). (STRECK, 2014, p. 39).

Assim, o autor defende o caráter dirigente e compromissário do texto constitucional brasileiro, especialmente em virtude da realidade brasileira que em muito se distancia da dos países europeus. Assim, a “tese reinventada” do dirigismo constitucional compromissário continuaria, na ótica de Streck, vigente no Brasil, ainda que o próprio Canotilho defenda, para a realidade portuguesa, a “morte da Constituição dirigente”. Segundo o autor português, uma vez consolidada as instituições democráticas e ultrapassada a “fase revolucionária”, torna-se prejudicial a positivação constitucional de um normativismo que atribua ao Estado toda a responsabilidade pela conduta da vida social e sustenta isso a partir das transformações ocorridas em Portugal nos últimos anos, nos campos político, cultural, social e econômico, especialmente a partir da adesão do país ao bloco europeu, e da reformulação do conceito de soberania nos dias atuais, que se seguiu à ampliação do direito internacional a ao condicionamento da autonomia constitucional dos Estados, imposto pela globalização e pela formação dos blocos regionais.

Contudo, para Streck, isso não importa entender que, em realidades como a brasileira, “onde as promessas da modernidade continuam não cumpridas e onde o

Welfare State não passou de um simulacro, não possam ter autonomia para construir políticas públicas aptas a realizar a justiça social e os desígnios do pacto constituinte de 1986-1998” (STRECK, 2014, p. 144). O autor critica a exclusão causada pela globalização e, principalmente, a onda neoliberal, marcada pelas desregulações e defende que essa tendência vai na contramão do texto constitucional de 1988 que “nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivistas, questão que exsurge claramente da dicção do art. 3º do Texto Magno” (STRECK, 2014, p. 144).

Assim sendo, para a teoria central do autor em comento, os princípios consagrados no art. 3º¹ do texto constitucional expressam a ideologia essencial sobre as finalidades sociais e econômicas do Estado, até porque o referido dispositivo constitui, em sua análise, um verdadeiro programa de ação e de legislação, a pautar todas as atividades estatais. Dessa forma, é preciso que se reivindique a formulação e a execução de políticas públicas que atendam e objetivem a consecução de tais fins.

A Constituição não é simples ferramenta; não é uma terceira coisa que se “interpõe” entre o Estado e a Sociedade. A Constituição dirige, constitui; A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois! (STRECK, 2014, p. 146)

O núcleo essencial fundamental, na concepção de Lênio, são os direitos sociais fundamentais, os quais constituem o que ele denomina de “essência da Constituição” e é pela sua realização que se defende a ideia de programaticidade da Constituição posto que “sem a perspectiva dirigente-compromissária, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição” (STRECK, 2014, p. 147). Além de assegurar os procedimentos democráticos, “é preciso entender a Constituição como algo substantivo, porque contêm direitos sociais, fundamentais, coletivos *lato sensu* que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização” (STRECK, 2014, p. 148).

¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em suma, a Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, desenvolvida por Lênio Streck e até aqui trabalhada, volta-se à formulação de políticas públicas com vistas a atender e implementar, de forma efetiva, os direitos fundamentais sociais que, para ele, constituem a verdadeira essência do texto de 1988. Assim, defende o “dirigismo constitucional compromissário” como última possibilidade para se realizar as promessas não cumpridas da modernidade – ou seja, a realização plena dos direitos fundamentais sociais – já que, em sua concepção, o Estado Social nunca se efetivou na realidade brasileira.

A teoria de Lênio, portanto, faz uma releitura do constitucionalismo dirigente de Canotilho, para adaptá-lo à realidade brasileira e a de outros países periféricos que não lograram êxito em efetivar os direitos sociais apesar de conter em seus textos constitucionais a previsão para tais direitos. Na Carta de 1988, os direitos sociais encontram-se no “Capítulo II” da CR/88, denominado “Dos Direitos Sociais” que, por sua vez, encontra-se no seio do “Título II” do texto constitucional, o qual disciplina os direitos e garantias fundamentais. Nos termos do art. 6º da CR/88, constituem direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Porque revisita a tese da Constituição dirigente, a teoria de Lênio Streck acaba voltando-se para uma concepção de Constituição da esfera pública estatal, que não compreende, contudo algo maior do que a própria esfera pública estatal. Funda-se, essencialmente, na preocupação em ampliar e efetivar os direitos sociais, através de políticas públicas voltadas a tal finalidade, ou seja, por meio da atuação estatal positiva.

É claro que a efetivação dos direitos sociais também é uma preocupação dentro da questão do doente mental, mas a teoria de Lênio, apesar de todo seu brilhantismo, não se presta - até porque esse não parece ser o objetivo do autor - a albergar algo maior que isso, de forma mais específica e contundente, ou seja, não abrange a situação dos portadores de sofrimento mental e a reconhecida incapacidade do Brasil de, até agora, propor soluções ao adequado tratamento do tema, mantendo essa minoria ainda sob grande estigma e marginalidade. Não alberga, entretanto, uma ideia mais contemporânea, voltada para o reconhecimento do outro e para a alteridade e nem a compreensão da importância também das esferas públicas não estatais – como os movimentos e instituições que perseguem objetivos sociais, tais como as organizações não governamentais – a possibilitar a atuação de outros atores na dinâmica social, com o

intuito de, pelo menos, minimizar a intolerância e o preconceito. Por isso, a teoria de Lênio se mostra não inadequada, mas insuficiente para atender à ideia de reconhecimento da minoria composta pelos portadores de doença mental, com vistas a legitimar a sua proteção constitucional.

3 OUTRAS CONCEPÇÕES SOBRE O PORTADOR DE DOENÇA MENTAL: INTERDISCIPLINARIEDADES

A situação jurídica do doente mental é tratada também por outras áreas do direito, notadamente o direito civil e o direito penal. No âmbito cível, o Código Civil brasileiro autoriza a interdição civil do doente mental e consagra sua incapacidade para praticar, pessoalmente, os atos da vida civil, na forma preconizada pelos art. 3º, II c/c art. 4º, II, III c/c art. 1.767, I, III e IV do CC/2002. Na seara criminal, por sua vez, vigora para o infrator portador de doença mental, a previsão relativa à imposição da medida de segurança, na forma do art. 26 c/c art. 96 e 97, todos do Código Penal.

Neste tópico, pretende-se analisar o tratamento dispensado pelo direito civil e penal a tutela jurídica do doente mental, a partir da análise de estudos de autores das respectivas áreas que se debruçaram sobre esta temática.

3.1. O tratamento do doente mental no direito penal brasileiro: breve análise crítica às medidas de segurança

Desde a Reforma do Código Penal, ocorrida em 1984, o art. 26 do referido estatuto passou a adotar o chamado sistema vicariante², pois determinou a isenção de pena para “o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Ao determinar a isenção de pena, a legislação penal extinguiu a possibilidade de cumulação

² Antes da Reforma, o Brasil adotava o sistema duplo-binário que permitia a cumulação da aplicação da pena com a medida de segurança.

da pena (privativa de liberdade ou não) com a medida de segurança, reservando ao infrator acometido por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, chamados de inimputáveis, apenas a última opção – da medida de segurança.

Além disso, após a reforma legislativa de 1984, o art. 96 do CP estabeleceu apenas duas modalidades de cumprimento da medida de segurança: a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e o tratamento ambulatorial. A segunda trata-se de inovação trazida pela Reforma Legislativa e constitui uma modalidade mais liberal de cumprimento da medida, já que não impõe a internação da pessoa em tratamento, permitindo que ela apenas compareça ao hospital em dias que lhe forem determinados, a fim de que lhe seja aplicada a modalidade terapêutica prescrita.

Diferentemente da pena, que repousa seu fundamento na culpabilidade do agente, a medida de segurança se alicerça na periculosidade, a ser comprovada pela prática de determinado fato tipificado pela legislação como crime. A chamada “periculosidade” funda-se em um juízo de probabilidade de que aquele indivíduo possa vir a cometer novos delitos futuramente. Esse juízo tem como variáveis “a conduta antissocial e a anomalia psíquica do agente” (BITTENCOURT, 2007, p. 690). Em outras palavras, o chamado cálculo da probabilidade “se desdobra em dois momentos distintos: o primeiro consiste na comprovação da qualidade sintomática de perigoso (diagnóstico da periculosidade); o segundo, na comprovação da relação entre tal qualidade e o futuro criminal do agente (prognose criminal)” (PRADO, 2014, p. 565).

Trata-se de medida extremamente agressiva que, tal como a pena, permite que o Estado retire total ou parcialmente a liberdade do indivíduo, colocando fora do convívio social e familiar e que, em contradição com a garantia de preservação dos direitos fundamentais, sequer possui duração máxima prevista em lei. Em relação à sua finalidade, a medida de segurança atende a fins preventivos especiais que se fundam “basicamente na periculosidade individual, buscando sua eliminação ou diminuição” (PRADO, 2014, p. 451) e, ainda, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos, “são concebidas como instrumentos de proteção social e de terapia individual – ou como medidas de natureza preventiva e assistencial” (2010, p. 605).

O Prof. Virgílio de Mattos, em suas obras “Trem de Doido: o Direito Penal e a Psiquiatria de mãos dadas” e “Sem Saída: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança” analisou e criticou as medidas de segurança, tendo defendido, na segunda obra, a radical tese da extinção do instituto, em virtude da segregação e exclusão que o encarceramento – travestido pelo rótulo de “internação” – acaba por

provocar. Defende que a medida de segurança coloca o louco infrator em uma situação de negação de direitos, já que é tratado pela dogmática penal como um animal perigoso que precisa ser retirado do convívio da sociedade, sendo-lhe negada até mesmo a condição de sujeito de direitos.

A primeira aberração do instituto é, sem dúvida, a ausência de previsão do prazo máximo de duração da medida que teria, na forma do art. 97, §1º do Código Penal, duração indeterminada, devendo perdurar até a cessação da periculosidade. A omissão legislativa não encontra amparo nem no texto constitucional e nem nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo totalmente desproporcional. A jurisprudência acabou por assentar entendimento de que a medida não pode ultrapassar o limite de trinta anos, fixado no Código Penal como limitação para a pena privativa de liberdade, de modo a não caracterizar a perpetuidade da punição, vedada pelo art. 5º, XLVII da CR/88.

A duração indeterminada das medidas de segurança estacionárias significa, frequentemente, privação de liberdade perpétua de seres humanos, o que representa violação da dignidade humana e lesão do princípio da proporcionalidade, pois não existe correlação possível entre a *perpetuidade* da internação e a *inconfiabilidade* do prognóstico de periculosidade criminal do exame psiquiátrico.

(...)

No Brasil, a literatura especializada, bem como projetos de reforma da legislação penal, fundados nos princípios constitucionais da dignidade humana e da proporcionalidade vinculam a duração máxima das medidas de segurança aplicadas ao *máximo* da pena privativa de liberdade cominada ao fato punível praticado. Contudo, a jurisprudência recente adota critério melhor: o limite máximo da *medida de segurança* aplicada deve coincidir com a pena criminal aplicável ao caso concreto, se o autor fosse imputável (SANTOS, 2010, p. 618, grifo nosso).

Ao discorrer sobre a lacuna legal em relação à duração das medidas de segurança e sobre a não concessão de outros direitos aos infratores doentes mentais, o Professor Virgílio de Mattos, denuncia a lógica segregacionista e excludente que vigora em relação aos portadores de transtorno mental, sem poupar críticas à dogmática penal que a legitima e ao silêncio doutrinário sobre o tema.

Por que, a quem interessa, essa “terra de ninguém” entre o cárcere (não direito) e o “direito” de ser segregado para sempre e sem direitos mínimos que é o hospital psiquiátrico judiciário?

Que lógica perversa é essa (excludente, inconstitucional e ilegal) que transforma o portador de sofrimento mental em um cidadão de segunda classe? Por que não tem ele os mesmos direitos daquele que praticou o crime e não sofria, ao tempo da ação ou omissão criminalizada, de qualquer

patologia mental? Por que, na prática, maiores e mais severas as punições em relação ao portador de sofrimento ou transtorno mental? Por que se permite o fingimento da “solução” sob a esfarrapada capa da legalidade? O tratamento que não cura, a exclusão que só exclui.

Que tratamento é esse que hospitaliza para todo sempre e não deixa margem para qualquer reinserção? (...) Evidentemente que não se pode re-inserir, re-educar, re-socializar a quem quer que seja colocando este cidadão no cárcere ou no hospital psiquiátrico judiciário. Por óbvio.

Por que para o portador de sofrimento mental infrator a “pena máxima”, ou melhor, o limite que a expressão comporta não é obedecido? (...)

O direito penal insiste em não tocar no tema, quer na Academia, quer fora dela. **Esta nossa intervenção tem por escopo exatamente livrar o portador de sofrimento ou transtorno mental infrator do destino inexorável de só sair morto da instituição que deveria trata-lo. Ou talvez tentar protegê-lo das leis que o “protegem”, máscara de técnica e linguagem.**

O direito penal, mero exercício da repressão “legal e nominada como tal” por parte do Estado, qualquer que seja ele, qualquer que seja a forma de governo, tem por objetivo explícito impedir o comportamento indesejado de todos os cidadãos, e por que não?, também do portador de sofrimento mental, em defesa da defesa social. Por isso, deve-se avaliar e quantificar – via saber psiquiátrico – a periculosidade. (MATTOS, 2006, p. 33-35, grifo nosso).

Ao se posicionar sobre o tema, defende que o art. 26 do Código Penal é inconstitucional, já que não encontra amparo nas normas constitucionais, que vedam as penas de caráter perpétuo. Para ele, o mencionado dispositivo “não fora recepcionado na nova constituição, por ser nela inadmissível a prisão perpétua, supostamente aplicada em defesa da sociedade, violando, na realidade, os direitos mais elementares de qualquer membro da sociedade” (MATTOS, 2006, p. 152).

O Prof. Virgílio demonstra, ainda, bastante inquietude em relação ao uso do termo “periculosidade”, essencial para fundamentar a aplicação da medida de segurança. Para ele, esse conceito é dotado de extrema vagueza, repousando sua autoridade no saber psiquiátrico a justificar, em nome da defesa social, a adoção da medida de segurança.

A construção do indefinível estado de periculosidade em vernáculo: **a propensão de alguém para o mal, revelada por seus atos anteriores, ou conjunto de circunstâncias que indicam a possibilidade da prática de um crime, não passa de mera condição de possibilidade, de resto, inerente a qualquer um, hígido em sua capacidade de querer e de entender ou não. Mas esta condição pessoal, “que se constitui em ameaça aos demais e a si próprio”, é vista como uma probabilidade – e não uma possibilidade – de vir a praticar atos violentos e reiterados.** (...)

A lei infraconstitucional denuncia, ao mesmo tempo, a noção de periculosidade como um conceito inoperável juridicamente, pois a exigência de um atestado qualquer, em forma de laudo de ausência de periculosidade, de que qualquer um de nós jamais representará risco para a sociedade é absurda. O risco é inerente à sociedade e não pode nunca ser eliminado. (MATTOS, 2006, p. 148-153, grifo nosso).

Em síntese, o rótulo da periculosidade “não possui nenhum fundamento científico, sendo fruto muito mais de um preconceito oracular sobre o futuro comportamento problemático (“desviante”, “criminoso”) do cidadão problemático do que propriamente de uma situação concreta”. A punição do inimputável não se funda, portanto, nos crimes que praticou, mas na possibilidade de vir a praticar novos atos criminosos algum dia (MATTOS, 2006, p. 167).

Conforme denunciado, a determinação da chamada “periculosidade” funda-se em mera probabilidade de que o portador de transtorno mental que cometeu determinado crime possa vir a cometer no futuro novos atos de violência. Nessa probabilidade imaginária, baseada na futurologia e na concessão de poderes especiais e divinos aos psiquiatras, é que repousa o fundamento da internação, a qual só tem servido para segregar, excluir e para colocar o doente mental em um estado de sujeição absoluta, totalmente privado de direitos e invisível aos olhos da sociedade.

Em parecer escrito para o Conselho Federal de Psicologia acerca da constitucionalidade da aplicação da Medida de Segurança na ordem constitucional inaugurada em 1988 em especial após a aprovação da Lei nº 10.216/2001, Virgílio de Mattos e seu coautor, Menelick de Carvalho Neto, ressaltaram novamente tal posicionamento e não se esquivaram de defender a inconstitucionalidade da medida, especialmente porque permite a prisão perpétua do infrator, sob o argumento da defesa social, retirando-lhe na prática todos os direitos assegurados aos demais criminosos, como o devido processo legal e a ampla defesa, além de reiterarem que a internação se traduz em verdadeiro isolamento do doente, não se revelando, na prática, forma eficaz de tratamento. Nesse parecer, os dois professores destacaram ainda que na forma da Lei 10.216/2001, a internação deve ser adotada apenas em períodos de grave crise, tratando de determinação excepcional ao próprio tratamento, a ser imposta apenas quando todas as outras possibilidades terapêuticas se mostrarem insuficientes, já que o que se deve buscar sempre é a reinserção social do paciente, jamais sua segregação.

A Lei denuncia assim a noção mesma de periculosidade como conceito operável juridicamente, pois a existência de um atestado de que qualquer um de nós jamais representará risco para a sociedade é absurda. O risco é inerente a nossa sociedade e pode-se buscar controlá-lo, nunca eliminá-lo. Trata-se, portanto, de se buscar promover a reinserção social do portador de sofrimento mental, ainda que em conflito com a lei. A medida de segurança, a par de revelar-se instituto não passível de haver sido recepcionado na ordem constitucional de 1988, após o advento da Lei é, não somente ilegal, mas claramente inconstitucional (CARVALHO NETTO; MATTOS, 2005, p 25).

Nesse sentido, Virgílio de Mattos caminha para propor o fim das medidas de segurança sugerindo, a seu turno, a responsabilização penal do doente mental em conflito com a lei, na mesma forma como são responsabilizados os imputáveis. Defende que a punição travestida por tratamento, na prática, acaba por se transformar em punição e custódia eterna, sendo extremamente segregacionista. Por isso, é preciso identificar meios de prevenção que consigam impedir que o portador de doença mental efetivamente pratique o ato criminoso, especialmente porque costumam emitir sinais prévios – explícitos ou não – antes de efetivamente adotarem a conduta criminosa. Para tanto, o autor retoma a ideia de que o doente mental tem o direito fundamental à igualdade na sua diferença, sendo o instituto da medida de segurança totalmente contrário à leitura mais adequada do princípio da igualdade e, além disso, por estar em total desconformidade com o texto constitucional de 1988, posto que viola os direitos fundamentais do portador de doença mental (MATTOS, 2006, p. 150-153). Assim sendo, o tratamento previsto na própria Lei 10.216/2001 deve ser “entendido como as medidas de cuidado e acompanhamento, no processo de inserção social do portador de sofrimento mental, ou seja, o que temos denominado de prevenção” (MATTOS, 2006, p. 154).

Ao final de sua obra, Virgílio sintetiza seus argumentos, sendo importante para este trabalho, que se mencione os seguintes pontos - nos quais ele destaca a falência da medida de segurança em cumprir seu pretense objetivo de proteger o doente mental em conflito com a lei: crítica à lógica do argumento da periculosidade, posto que confere supremacia absoluta ao saber psiquiátrico para determinar que alguém virá ou não a praticar novos crimes no futuro; proposta de extinção das medidas e substituição pela responsabilização penal comum do louco infrator, com todas as garantias a ela inerentes e, por fim, defesa da lógica de prevenção à prática de novos crimes por parte do doente mental. Em relação a tal questão, ressalta ter observado, a partir de uma experiência empírica realizada no bojo do Programa PAI-PJ do TJ/MG, que o infrator portador de transtorno mental, antes de praticar a conduta delituosa, geralmente emite sinais prévios, implícitos ou explícitos de que o fará.

A medida de segurança constituiu-se na **criação de um instituto, pretensamente protecionista, mas que, na verdade, produziu apenas e tão-somente a dupla exclusão**, baseada, ou, se preferirem, justificada, em uma “garantia” jurídica especial que não trata o “diferente”, reconhecendo-o

no seu direito à diferença, mas, ao contrário, ao trata-lo diferentemente, o subsume a uma dupla inserção que, antes de inserir, segregava duplamente [...] Ao encaminharmos a extinção das medidas de segurança e dos manicômios judiciários, propomos uma **responsabilização que possa levar o portador de sofrimento ou transtorno mental que comete crime ao julgamento de seus atos, significando que deverão ser-lhe garantidos todos os direitos, previstos nas normas penais e processuais penais, até então sonegados** [...]

A lógica da manutenção da segregação é, evidentemente uma lógica que padece de ausência de raciocínio lógico. **Como garantir que qualquer um de nós não venha a delinquir? Por que no caso do portador de sofrimento mental a probabilidade parece ser exatamente a de que ele torne a delinquir?** [...]

Deve ser assegurado o direito à autonomia e responsabilidade do imputado, sendo inaceitável a afirmação de que um transtorno mental, mesmo grave, fala com que o imputado não possa responder pelos próprios atos, enquanto se avalia se há uma correlação entre o transtorno mental e o fato definido como crime alegadamente cometido, de modo a se determinar o limite penal, afastada a possibilidade de imposição da medida de segurança [...]

Podemos observar que, com a análise do PAI-PJ, que o portador de sofrimento mental, antes de passar ao ato produz diversos avisos, alguns explícitos, outros nem tanto, ao contrário do que observamos em relação aos imputáveis. Assim, portadores de sofrimento mental, não importando a conduta elencada como crime que eles produziram, tem a especificidade de emitir sinais claros de aviso antes de o crime ser cometido ou tentado (MATTOS, 2006, p. 181-186).

Analisada como a questão do doente mental se coloca dentro da ótica penal, especialmente a partir da análise da obra de Virgílio de Mattos, que questiona e discorda da disciplina legal dada ao doente mental em conflito com a lei, defendendo inclusive a inconstitucionalidade das medidas de segurança, passa-se agora a discorrer sobre o tratamento do tema dado pelo direito civil.

3.2. O portador de sofrimento mental e a teoria das incapacidades do direito civil: uma nova proposta

O Código Civil de 2002 consagra, no art. 3º, II, a absoluta incapacidade daqueles que, “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e no art. 4º, II, a relativa incapacidade “daqueles que, em virtude de deficiência mental tenham o discernimento reduzido” (BRASIL, 2002). O art. 1.767, por sua vez, determina a interdição tanto no caso da incapacidade absoluta por enfermidade ou deficiência mental quanto para a incapacidade relativa, na hipótese de

discernimento reduzido em virtude deficiência mental, disciplinando, nos dispositivos seguintes, o regime específico da curatela.

Os incapazes, relativa ou absolutamente, em função da deficiência mental, não são dotados de capacidade de fato e, por conseguinte, a lei lhes impõe restrições ao exercício pessoal dos atos da vida civil. Tais restrições tem a finalidade de proteger o próprio incapaz, encontrando fundamento nas deficiências relativas ao seu estado de saúde e ao seu grau de desenvolvimento mental. Com isso, o Código Civil veda que os portadores de doença mental, nas condições estabelecidas nos artigos supracitados, exerçam plena e pessoalmente seus direitos, devendo, para tanto, ser representados ou assistidos.

O instituto das *incapacidades* foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a *proteção* dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. Esta é a ideia fundamental que o inspira, e acentuá-lo é de suma importância para a sua projeção na vida civil, seja no tocante à aplicação dos princípios legais definidores, seja na apreciação dos efeitos respectivos ou no aproveitamento e na eficiência dos atos jurídicos praticados pelos incapazes. A lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários (PEREIRA, 2011, p. 228).

O Código de 2002 optou por utilizar uma “expressão genérica ao referir-se à falta do necessário discernimento para os atos da vida civil, compreensiva de todos os casos de insanidade mental, permanente ou duradoura, caracterizada por graves alterações das faculdades psíquicas”. Com efeito, faz menção expressa à hipótese de enfermidade e à deficiência porque naquela não se contém esta e estabelece, ainda, certa gradação para a verificação do grau da deficiência, já que quando o discernimento é apenas reduzido e não total, a incapacidade é relativa. Assim sendo, a fórmula genérica do CC/2002 abrange todas as hipóteses de insanidade mental, provocada por “*doença ou enfermidade mental* congênita ou adquirida, como a oligofrenia e a esquizofrenia, por exemplo, bem como por deficiência mental decorrente de distúrbios psíquicos (doença do pânico, p. ex.)” bastando que se verifiquem em “grau suficiente para acarretar a privação do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil” (GONÇALVES, 2006, p. 87).

Ademais, o Código Civil de 2002 não admite, em regra, a consideração de atos supostamente cometidos em intervalos de lucidez, defendendo a doutrina tradicional a

correção de tal entendimento. Na passagem abaixo, Caio Mário da Silva Pereira, tece considerações a respeito do tema:

Outra questão que convoca a atenção dos juristas é a que se refere aos casos de enfermidade intermitente, ou, noutros termos, a da validade dos atos praticados nos *lúcidos intervalos*. O nosso direito pré-codificado considerava-os como de remissão da moléstia e atribuía eficácia aos negócios então efetuados. A questão é antes do plano científico do que jurídico, discutindo os especialistas se um indivíduo portador de enfermidade mental pode considerar-se sã naqueles momentos em que não ocorre a insanidade ostensiva. E já há muito se sabe que a questão deve ser posta nos termos de somente admitir-se como sadio se a moléstia está totalmente erradicada.

Os interpretes do Código de 1916, encarando o problema tal como lhes adveio do debate científico da época, assumiram a incapacidade por enfermidade mental como um estado permanente e contínuo, somente podendo levantar-se com a recuperação total do alienado.

De fato, ainda hoje se considera que não há intermitência na incapacidade, sendo fulminados na mesma invalidez tanto os atos praticados nos momentos de crise psicopática quanto os celebrados no intervalo de lucidez. A preocupação do legislador é estatuir a segurança social, e esta ficaria ameaçada se toda ação do indivíduo anormal se sujeitasse a uma verificação, a saber, se ocorreu quanto estava mergulhado nas sombras de sua insanidade ou flutuava na superfície do discernimento. Funcionaria mal o sistema protetor se permitisse em cada caso a reabertura do debate, para recusar ou reconhecer validade ao ato, em atenção à maior ou menor intensidade da doença sobre o psiquismo do enfermo (PEREIRA, 2011, p. 233-234, grifo nosso).

Em igual sentido, defende Carlos Roberto Gonçalves em sua obra:

A nossa lei, de forma correta e diversa do direito pré-codificado, não considera os chamados *intervalos lúcidos*. Assim, se declarado incapaz, os atos praticados pelo privado de discernimento serão nulos, não se aceitando a tentativa de demonstrar que, naquele momento, encontrava-se lúcido. **É que a incapacidade mental é considerada um estado permanente e contínuo.** (GONÇALVES, 2006, p. 87, grifo nosso).

Por outro lado, a Prof. Maria de Fátima Freire de Sá e o Prof. Diogo Luna Moureira, no livro “A capacidade dos incapazes: Saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado”, propõem uma releitura da teoria contemporânea das incapacidades a fim de permitir uma interpretação menos genérica do instituto, tendo em vista a agressividade do processo de interdição que retira do curatelado toda sua autonomia e qualquer possibilidade de gerir sua própria vida civil.

Os autores reconhecem e confirmam a natureza protetiva do instituto e sua proposta clara de proteger os bens e o patrimônio daquele que legalmente é considerado incapaz. Contudo, defendem que a teoria clássica das incapacidades repousa sua justificativa na própria segurança das relações jurídicas, tendo sido construída sob forte

influência do individualismo e do patrimonialismo. Para atender a esses propósitos, a lei acabou por formular conceitos rígidos e estáticos, aplicáveis por mera subsunção, os quais não se coadunam com a ideia do Direito como sendo algo permanentemente construído e reconstruído pela prática argumentativa, avessa, pois a qualquer concepção que seja imutável ou indiscutível.

A teoria clássica das incapacidades passou a não mais satisfazer as exigências da atualidade quando os incapazes passaram a clamar por maior autonomia e, por conseguinte, a reclamar maior participação no processo que, em última instância, irá decidir sobre sua própria vida. A ideia de se fazer uma releitura da teoria clássica das incapacidades, na visão dos autores, partiria da possível consideração dos já mencionados “intervalos de lucidez”, os quais não são levados em conta pela atual legislação civil. Apesar de ressaltarem a grande dificuldade prática de tal possibilidade e sua vocação para provocar inúmeras incertezas nas relações jurídicas, tomam-na como base para a teoria que visam revisitar, a partir da ideia de que a generalidade absoluta da declaração de incapacidade não pode mais prevalecer, tendo em vista se tratar de uma maneira legalizada de exclusão apriorística da pessoa do mundo jurídico (SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 131-133).

Em seguida, os autores questionam a impossibilidade legal de se limitar ou graduar a curatela nos casos de incapacidade absoluta, situação na qual a lei impõe a incapacidade plena e total, admitindo tal possibilidade apenas para a incapacidade relativa, na forma do art. 1.772 do CC/2002. A partir disso questionam “ora, não estamos, então, na contramão da história e dos avanços médicos e farmacológicos?” e prosseguem afirmando que na atualidade a presunção de incapacidade absoluta não passível de gradação deve ser revista já que “segundo variações medicamentosas, socioculturais e mesmo linguísticas, é muito mais tormentosa a tarefa de determinar se alguém é, de fato, absolutamente incapaz e, portanto, plenamente limitado do exercício de quaisquer possibilidades de autonomia” (SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 136).

A proposta é pensar em novas possibilidades hermenêuticas que não estabeleçam relações de prioridade e hierarquia. Interpretar o Direito como regra e exceção, implicaria em, antecipadamente, trazer soluções que não observem os contextos e os contornos de um caso específico. Com isso, não estamos a defender a supressão da incapacidade absoluta do Direito Privado, mas promover sua releitura, não mais a identificando como uma presunção absoluta. **Isso significa, ainda que potencialmente, dar voz ao incapaz. [...] Será que na atualidade, a despeito de toda valorização da autonomia do indivíduo humano, o que vem ocorrendo não é uma formulação taxativa dos transtornos mentais e do comportamento, imediatamente**

enquadrados, nos artigos 3º, incisos II e III e 4º, incisos II e III, do Código Civil? Somos tendentes a acreditar que sim. [...]

Levar o Direito a sério significa, também, assegurar as garantias constitucionais do processo na construção de uma decisão jurisdicional que diga respeito à limitação da autonomia do indivíduo para a prática de atos que se refiram à sua vida enquanto sujeito de direitos. A efetiva participação do curatelado no processo de curatela deve ser resguardada, a ponto, inclusive, de se saber a possibilidade dos limites da mesma. (SÁ; MOUREIRA, 2011, p. 137-143).

A proposta dos dois autores citados é, portanto uma verdadeira flexibilização da presunção de incapacidade absoluta que não admite, em tese, a fixação de gradações, a serem verificadas no caso concreto. Com isso, propõe-se o resgate de maior autonomia dos portadores de enfermidade ou doença mental com o objetivo de garantir a maior participação do incapaz no processo que decide a respeito de sua própria vida, a partir da revisão dos argumentos pragmáticos, utilizados pela doutrina, pela legislação e pela prática jurisprudencial que fixam, de forma automática e arbitrária, a incapacidade do sujeito. A releitura proposta partiria, assim, da adoção de novas possibilidades interpretativas, menos estanques e mais adaptáveis à realidade contemporânea.

4 CONCLUSÃO

A ideia central que se pretendeu desenvolver neste trabalho é a de que as teorias constitucionais brasileiras – influenciadas, grande parte das vezes, pela doutrina europeia ocidental e norte-americana – não se mostraram capazes e suficientes para albergar, satisfatoriamente, a problemática do doente mental. A Constituição de 1988 apesar de ter tocado nos direitos de minorias especiais como os portadores de necessidades especiais e os idosos, não cuidou de forma expressa da saúde mental, questão que só recebeu a atenção legislativa com a edição da Lei 10.216/2001.

Para solidificar a tese exposta, descreveu-se a teoria constitucionalista do autor Lênio Streck, a fim de demonstrar que não obstante seu inegável brilhantismo, essa também se enfraquece quando se coloca em pauta a questão dos direitos fundamentais dos portadores de transtorno mental, até porque tal minoria específica não é propriamente objeto da preocupação central do autor.

Por fim, buscou-se, utilizando da interdisciplinaridade, tão própria e característica do direito, mostrar concepções contemporâneas que tratam do doente

mental no campo cível e penal, desenvolvidas a partir de uma leitura constitucional do tema e calcadas, especialmente, nos direitos fundamentais. Assim, dentro do direito civil, buscou-se uma teoria que critica, com autoridade, a teoria clássica das incapacidades, já que essa propõe a interdição civil do portador de doença mental, com fulcro em uma presunção de sua incapacidade absoluta, que não leva em conta sua singularidade e retira do incapaz o direito de participar da decisão que conformará sua própria vida, deixando nas mãos de terceiros, de forma arbitrária, toda a autoridade para tanto. Na seara penal, adotou-se uma teoria que contesta os fundamentos da medida de segurança, especialmente porque, sob o falso pretexto do tratamento, retiram o louco infrator do convívio social - muitas vezes para sempre - tratando como um sujeito sem direitos. Com isso, buscou-se demonstrar outras concepções de como o tema se coloca e a partir daí, permitir que se faça uma reflexão sobre o atraso em que vivenciamos em relação ao tema. Assim, objetiva-se lançar as bases para a construção de uma teoria constitucional mais adequada e que leve efetivamente a sério o reconhecimento dos portadores de sofrimento mental e a efetivação de seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, v. 1, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06/02/2015

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília: **Diário Oficial da União** de 31/12/1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 18/02/2015.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: **Diário Oficial da União** de 11/01/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 18/02/2015.

BRASIL, Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília: **Diário Oficial da União** de 06/04/2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em 18/02/2015.

CARVALHO NETTO, Menelick; MATTOS, Virgílio de. **O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da Lei 10.216/2001**. Parecer para o Conselho Federal de Psicologia. 2005. Disponível em: http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2005/10/brochura_banalizacao.pdf. Acesso em 16/02/2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral, v. 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GULLAR, Ferreira. Tragédia desnecessária. **Folha de São Paulo**: São Paulo, 16 de fev. de 2014. Caderno Ilustrada, p. E8.

MATTOS, Virgílio de. **Crime e Psiquiatria: uma saída**. Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MATTOS, Virgílio de. **Trem de doido**. O Direito Penal & a Psiquiatria de mãos dadas. Belo Horizonte: UNA Editora, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil, v. 1, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes**: Saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

STRECK, Lênio Luis. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.