

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO

Dissertação de Mestrado

**CAPACIDADE E AUTONOMIA NA INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA:
UMA LEITURA À LUZ DOS TIPOS DE CÁRCERE PRIVADO
E CONSTRANGIMENTO ILEGAL**

GUILHERME DETTMER DRAGO

Orientador: Prof. Dr. Gabriel José Chittò Gauer
Co-orientador: Prof. Dr. Alfredo Cataldo Neto

Porto Alegre, dezembro de 2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO

GUILHERME DETTMER DRAGO

**CAPACIDADE E AUTONOMIA NA INTERNAÇÃO
PSIQUIÁTRICA:
UMA LEITURA À LUZ DOS TIPOS DE CÁRCERE PRIVADO
E CONSTRANGIMENTO ILEGAL**

Dissertação de Mestrado

Prof. Dr. Gabriel José Chittò Gauer

Orientador

Prof. Dr. Alfredo Cataldo Neto

Co-Orientador

Porto Alegre, dezembro de 2008.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

GUILHERME DETTMER DRAGO

**CAPACIDADE E AUTONOMIA NA INTERNAÇÃO
PSIQUIÁTRICA:
UMA LEITURA À LUZ DOS TIPOS DE CÁRCERE PRIVADO
E CONSTRANGIMENTO ILEGAL**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel J. Chittò Gauer
Co-Orientador: Prof. Dr. Alfredo Cataldo Neto

Porto Alegre, dezembro de 2008.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

GUILHERME DETTMER DRAGO

**CAPACIDADE E AUTONOMIA NA INTERNAÇÃO
PSIQUIÁTRICA: UMA LEITURA À LUZ DOS TIPOS DE
CÁRCERE PRIVADO E CONSTRANGIMENTO ILEGAL**

COMISSÃO EXAMINADORA

D759c

Drago, Guilherme Dettmer

Capacidade e autonomia na internação psiquiátrica: uma leitura à luz dos tipos de cárcere privado e constrangimento ilegal. / Guilherme Dettmer Drago; orient. Gabriel José Chittò Gauer; co-orient. Alfredo Cataldo Neto. Porto Alegre: PUCRS, 2008.

fls. 187

Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito: Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais.

1. Internação Psiquiátrica: Cárcere privado. 2. Internação Psiquiátrica: Autonomia. 3. Internação Psiquiátrica: constrangimento ilegal. I. Gabriel José Chittò Gauer. II. Alfredo Cataldo Neto. III. Título.

CDU: 616.89-82.4

Catálogo na Publicação:

Bibliotecária Mônica Nodari - CRB 10/900

Dedico esse trabalho a um Homem. A um ser humano iluminado.
Um ser humano que, acima de tudo,
é meu amigo incondicional, meu ídolo e meu eterno herói.

Dedico este estudo à pessoa mais importante da minha vida,
à pessoa que comigo discute, comunga e discorda,
constrói idéias e projetos de vida,
sempre com alto grau de inteligência e perspicácia,
aliando razão e emoção,
com a incrível capacidade de não cometer contradições.

À pessoa que me apoiou, me apóia e sempre me apoiará.
A pessoa que é meu maior exemplo de dignidade,
honestidade, seriedade e ternura.

À pessoa que comigo ri e chora,
que está presente, até mesmo na ausência,
que tem o poder de falar comigo, sem emitir uma só palavra,
que me faz o homem mais feliz do mundo,
pelo simples fato de existir ao meu lado.

Enfim, dedico esse trabalho à pessoa que mais amo nesse mundo.
Pai, esse trabalho é pra ti!

AGRADECIMENTOS

Ao meu amigo, orientador e co-autor desse trabalho, Professor Doutor Gabriel José Chittò Gauer, pessoa a que serei grato eternamente, por tudo que fez por mim. Sua generosidade, humildade e aguçado espírito crítico, fatores aliados às suas ponderações pertinentes e ensinamentos lúcidos, contribuíram sobremaneira para meu crescimento acadêmico, profissional e humano.

Ao meu Co-Orientador e amigo Professor Doutor Alfredo Cataldo Neto, pelos ensinamentos e profícuo convívio.

Ao Professor Doutor Cezar Roberto Bitencourt, pelas críticas construtivas.

À Professora Doutora Ruth Gauer, por ter me oportunizado um conhecimento aguçado. Ela é uma mulher que, de fato, e parafraseando Ilya Prigogine, “*excede seu próprio tempo*”, tamanha evolução intelectual e humana.

À Professora Mestre Anelise Coelho Nunes, por sempre ter acreditado e confiado em mim.

À CAPES, que financiou esse estudo, sem o qual o mesmo não poderia ter sido realizado.

À PUCRS, como instituição de ensino, por toda sua estrutura e acolhida.

Aos funcionários da Biblioteca Central da PUCRS, pela presteza, simpatia e competência que lhes são peculiares.

Aos funcionários da Secretaria da Pós-Graduação, que sempre se fizeram zelosos e dedicados, aos alunos desse curso.

À minha querida mãe, que um dia descobrirá o imenso poder que existe dentro dela e, a partir de então, viverá sob os auspícios da felicidade plena. A ti, meu eterno amor e minhas desculpas, por eventuais falhas e faltas como filho.

À família Brita Rodovias S/A, em especial ao Fabiano, Rodrigo, Ely, Lucio, Rafael, Amarildo, Marcelo, Simone, Arai, José Luis, Eduardo Machado e Pante, pelo apoio logístico.

À Editora Jornalística Integração, nas pessoas de Cláudio e Ivanir, bem como ao Chico e Rosi, meu agradecimento pela compreensão, nos momentos de ausência profissional.

Aos meus colegas do Mestrado, em especial ao Felipe Vaz de Queiroz, Vinicius Lang dos Santos, Pollyanna Maria da Silva, Robson Thomazi, Mariana Inácio, Juliana Lavigne, Ana Paula Zanella e Dieter Gauland, pelos encontros acadêmicos e extra-acadêmicos, sempre carregados de discussões profundas e momentos de descontração necessários.

À Malu Cardinale Baptista, da Pazza Comunicazione, pela excelência na revisão do presente estudo.

Aos Professores Luis Fernando Barzotto e Paulo Vinicius Sporleder de Souza, por fazerem parte da banca.

A todos os demais que, de forma direta ou indireta, contribuíram, de alguma forma, para que esse sonho se tornasse realidade.

“Sou um técnico, mas tenho técnica só dentro da técnica, fora disso sou doido, com todo o direito de sê-lo”.

Fernando Pessoa

RESUMO

A presente dissertação, vinculada à linha de pesquisa “Criminologia e Controle Social”, do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, tem por finalidade o estudo da Internação Psiquiátrica, perpassando desde as questões civis e psicossociais da capacidade e da autonomia do sujeito, até aspectos jurídicos e sociais. O trabalho defende, ainda, um elo entre o profissional da saúde mental e seu paciente, com o objetivo final de se criar um ambiente terapêutico apropriado para um tratamento psiquiátrico eficaz. Desse modo, visa à obtenção de resultados úteis para o paciente, familiares e, em última análise, para a própria sociedade, como uma forma de resposta social aos anseios populares calcados num (falso) Estado Democrático de Direito. No mesmo sentido, em que pese a ocorrência de mudanças, o tratamento hospitalar ainda não se mostra suficiente, na medida em que o ex-internado sai do hospital psiquiátrico com um estigma, criado pela própria sociedade, que o identifica como um desigual perante os demais. Isso demonstra que o problema é, antes de tudo, cultural. Por fim, a questão da internação psiquiátrica pode exceder os limites estabelecidos pela Medicina e pelo Direito, situação essa que pode ser traduzida como um abuso de meios médicos ou de responsáveis legais pelo paciente, com o fim de alcançar uma finalidade não autorizada pela lei. Desta forma, tal abuso pode ser verificado quando, pelo contexto da internação, ocorrer situações-tipo, que se caracterizam como ilícitos penais, como o cárcere privado e o constrangimento ilegal. Em última análise, o trabalho evidencia que o enfermo (inimputável ou semi-imputável, com necessidade de tratamento terapêutico) é um sujeito cujos direitos constitucionalmente garantidos devem prevalecer acima de quaisquer interesses privados ou econômicos.

Palavras-chave: Autonomia – Capacidade – Internação Psiquiátrica – Cárcere Privado – Constrangimento Ilegal.

ABSTRACT

This dissertation, linked to the line of research "Criminology and Social Control" of the Postgraduate Program in Criminal Sciences, the Faculty of Law of the Catholic University of Rio Grande do Sul, aims to study the Psychiatric Hospitalization, permeated since the civil issues and psychosocial capacity and the autonomy of the subject, by legal and social. The paper argues, moreover, a link between mental health professionals and their patients, with the ultimate goal of creating an appropriate therapeutic environment for an effective psychiatric treatment. Thus, aims to obtain useful results for the patient, family and, ultimately, to society itself as a form of social response to popular aspirations based on a (false) democratic rule of law. Along the same lines, in spite of the occurrence of changes, the hospital treatment still is not enough, since the ex-inmate leaves the psychiatric hospital with a stigma, created by the company itself, which identifies as an unequal before the others. This shows that the problem is, first of all, cultural. Finally, the issue of psychiatric hospitalization may exceed the limits set by the Medicine and the law, something which can be translated as an abuse of medical resources or legal responsibility of the patient in order to achieve a purpose not authorized by law. Thus, such abuse could be checked when, by the context of admission, the standard situations occur, which are characterized as illegal, criminal and the false imprisonment and unlawful restraint. Ultimately, the work shows that the patient is a subject whose constitutionally guaranteed rights should prevail over any private interests or economic.

Keywords: Autonomy – Capacity – Psychiatric confinement – Private jail – Embarrassment Illegal

ASTRATTO

Questa tesi, legata alla linea di ricerca "Criminologia e controllo sociale" del post-Programma in Scienze penale, la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Rio Grande do Sul, mira a studiare la psichiatria ricovero in ospedale, permeato dato che la civile e questioni psicosociali capacità e l'autonomia del soggetto, da giuridiche e gli aspetti sociali. Il documento sostiene, inoltre, un collegamento tra i professionisti della salute mentale e dei loro pazienti, con l'obiettivo finale di creare un ambiente terapeutico adeguato per un efficace trattamento psichiatrico. Così, mira a ottenere risultati utili per il paziente, la famiglia e, in ultima analisi, per la società stessa come una forma di risposta sociale alle aspirazioni popolari sulla base di una (falsa) Stato di diritto democratico. Sulla stessa linea, nonostante il verificarsi di cambiamenti, l'ospedale di trattamento non è ancora sufficiente, dal momento che l'ex-paziente lascia l'ospedale psichiatrico con un disonore, creato dalla società stessa, che individua come uno prima della disparità di altri. Ciò dimostra che il problema è, prima di tutto, culturale. Infine, la questione del ricovero in ospedale psichiatrico può superare i limiti stabiliti dalla Medicina e la legge, qualcosa che può essere tradotto come un abuso di risorse mediche o responsabilità legale del paziente al fine di raggiungere uno scopo non autorizzato dalla legge. Pertanto, tali abusi possono essere controllati, quando, dal contesto di ammissione, la norma si verificano situazioni, che sono caratterizzati come illegale, criminale e le false reclusione e ritenuta illegittima. In definitiva, il lavoro dimostra che il paziente è un soggetto la cui diritti costituzionalmente garantiti dovrebbe prevalere su qualsiasi interessi privati o economici.

Parole-Chiave: Autonomia – Capacità – Internazione psichiatrici – imbarazzo illegale

LISTA DE ABREVIATURAS

- AMRIGS – Associação Médica do Rio Grande do Sul
- APC – Apelação Cível
- APCrim – Apelação Criminal
- Art. - Artigo
- CC – Código Civil
- CEM – Código de Ética Médica
- CEP – Código de Ética do Psicólogo
- CF – Constituição Federal
- CFM – Conselho Federal de Medicina
- CRM – Conselho Regional de Medicina
- CID – Código Internacional de Doenças
- CORDE - Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência
- CP – Código Penal
- CPP – Código de Processo Penal
- CPM – Código Penal Militar
- CPC – Código de Processo Civil
- CRM/RS – Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul
- Des. - Desembargador
- DL – Decreto-Lei
- DJ – Diário da Justiça
- DSM – Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais
- ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
- FUNAI – Fundação Nacional do Índio
- HC – *Habeas Corpus*
- IPC – Internação psiquiátrica compulsória
- IPF – Instituto Psiquiátrico Forense
- IPI – Internação psiquiátrica involuntária
- IPV – Internação psiquiátrica voluntária
- IPVI – Internação psiquiátrica voluntária-involuntária

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

LEP – Lei de Execuções Penais

Min. - Ministro

MP – Ministério Público

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PNHAH - Programa Nacional de Humanização da Assistência Hospitalar

RE – Recurso Extraordinário

Resp – Recurso Especial

RJTJSP – Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

RT – Revista dos Tribunais

SAS – Secretaria de Assistência à Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 A QUESTÃO DA CAPACIDADE, SOB UM VIÉS JURÍDICO E PSICOSSOCIAL	20
2.1 CAPACIDADE DE DIREITO E CAPACIDADE DE FATO.....	20
2.2 CAPACIDADE E INCAPACIDADE CIVIL: UMA LEITURA HISTÓRICO-SOCIAL	22
2.3 CAPACIDADE E INCAPACIDADE CIVIS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL.....	27
2.3.1 Incapacidade absoluta	29
2.3.1.1 Os menores de 16 anos	30
2.3.1.1.1 Âmbito jurídico.....	30
2.3.1.1.2 Âmbito psicossocial.....	31
2.3.1.2 Os enfermos ou deficientes mentais sem o necessário discernimento	37
2.3.1.2.1 Âmbito jurídico.....	37
2.3.1.2.2 Âmbito psicossocial.....	41
2.3.1.3 Os que não podem exprimir sua vontade.....	47
2.3.1.3.1 Âmbito jurídico.....	47
2.3.1.3.2 Âmbito psicossocial.....	48
2.3.2 Incapacidade relativa	50
2.3.2.1 Os maiores de 16 e os menores de 18 anos.....	51
2.3.2.1.1 Âmbito jurídico.....	51
2.3.2.2 Ébrios habituais.....	52
2.3.2.2.1 Âmbito jurídico.....	52
2.3.2.2.2 Âmbito psicossocial.....	54
2.3.2.3 Os viciados em tóxicos.....	58
2.3.2.3.1 Âmbito jurídico.....	58
2.3.2.3.2 Âmbito psicossocial.....	66
2.3.2.4 Os deficientes mentais com discernimento reduzido	70
2.3.2.4.1 Âmbito jurídico.....	70
2.3.2.4.2 Âmbito psicossocial.....	73
2.3.2.5 Os excepcionais sem desenvolvimento mental completo	75
2.3.2.5.1 Âmbito jurídico.....	75

2.3.2.5.2 Âmbito psicossocial.....	75
2.3.2.6 Os Pródigos.....	78
2.3.2.6.1 Âmbito jurídico.....	78
2.3.2.6.2 Âmbito psicossocial.....	80
2.3.3 Plena capacidade	82
3 INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA.....	85
3.1 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA LOUCURA.....	85
3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA NO BRASIL: UM APANHADO LEGISLATIVO	92
3.3 ASPECTOS LEGAIS DA INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA	96
3.4 O AMBIENTE TERAPÊUTICO NAS INTERNAÇÕES E AS INTERAÇÕES ENTRE PACIENTE E EQUIPE MÉDICA	103
3.5 INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA E SUA INDICAÇÃO	110
3.6 A ALTA HOSPITALAR E SEUS REFLEXOS SOCIAIS: OS ESTIGMAS DO EX-INTERNADO	115
4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS DA INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA....	121
4.1 UM BREVE APANHADO HISTÓRICO DA MEDIDA DE SEGURANÇA	121
4.2 O TRATAMENTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO ATUAL DIREITO PENAL	126
4.2.1 Culpabilidade.....	136
4.2.2 Periculosidade.....	138
4.3 A INTERNAÇÃO COMO MODALIDADE DE MEDIDA DE SEGURANÇA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA.....	143
4.4 CÁRCERE PRIVADO.....	151
4.5 CONSTRANGIMENTO ILEGAL.....	156
4.6 RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO.....	162
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	170
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	173

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é sobre a capacidade e a autonomia na internação psiquiátrica, analisando-as sob os tipos penais de cárcere privado e constrangimento ilegal. Basicamente, o propósito da presente dissertação de Mestrado é descrever a questão da capacidade e autonomia das pessoas, em tomar decisões de per si, tanto sob o prisma legal quanto psicossocial, acrescentando, ulteriormente, a questão do consentimento informado, quando da eventual internação psiquiátrica.

O trabalho está vinculado à linha de pesquisa “Criminologia e Controle Social”, do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, possui um caráter interdisciplinar, mas com uma abordagem voltada, principalmente, para o Direito Penal. Dessa forma, transita por várias áreas do conhecimento, dentre elas o Direito Civil, o Direito Penal, a Sociologia, a Psiquiatria, a Filosofia e a Antropologia.

Não se busca, aqui, dar uma resposta única a questões que não comportam tais respostas. Numa sociedade extremamente complexa, como a que se vive, definir algo, com o fito *de dar fim*, seria uma tarefa temerária. Querer encontrar respostas que não existem é algo que se mostra como uma tarefa insana.

Na sociedade atual, “incerteza”, a “imprecisão” e o “conflito” imperam e atuam de forma direta. Trata-se de uma sociedade que supervaloriza o discurso midiático, uma sociedade que não sabe esperar. Enfim, uma sociedade complexa, que vive uma moral *à la carte*¹.

Tal estudo focalizou-se em experiências profissionais e pessoais, que acabaram por gerar um processo instigante de descoberta sobre o tema. Assim, e aliado a tal perspectiva, tal trabalho se justifica na medida em que existem poucos estudos a respeito do tema, sobretudo no que diz respeito a um canal de conhecimento direto, objetivo e questionador entre a Medicina e o

¹ LIPOVETSKY, Gilles. **A era do após-dever**, In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. **A Sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996. p. 35.

Direito, em especial no que diz respeito às internações psiquiátricas, seus procedimentos e suas conseqüências jurídicas e sociais.

O ser humano é o objeto central das Ciências Humanas. Assim, não poderia deixar de ser também o foco do presente estudo. O título da dissertação, *Capacidade e Autonomia na Internação Psiquiátrica: uma leitura à luz dos tipos penais de Cárcere Privado e Constrangimento Ilegal* tem, como ponto nevrálgico, o estudo do ser humano e seus comportamentos.

Por tratar do comportamento do ser humano, não poderia ser (e como de fato não é), um estudo disciplinar, direcionado e inquestionável. Pelo contrário: é um estudo interdisciplinar e questionável, sob todos os aspectos. Este texto traz, num primeiro momento, a questão da capacidade e da autonomia das pessoas. Analisa esse ponto, tanto sob o prisma jurídico quanto psicossocial. Tal proposta faz sentido na medida em que não é razoável estudar a internação psiquiátrica, sem transitar no terreno da capacidade e da autonomia do sujeito que irá sofrê-la.

Num segundo momento, é tratada a questão da internação psiquiátrica propriamente dita, transitando sobre todas as suas espécies e levando em consideração, desde aspectos históricos, até a alocação do tema no cenário atual. A abordagem considera o assunto, levando em conta o progresso da Medicina e a ampliação do espectro social da lei, num cenário onde a vontade da lei acaba por entrar em conflito com a realidade dos fatos sociais. Isso gera uma inversão de valores e a supervalorização do discurso, em detrimento de atitudes positivas e reais.

O texto apresenta ainda nesse segundo momento, a análise do ambiente terapêutico do internado, bem como sua relação com a equipe médica, que irá (ou pelo menos deveria) tratá-lo de forma digna e em conformidade com os legados da dignidade da pessoa humana. Aborda, ainda, os reflexos e estigmas que o ex-internado leva consigo, em momento posterior à sua desinternação.

Ao final, trata dos aspectos jurídico-penais da internação psiquiátrica, quando se busca cotejar, juntamente com os dois capítulos iniciais, a questão do cometimento, mesmo que, em tese, dos crimes de constrangimento ilegal e de cárcere privado quando da ocorrência da internação como modalidade de medida de segurança no ordenamento penal pátrio. São analisados casos

específicos e jurisprudências atuais a respeito do tema, sem se furtar de tecer apontamentos sobre a eventual responsabilidade penal do médico.

2 A QUESTÃO DA CAPACIDADE, SOB UM VIÉS JURÍDICO E PSICOSSOCIAL

2.1 CAPACIDADE DE DIREITO E CAPACIDADE DE FATO

Capacidade de direito e capacidade de fato mostram-se diferentes quanto à essência de seus significados. Como afirma Caio Mário, “[...] a aptidão oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil, dá-se o nome de capacidade de direitos, e se distingue da capacidade de fato, que é a aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo”².

O autor também afirma que a distinção é certa, mas

[...] as designações não são totalmente felizes, porque toda a capacidade é uma emanção do direito. Se hoje podemos dizer que toda pessoa é dotada da capacidade de direito, é precisamente porque o direito a todos confere, diversamente do que ocorria na antiguidade³.

Assim, podemos dizer que todo ser humano, independente de qualquer condição, possui capacidade de direito (também denominada de capacidade de aquisição e capacidade de gozo), bastando, para tanto, que nasça com vida, (Código Civil (CC), art. 2)⁴. Se não há capacidade de direito, no entanto, pode-se afirmar que não há personalidade constituída, pois a capacidade é a medida da personalidade.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 263.

³ PEREIRA, 2004. p. 263.

⁴ É certo que a Lei põe a salvo os direitos do nascituro (pessoa por nascer). Todavia, o nascituro somente terá personalidade, se nascer com vida. Enquanto nascituro, possui natureza humana, mas não personalidade. Devemos destacar, para fins propedêuticos, que o Brasil adotou, conforme depreende-se da leitura da norma do art. 2º do CC, a Teoria *Natalista*, ou seja, a personalidade inicia-se com o nascimento com vida. Já em países como a Argentina e Peru, a teoria predominante é a *Conceptualista*, ou seja, a mera concepção já viabiliza o direito à personalidade para o nascituro. Por fim, e em especial nos países orientais, a teoria adotada é a da *Viabilidade*, ou seja, depois do nascimento, espera-se o interregno de 48h, para verificar que o recém-nascido sobreviveu sem seqüelas ao parto. A partir de então, ele passará a ter personalidade.

Com efeito,

[...] o conceito de personalidade jurídica é estritamente qualitativo. A personalidade é uma suscetibilidade abstrata de titularidade. Nada nos diz sobre a extensão dessa titularidade. Não sabemos através do conceito de personalidade se uma pessoa tem muitos ou poucos direitos: sabemos apenas que os pode ter⁵.

Na mesma linha, nem todos possuem capacidade de fato (também chamada de capacidade de ação ou capacidade de exercício). Isso ocorre em razão de Lei, que se vale de critérios de idade, saúde ou desenvolvimento mental e intelectual de determinadas pessoas, restringindo, total ou parcialmente, o exercício de direitos. Tais critérios serão analisados no próximo item do presente estudo.

É válido dizer que a capacidade de direito (critério quantitativo) é adquirida com o nascimento com vida, ou seja, com o nascimento, o ser humano está apto a adquirir direitos e a contrair obrigações. Por outro lado, a capacidade de fato (critério qualitativo) sinaliza a faculdade de a pessoa agir por si mesma. Caso não seja apta, sua incapacidade de fato deverá ser suprida, através da representação (se absolutamente incapazes) ou da assistência (se relativamente incapazes).

Logo, mesmo os incapazes civilmente possuem capacidade de direito; todavia, são desprovidos de capacidade de fato. Quem possui capacidade de direito e capacidade de fato, ao mesmo tempo, é considerado plenamente capaz. Constata-se, pois, que a Teoria das Incapacidades é extraída da capacidade de fato, uma vez que a capacidade de direito, repita-se, é inata a todo ser humano nascido com vida.

Devemos anotar, por outro lado, que a *capacidade de fato* é diferente da *legitimidade* para a prática de determinados atos. Desta forma,

[...] há situações em que o sujeito, mesmo tendo plena capacidade de fato, se acha inibido para praticar determinado ato jurídico, em razão de sua posição em relação a certos

⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 1. p. 135.

bens, certas pessoas ou ainda certos interesses. Assim, a capacidade de fato refere-se à aptidão para a prática em geral dos atos jurídicos, enquanto a legitimidade é específica, referindo-se a um ato em particular. A pessoa pode então ser plenamente capaz, mas não ter legitimidade para efetuar certos atos jurídicos. A legitimidade é, assim, o poder de exercitar um direito, e legitimado é quem o tem⁶.

2.2 CAPACIDADE E INCAPACIDADE CIVIL: UMA LEITURA HISTÓRICO-SOCIAL

À luz do atual CC, a capacidade e a incapacidade civis estão inseridas na Parte Geral do Código, mais especificamente no Livro I (Das Pessoas), Título I (Das Pessoas Naturais) e Capítulo I (Da Personalidade e da Capacidade). Verifica-se, pois, que o CC dedica todo um capítulo aos direitos da personalidade⁷, categoria da qual o legislador se ocupa pela primeira vez⁸.

A uma primeira vista, pode parecer estranho que o legislador brasileiro⁹, somente em 2002, tenha dedicado um capítulo inteiro aos Direitos da Personalidade¹⁰. Ocorre que a legislação brasileira, da mesma forma que as demais civilizações ocidentais, não consegue acompanhar a evolução social, no desenrolar da história.

Do ponto de vista pragmático, todavia, não podemos ser ingênuos e pensar que as leis, sejam civis ou penais, irão percorrer um caminho, na mesma velocidade com que percorrem as sociedades em geral, seja do ponto de vista social quanto político.

⁶ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **A parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 13-14.

⁷ Os “Direitos da Personalidade” são chamados por Adriano de Cupis de “Direitos Essenciais”, por sua assaz importância. DE CUPIS, Adriano. **Direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Morais, 1961. p. 17; original: *I Diritti della Personalità*, Milano: Giufrè, 1982. p. 13.

⁸ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**. Estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 35.

⁹ Na verdade, o atual Código Civil teve uma longa tramitação no Congresso Nacional. Já em 1975 o então presidente Ernesto Geisel submeteu, à Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº. 634-D, que alterava o Código Civil vigente na época. O jurista Miguel Reale foi o Coordenador-Geral de tais alterações, tendo sido auxiliado, nesta árdua tarefa, por juristas como José Carlos Moreira Alves, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro. Com base nos princípios da Eficácia, da Operabilidade e da Sociabilidade, foi publicada a Lei nº. 10.406, de 10.01.2002, criadora do CC, tendo sua entrada em vigor um ano depois da referida publicação.

¹⁰ Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, expressou que, com a teoria dos direitos de personalidade, começou para o mundo uma nova manhã do Direito.

O tempo do Direito é um, ao passo que o tempo da sociedade é outro. De 1916 (ano da publicação da Lei nº. 3.071/16, que instituiu o antigo CC¹¹) até 2002, passaram-se 86 anos. Durante todo esse período, a sociedade brasileira evoluiu no campo social, mesmo que a pequenos passos. A Lei, contudo, não acompanhou tal evolução, ao ponto de, até 2002, não termos tido uma dedicação especial aos Direitos da Personalidade, no Diploma Civil brasileiro.

Tal situação se mostra muito estranha, na medida em que todas as construções jurídicas, públicas ou privadas, possuem, como base, o ser humano. O Direito, como ciência jurídica e social, baliza seus preceitos e diretrizes para o fim único de regular as relações interpessoais.

Dessa forma, pela complexidade de nossa sociedade, bem como das relações entre as pessoas que dela fazem parte, não podemos fazer uma leitura simplista da capacidade das pessoas, como fora feito outrora, na vigência da antiga legislação civil.

Algumas dessas respostas poderão ser buscadas, mesmo que de forma parcial, em outras áreas afins, que se interligam numa teia de conhecimentos. Um exemplo é Lyotard, em sua obra *O Inumano*, onde ele questiona o fato de os homens nascerem humanos ou não. Para tanto, vale-se do exemplo dos gatos, que, de fato, nascem gatos e, assim, permanecerão para toda a vida. Segundo ele, se os humanos nascessem humanos, tal como os gatos nascem gatos, não seria possível educá-los. Pela leitura do filósofo francês, o que poderemos chamar de humano no homem? A miséria inicial de sua infância ou a sua capacidade de adquirir uma segunda natureza, que, graças à língua, o torna apto a partilhar da vida comum, da consciência e da razão adulta? Conforme se verifica, estamos pisando no terreno fértil da filosofia¹².

Nessa teia, encontram-se, dentre outras, a Sociologia, a Psicologia, a Psiquiatria, a Medicina e a Antropologia, que, cotejadas, direcionam-se para o caminho da interdisciplinaridade.

¹¹ O CC de 1916 entrou em vigor em 1917, tendo sido seu projeto elaborado pelo jurista Clóvis Beviláqua, no final do século XIX. O referido Código, no entanto, já tinha começado a ser elaborado, em 1959, por Teixeira de Freitas, jurista contratado pelo governo do Império para tanto. Tal contrato fora rescindido em 1872, tendo sido perpassada a tarefa da elaboração da Lei Civil ao jurista Nabuco de Araújo. Somente em 1899, depois da proclamação da República, é que Clóvis Beviláqua foi contratado para elaborar o então CC.

¹² Assim, para um aprofundamento do assunto, vide LYOTARD, Jean-François. **O Inumano**: considerações sobre o tempo. Tradução: Ana Cristina Seabra e Elizabete Alexandre. Lisboa: Editorial Estampa, 1997. p. 11.

Aliás, Hilton Ferreira Japiassu¹³ já dera o conceito de interdisciplinaridade, definindo-a como “[...] a interação entre duas ou mais disciplinas podendo ir da simples comunicação das idéias até a integração mútua dos conceitos, da epistemologia, da terminologia, da metodologia, dos procedimentos, dos dados, e da organização da pesquisa.”

Pode-se dizer, nessa linha de raciocínio, que o atual CC brasileiro acabou por definir, sob um viés mais social, o conceito de capacidade e incapacidade civis. Apesar disso, não podemos afirmar que o Direito, através da Lei¹⁴, resolve(ria) os problemas da sociedade. Isso seria sustentar um discurso desprovido de realidade e responsabilidade, visto que, até hoje, ainda não conseguimos (e talvez nunca consigamos) definir o que seja “homem”, para que possamos embasar qualquer discussão sobre resolução de problemas sociais.

Aliás, Franklin Baumer¹⁵ já apresentava a questão do *homem* como uma das questões perenes, ou seja, uma questão que vem sendo discutida ao longo da história e que até, o presente momento, não encontrou uma resposta segura¹⁶.

Não se pode esquecer que os avanços da lei civil, oriundos de uma (in)evolução da sociedade, (in)evolução essa inerente ao próprio ser humano, acabaram por gerar riscos para a mesma. Estes riscos, por sua vez, que não encontrarão uma resposta imediata, na Lei, visto que a transcendem. Tal transcendência se dá pelo fato de os riscos sociais serem locais e globais, ao mesmo tempo, o que Ulrich Beck¹⁷ acabou por denominar de *glocalidade*.

A Lei não é capaz de dar respostas, na mesma velocidade que a sociedade as busca. Na contemporaneidade, vive-se a dinâmica do tempo

¹³ JAPIASSU, Hinton Ferreira. A atitude interdisciplinar no sistema de ensino. **Tempo Brasileiro**. Rio de Janeiro, n. 108, p. 83, jan./mar., 1992.

¹⁴ A Lei, como fonte de Direito, apenas traduz a teleologia da ordem jurídica. “Direito” e “Jurídico”, contudo, são construções diversas, na medida em que a primeira, como ciência, possui o papel de socializar (ou buscar socializar) relações interpessoais, ao passo que a segunda possui o condão de regular questões meramente jurídicas, para o fim de dar uma certa segurança às relações firmadas e formadas entre os sujeitos de direito, evitando, com isso, uma verdadeira panacéia social.

¹⁵ Sobre as questões perenes, vide BAUMER, Franklin. **O Pensamento Europeu Moderno**. Lisboa: Edições 70. v. 1. p. 27-35.

¹⁶ Nesse sentido, até que ponto se quer (ou se pode) encontrar uma resposta única e definitiva para a questão do homem? Por enquadrar-se como um “ser complexo”, inserido numa sociedade extremamente complexa, definir o que seja “homem”, com o objetivo de *dar fim* ao seu papel, seria temerário.

¹⁷ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós, 1998.

escasso e a ditadura do instantâneo¹⁸. É insuportável, para o ser humano, a idéia de espera. O que se quer são respostas rápidas e seguras, no menor espaço de tempo¹⁹ possível, respostas essas que jamais serão dadas pela Lei, na velocidade que a sociedade as exige.

Nesse diapasão, nossa sociedade vive em busca de valores²⁰, destacando-se, ainda, o fato de que essa sociedade que busca valores, por não suportar a idéia de espera, acaba por se caracterizar como uma sociedade pós-moralista²¹, na visão de Lipovetski.

Assim, a evolução da legislação civil e penal ainda é precária, na medida em que o novo CC, em que pese estar vigente desde 2002, já está ultrapassado em alguns pontos, ao passo que o Código Penal (CP) não sofre uma reforma ampla desde 1984²².

Em verdade, o CC de 1916 é fruto do positivismo e das doutrinas individualistas, consagradas pelo Código de Napoleão (CC Francês, de 1804) e incorporadas pelas codificações oitocentistas. Esse fenômeno é semelhante ao que se consumou com a Constituição Federal (CF) de 1937. Imposta pelo Governo Vargas e seu “Estado Novo”, essa constituição foi cognominada de “Polaca”, pela influência sofrida de sua congênere polonesa de 1935, imposta pelo Marechal Josef Pilsudski²³.

A par disso, temos de ter em mente que a sociedade brasileira do século XIX (sob a vigência do CC de 1916) vivia sob os auspícios do Império, quando predominava o princípio patrimonialista²⁴. Esse princípio se sobrepunha, no

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittò (org.). **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Lúmen Júris Editora. Rio de Janeiro: 2004. p. 139-179.

¹⁹ Nesta obra, o que Prigogine tenta desvendar nos primeiros capítulos é se efetivamente o tempo possui um início, onde está localizado esse tempo e se esse tempo precede ou não o universo. PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

²⁰ MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. **A Sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996.

²¹ LIPOVETSKY In: MORIN; PRIGOGINE et al., 1996.

²² Fruto de longa gestação, a reforma penal nasceu com o advento das Leis nºs. 7.209 e 7.210, ambas de 11 de junho de 1984, quase, portanto, ao findar do regime autoritário e com expressões filosóficas de preservação da dignidade humana. A realidade brasileira, porém, levou a uma trilha diversa da racionalização do sistema penal, preconizada em tal reforma. Preferiu uma excessiva criminalização e uma repressão ainda mais severa dos fatos, deixando de mãos vazias o legislador humanista de 1984.

²³ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

²⁴ Considerada garantia da liberdade, na medida em que assegura a independência do indivíduo, a propriedade foi tida como direito inviolável e sagrado. “*La propriété étant un droit*

plano legal, a valores concernentes à própria vida, pensamento esse totalmente avesso ao dos dias²⁵ atuais.

De fato, o CC de 1916, inspirado no CC francês, era considerado a Constituição do Direito Privado²⁶ e almejava a *completude*, no sentido de ser destinado a regular, através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular²⁷. Isso transformava o vetusto Diploma Civil em um verdadeiro Leito de Procastro²⁸, na medida em que o antigo CC tentava, a qualquer custo, encontrar todas as respostas na lei, num verdadeiro exegetismo²⁹ exarcebado, por intentar a subsunção de fatos à norma, de forma inconteste.

Por derradeiro, e conforme já ventilado anteriormente, pode-se ressaltar que o meio social sofreu mudanças, e a sociedade de hoje é construída sobre os pilares da solidariedade social. Isso explica a ruptura com a Escola da Exegese, com o formalismo jurídico e com o individualismo jurídico, alheios à irrupção do social.

O rompimento com a Escola da Exegese decorreu da necessidade de dar conta das transformações no Direito. Assim, o fato social passou a ser referência do direito e não mais a "natureza humana" como ocorria no Direito

inviolable et sacré, nul ne peut en être privé [...]” é o princípio que encerra a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afixada no frontispício da Constituição Francesa de 1791. (BARROS, Sérgio Resende de. Matrimônio e Patrimônio, **Revista Brasileira de Direito de Família**, Rio de Janeiro, n. 8, p. 5, jan./fev./mar./2001).

²⁵ Sobre a origem do nascimento do CC de 1916, em especial sobre a estrutura social do país, no período da elaboração do Código, vide: GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 24-32.

²⁶ GIORGIANNI, Michele. Il diritto privato ed i suoi attuali confini, **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, p. 399, Milano: Giuffrè 1961.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3.

²⁸ Na mitologia grega, Procastro (o esticador), também chamado de Damastes, foi um gigante que morava em um castelo em Eleusis. Convidava os viajantes a pousarem no castelo, onde tinha uma cama de ferro. Se o convidado era muito grande para a cama, ele amputava o excesso; se a vítima era muito pequena, ele a esticava até as pontas da cama. Ninguém nunca cabia exatamente na cama de Procastro, porque ela era ajustável. Procastro continuou com seu reino de terror, até que foi capturado por Teseu, que o colocou em sua própria cama e cortou fora sua cabeça e seus pés.

²⁹ Na França e na Alemanha no séc. XIX aparece esta polêmica: de um lado, defendia-se uma doutrina limitativa da interpretação, com base na vontade do legislador, auxiliada pelas análises e métodos lógicos para construir o sentido da lei, como por exemplo: a Escola de Exegese da França; do outro lado, havia os que defendiam que o significado da lei se baseava nos fatores objetivos, com os conflitos da sociedade. Por exemplo: a jurisprudência dos interesses na Alemanha. Daí, no final do séc. XIX para o início do séc. XX, apareceu "o movimento do direito livre", segundo o qual, na interpretação do direito, deve-se procurar o sentido da lei, na vida, nos interesses e nas sociedades práticas. CABRAL, Gutemberg José da Costa Marques. A Interpretação Zetética do Direito, **Júris Síntese**, São Paulo, n. 19, p. 37-48, set./out., 1999.

moderno, ou a "natureza das coisas", no Direito clássico. A partir de então, passou-se à preocupação, também, com a efetividade social da norma jurídica³⁰.

Hoje a CF é vista como uma Constituição Jurídica, baseada em uma força normativa³¹. Considera-se a CF como "norma superior" e como "norma originária", estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, com a presença ativa de princípios relevantes³² para o próprio Direito e para as relações interprivadas.

2.3 CAPACIDADE E INCAPACIDADE CIVIS À LUZ DO CÓDIGO CIVIL

Conforme já foi mencionado anteriormente, o atual CC 'tentou socializar', à luz da CF, os Direitos da Personalidade³³. Para tanto, basta mirar o próprio texto da Lei para verificar, de plano, algumas mudanças que confirmam o

³⁰ SILVA, Mônica Paraguassu Correia da. A origem do Direito de solidariedade de José Fernando de Castro Farias, **Revista de Direito da UFF**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 18, 1998.

³¹ Na apresentação de tal norma, o tradutor Gilmar Ferreira Mendes menciona: "[...] sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere HESSE peculiar realce à chamada vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). A Constituição, ensina HESSE, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)". HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

³² Nesse diapasão, podemos citar o Princípio da Dignidade da Pessoa (CF, art. 1, III), o Princípio da Livre Iniciativa (CF, art. 1º, IV e art. 170, *caput*), o Princípio da Solidariedade (CF, art. 3º, I), o Princípio da Igualdade Substancial (CF, art. 3º, IV) e o Princípio da Igualdade entre Homens e Mulheres (CF, art. 5º, I e art. 226, par. 5º).

³³ Conforme afirma Sílvio de Salvo Venosa, a personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apóiam os direitos. Há direitos denominados personalíssimos, porque incidem sobre bens imateriais ou incorpóreos. A Escola do Direito Natural proclama a existência desses direitos, por serem inerentes à personalidade. São eles, fundamentalmente: os direitos à própria vida, à liberdade, à manifestação do pensamento. A Constituição Brasileira enumera uma série desses direitos e garantias individuais (art. 5º). Seguindo a mesma linha, Carlos Alberto Bittar informa que os direitos da personalidade nascem com a pessoa e para a sua individualização no mundo terrestre; prevalecem sobre os demais direitos, que, em eventual conflito, fazem ceder. Maria Celina Bodin de Moraes preleciona que os direitos da personalidade são aqueles direitos nos quais o bem não se encontra ao externo, mas é intrínseco à pessoa; referem-se aos atributos essenciais desta e às exigências de caráter existencial ligadas à pessoa humana enquanto tal. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 149; BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 108; MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o nome da pessoa humana, **Revista Brasileira de Direito de Família**, Rio de Janeiro, n. 7, p. 38, out./nov./dez. 2000.

anteriormente dito, sobretudo a 'tentativa de' constitucionalização do Direito Civil e, mais especificamente, sob o viés protetivo da dignidade humana.

Pela Lei anterior (CC de 1916), o Título I da Parte Geral do CC era denominado *Da Divisão das Pessoas*. Com o advento da nova legislação, passou a denominar-se *Das Pessoas Naturais*, com a substituição e renumeração, já na norma do art. 1º, da expressão *homem por pessoa*.

Foi substituída a expressão *loucos de todo o gênero* (Art. 5º, II, CC 1916) pela *enfermidade ou deficiência mental* (Art. 3º, II, CC 2002), quando o legislador fixou regras sobre a incapacidade absoluta, retirando, ainda, os *ausentes* (Art. 5º, IV, CC 1916) do rol de incapazes, bem como os *surdos-mudos* (Art. 5º, III, CC 1916), acrescentando, em câmbio, aqueles que, mesmo por *causa transitória*, não puderem *expressar a sua vontade* (Art. 3º, III, CC 2002).

Houve mudança substancial quanto à incapacidade relativa, tendo a mesma sofrido um *decrécimo* quanto à faixa etária, passando da faixa entre os 16 e 21 anos (Art. 6º, I, CC 1916) para a dos 16 aos 18 anos (Art. 4º, I, CC 2002).

Retirou-se do rol dos relativamente incapazes os *silvícolas*³⁴ (art. 6º, III, CC 1916), acrescentando, no parágrafo único da norma do art. 4º do CC, de 2002, que sua capacidade será regulada por legislação especial³⁵.

Acrescentou-se ao rol de incapazes relativos os *ébrios habituais*, os *viciados em tóxicos* e os que, por *deficiência mental, tenham o discernimento reduzido* (Art. 4º, II, CC 2002), bem como os *excepcionais*, sem desenvolvimento mental completo (Art. 4º, III, CC 2002). Os *pródigos* (Art. 4º, IV, CC 2002) continuam a ser considerados incapazes relativos, tendo sofrido apenas mudança na numeração da norma (Art. 6º, II, CC 1916).

A menoridade, pela letra da atual legislação, cessa aos 18 anos, e não mais aos 21 anos, como previa o vetusto CC.

³⁴ Silvícola é aquele que nasce ou vive na selva. Para a legislação brasileira, silvícola é o índio, que encontra-se sobre tutela da Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

³⁵ A Lei Especial a que se refere a norma do artigo em questão é a Lei nº. 6001/73 (Estatuto do Índio). É evidente que o índio, por ser relativamente incapaz, poderia ser emancipado, nos termos do parágrafo único da norma do art. 5º do CC de 2002, tornando-se, pois, capaz civilmente. A emancipação do índio, todavia, deve ser feita via decreto presidencial, nos termos da norma do art. 11 da Lei nº. 6001/73. Não pode passar *in abis* a menção ao Capítulo VIII do Título VIII da CF de 1988, que destaca os direitos e deveres do índio.

Assim, serão analisados amiúde todos os sujeitos absoluta e relativamente incapazes, bem como a plena capacidade, sob a ótica jurídica e psicossocial, para que, ao final, seja possível ter subsídios e argumentos, no sentido de questionar um enquadramento volitivo, quando de uma eventual internação psiquiátrica.

2.3.1 Incapacidade absoluta

Pela letra do CC, os absolutamente incapazes são os menores de 16 anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade³⁶.

A vontade do sujeito absolutamente incapaz não é levada em conta, no plano do Direito Civil. Em verdade, é como se não tivesse vontade, pois o que vale é vontade do seu representante legal³⁷.

Com efeito, os menores de 16 anos são representados por seus pais. No caso de os pais não estarem mais presentes - seja por morte, ausência ou por terem se tornado incapazes - sua representação far-se-á por meio de um tutor nomeado pelo juiz.

Os que possuem enfermidade ou deficiência mental, que lhes retira o discernimento, e as pessoas que não podem expressar sua vontade serão representados por curador, se possuírem mais de 18 anos. Se forem menores de 18 anos, já serão representados por seus pais ou por tutor, no caso de os pais não poderem, uma vez que se consideram incapazes, de qualquer jeito³⁸.

³⁶ Segundo Paulo Nader, no Direito Romano a incapacidade absoluta alcançava os “loucos” e os menores até 14 anos – *infantes* – e abrangia todos os atos da vida civil. Nomeava-se tutor para os menores e curador para “os loucos”. NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 192.

³⁷ Evidentemente que os poderes do representante do absolutamente incapaz não são absolutos. Ele necessita de autorização do Judiciário e do Ministério Público, para realizar atos que importem em ganho ou perda patrimonial do seu representado. Qualquer ato realizado pelo representante, sem referidas autorizações, caracterizar-se-á como um ato nulo, sem prejuízo de eventuais sanções ao representante.

³⁸ FIÚZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 8. ed. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 122.

Logo, os absolutamente incapazes têm direitos, porém não poderão exercê-los, direta ou pessoalmente, devendo ser representados³⁹. Em outras palavras: possuem apenas capacidade de direitos.

A partir de agora, será analisada cada categoria de sujeitos absolutamente incapazes.

2.3.1.1 Os menores de 16 anos

2.3.1.1.1 Âmbito jurídico

Primeiramente, deve-se destacar que foi mantida, no atual CC, a idade inferior a 16 anos, para a identificação de sujeitos absolutamente incapazes, ou seja, já no CC de 1916, o legislador entendeu que um menor de 16 anos não teria atingido uma maturidade emocional, que pudesse ajudá-lo a distinguir o que pode e o que não pode fazer, na seara civil.

Para Silvio Rodrigues, os menores de 16 anos, “[...] dado seu desenvolvimento mental incompleto, carecem de auto-orientação, sendo facilmente influenciáveis por outrem⁴⁰”.

Um jovem com menos de 16 anos, na época da promulgação do vetusto CC, entretanto, não possuía a mesma mentalidade de um jovem dos tempos atuais. Na época, o autor do anteprojeto do CC, o jurista Clóvis Beviláqua⁴¹, assim se referia aos jovens de 16 anos, *verbis*:

[...] nessa idade, o indivíduo já recebeu, no seio da família, certas noções essenciais, que lhe dão o critério moral necessário para orientar-se na vida, e a educação intelectual já lhe deu luzes suficientes para dirigir a sua atividade jurídica, sob a vigilância ou assistência da pessoa designada pelo direito para auxiliá-lo e protegê-lo.

³⁹ CHAVES, Antonio. Capacidade civil. In: FRANÇA, Rubem Limonji. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 13. p. 9.

⁴⁰ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 3. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1967. p. 72.

⁴¹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. (Edição histórica). Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980. p. 85.

Evidentemente tal posicionamento encontra-se ultrapassado, se for levada em conta a complexidade de nossa sociedade, em detrimento da complexidade da sociedade em 1916. Pelo avanço da sociedade e da própria ciência, vive-se numa verdadeira *epistemologia da incerteza*⁴².

Dessa forma, não há como ficar reproduzindo conhecimentos científicos dos nossos antepassados, pois, se assim o fosse, a própria ciência não teria sentido de existir. Nesse ponto, o Direito Civil acabou por não acompanhar evoluções que se deram no âmago da sociedade⁴³.

Assim, a ciência possui, como baluarte para o seu desenvolvimento, a própria *incerteza*. Nesse sentido, o Direito, como ciência que é, deve progredir, mesmo que a passos curtos, no sentido da evolução, sob pena de se estagnar e deixar de acompanhar tais transformações inerentes ao próprio ser humano.

Para a civilista Maria Helena Diniz, tal limite deveria ser repensado, visto que a mentalidade dos jovens de hoje é bem mais desenvolvida do que na ocasião da promulgação do CC de 1916⁴⁴.

2.3.1.1.2 Âmbito psicossocial

No âmbito psicossocial, a incapacidade absoluta, quanto à faixa etária do sujeito, deve ser lida de outra maneira. Para tanto, foram incluídos neste item algumas questões referentes à capacidade das pessoas, quanto à sua idade cronológica, englobando, com isso, a questão psicossocial dos relativamente incapazes maiores de 16 e menores de 18 anos.

Primeiramente, deve-se destacar que a Organização Mundial da Saúde (OMS) considera, como adolescência, a idade compreendida entre os 10 e os 20 anos. Isso difere de como o período se apresenta no Estatuto da Criança e

⁴² LOPES JUNIOR, 2004. p. 147; LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

⁴³ Cabe ressaltar, entretanto, o pontificado na Jornada III STJ 138, *verbis*: “a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do CC 3º, I, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do Direito Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 142.

do Adolescente (ECA – Lei nº. 8069/90), onde a faixa etária da adolescência fica compreendida entre os 12 anos completos e os 18 anos incompletos. Até os 12 anos, a pessoa é considerada, para fins de lei, como criança.

Para Paulo Antonio de Carvalho Fortes, “[...] o limite superior da adolescência estabelecido pelo Estatuto foi determinado mais em virtude dos limites legais impostos pela legislação penal do que por motivações biológicas e/ou psíquicas⁴⁵”.

Conforme já discorrido no item anterior, contudo, a maioridade, para o CC, inicia-se aos 18 anos, sendo o menor de 16 anos considerado absolutamente incapaz e o menor compreendido entre os 16 e os 18 anos incompletos, como relativamente incapaz.

Na verdade, essa proposição da OMS, baseada numa forte tendência anglo-saxônica, de ampliar os direitos dos adolescentes para tomarem decisões autônomas, possui como finalidade última abrir um leque de discussões entre a *maioridade sanitária* e a *maioridade legal*⁴⁶.

Com efeito, a diferença basilar entre a maioridade sanitária e a maioridade legal encontra respaldo exatamente pela capacidade de tomada de decisões, por parte dos adolescentes. Um menor de 18 anos não possui capacidade legal, para tomar, de *per si*, decisões no âmbito jurídico, devendo ser assistido ou representado, conforme o caso.

No âmbito psicossocial, no entanto, em que pese a ululante diferença para com o âmbito legal, o adolescente pode tomar decisões que venham a influir em sua saúde mental e física⁴⁷.

⁴⁵ FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. **Ética e saúde**: questões éticas, deontológicas e legais, tomada de decisões, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos. São Paulo: EPU, 1998. p. 46.

⁴⁶ FORTES, 1998. p. 47-48.

⁴⁷ Segundo os ensinamentos de Paulo Antônio de Carvalho Fortes, nos Estados Unidos da América (EUA), desde os anos de 1960, leis estaduais e decisões de tribunais têm ampliado o direito à autodeterminação do adolescente. São previstas situações nas quais os adolescentes podem consentir ou recusar determinados procedimentos ou tratamentos, sem permissão paterna. Desde o final dos anos de 1980, todos os estados haviam legislado a esse respeito. Há atualmente estados onde o adolescente é autorizado a consentir determinados tipos de assistência, como pré-natal, prevenção da gravidez e uso de anticoncepcionais, tratamento e prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, uso abusivo de drogas, no caso de danos físicos causados por estupro e para testes de detecção do HIV. Todos os estados permitem a decisão dos adolescentes, no tratamento de doenças sexualmente transmissíveis. Já na Inglaterra, desde o *Family Law Reform Act*, de 1969, existe permissão legal para que um adolescente, maior de 16 anos, possa tomar decisões relacionadas a tratamento médico, sem a necessidade de consentimento paterno. Para os menores de 16 anos, o consentimento pode ser dado em determinadas circunstâncias, após avaliação de sua capacidade de compreensão

Nessa mesma linha, o Código de Ética Médica brasileiro (CEM) filiou-se à corrente anglo-saxônica, na medida em que adota, claramente, o critério de maioria sanitária em detrimento do legal. Para tanto, basta examinar a norma do art. 103, do referido Código, que estabelece:

[...] é vedado ao médico revelar segredo profissional referente a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou responsáveis, desde que o menor tenha capacidade de avaliar seu problema e conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo, salvo quando a não revelação possa acarretar danos ao paciente.

Tem-se, no caso, uma norma de caráter deontológico (art. 103 do CEM - Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº. 1.246/88, de 08.01.88) sobrepujando-se a uma norma legal, de caráter cogente (art. 4º do CC – Lei Nacional⁴⁸ nº. 10.406/2002, de 10.01.2002). Eis uma discussão fértil a ser elaborada. Assim, numa situação prática, em qual norma o médico deveria se filiar? Na deontológica ou na legal (cogente)?

Conforme já se discorreu, o CC de 1916 tinha, em sua essência, um cunho de veras patrimonialista, situação que se mostrou substancialmente diferente com o surgimento do atual CC, datado de 2002.

Em que pese o fato de que a essência se modificou, não se deve esquecer que o atual CC ainda mantém pertinência temática com a propriedade em si. Isto ocorre, pois se trata de um direito constitucionalmente garantido, fato que, por si só, não poderia ser esquecido pelo legislador do Código. Apesar disso, vale ressaltar que “[...] essas leis em geral visam à proteção da propriedade, e não das pessoas, e, portanto, não são apropriadas para as decisões médicas⁴⁹.”

e de sua maturidade para tomar decisões. Na Espanha, a Lei Orgânica sobre a proteção jurídica do menor garante ao adolescente – com capacidade de compreensão e juízo sobre as circunstâncias concretas do caso concreto – o direito de decidir, aceitando ou recusando um tratamento proposto por profissionais da saúde. FORTES, 1998. p. 48.

⁴⁸ Existe uma diferença substancial entre Lei Nacional e Lei Federal. O nó górdio da diferença encontra guarida no âmbito de incidência normativa, i.e., enquanto a primeira irradia efeitos para todo o Estado brasileiro, a segunda se dirige tão somente à União, como ente político central da Administração Direta federal.

⁴⁹ BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 131.

Assim, e seguindo tal linha de entendimento, podemos comungar da idéia de que o profissional da saúde poderá valer-se de normas deontológicas, para firmar suas convicções com segurança perante o paciente.

Por outro lado, se nos basearmos no Princípio Legalista, princípio-chave do Estado Democrático de Direito, verificaremos que o médico, como profissional da saúde, não possui condições de considerar válida uma decisão autônoma de uma pessoa menor de 18 anos.

Isso decorre diretamente das normas dos arts. 166, I, 171, I e 185, todas do CC, que estabelecem que os atos praticados por absolutamente incapazes serão nulos, e os atos praticados por relativamente incapazes serão anuláveis, i.e, para que os atos emanados possuam validade jurídica, os primeiros devem estar representados, ao passo que os segundos precisam ser assistidos.

Logo, juridicamente falando, as emanações de vontade dos menores de 18 anos não possuem eficácia jurídica. Elas parecem, no entanto, possuir eficácia à luz da Deontologia. Está-se, pois, pisando no terreno fértil de uma discussão entre Deontologia, como estudo dos valores éticos do Direito, no campo da moral, e a Dogmática Jurídica, como estudo do Direito como ordem normativa.

A Deontologia, cognominada como a Ciência dos Deveres, é o ramo da Ética que estabelece normas reguladoras da atividade profissional, fundadas na retidão moral e na honestidade. Para Fernando Bastos de Ávila, Deontologia “[...] é a ciência que estuda o que é justo e conveniente ao homem fazer, do valor que deve visar e do dever de cumprir a norma que se aplica ao comportamento humano⁵⁰”. É, em outros termos, uma ciência que tem pontos coincidentes com a moralidade e com a ética, sem, entretanto, com elas se confundir.

Nesse sentido, sabemos que [...], como terminologia, poucos são os que identificam a ética com a Deontologia. Preferem chamar de Deontologia apenas a ética aplicada e restrita a um setor específico do comportamento humano, isto é, o comportamento típico e característico que apresenta o homem, quando exerce uma determinada profissão. O substantivo

⁵⁰ ÁVILA S. J. Fernando Bastos de. **Pequena enciclopédia de moral e civismo**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1967. p. 145.

Deontologia vem, assim, invariavelmente acompanhado por um qualitativo, que indica de que profissão se trata: deontologia médica, jurídica, jornalística etc., porque, a deontologia é a ciência que estabelece normas diretoras da atividade profissional sob o signo da retidão moral ou da honestidade, sendo o bem a fazer e o mal a evitar no exercício da profissão o objeto da Deontologia profissional⁵¹.

Retornando à norma do art. 103 do CEM, deve-se ter em mente que o menor tem de ter capacidade de avaliar o seu problema de saúde, sabendo, por si só, conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo. Ressalte-se que tal capacidade não gerará efeito deontológico, se vier a causar algum malefício para o próprio menor. Temos, pois, que essa autonomia estabelecida pelo CEM não é plena.

Veja-se que um indivíduo maior e autônomo possui condições de decidir por um tratamento ou não, mesmo que a inércia no referido tratamento venha a causar prejuízos à sua saúde. Isso se verifica, em que pese o paternalismo médico altamente presente, bem como o dever do profissional da saúde em guiar-se sob os auspícios dos Princípios da Beneficência e da Não-Maleficência.

Muitas vezes, determinadas condutas efetivadas por uma equipe médica, apesar de calcadas no Princípio da Beneficência, acabam por atacar o respeito à própria autonomia do paciente. Todavia, tal afronta só é possível, quando se tratam, repita-se, de pacientes plenamente autônomos e conscientes.

Os menores, do ponto de vista deontológico e valendo-se como baluarte, no presente caso, da norma do art. 103 do CEM⁵², possuem uma espécie de autonomia relativa (ou autonomia mitigada). Isso, no plano jurídico, sequer seria levado em consideração, conforme foi comentado⁵³.

⁵¹ LAZZARINI, Álvaro Magistratura: Deontologia, função e poderes do juiz. In: NALINI, Jose Renato (coord.); LAZZARINI, Álvaro (colab.) et al. **Curso de Deontologia da Magistratura**. São Paulo: Saraiva, 1992.; ÁVILA S. J, 1967. p. 99.

⁵² O Código de Ética do Psicólogo (CEP), na norma do art. 26, estabelece, *verbis*: “O sigilo profissional protegerá o menor impúbere ou interdito, devendo ser comunicado aos responsáveis o estritamente essencial para promover medidas em seu benefício”.

⁵³ A questão da capacidade sanitária também é tratada por Jussara de Azambuja Loch, que afirma que a evolução cronológica da capacidade, aliada às suas poucas exceções (emancipação), acaba por não reconhecer as habilidades cognitivas e morais das etapas da adolescência, trazendo graves inconvenientes ao consentimento do adolescente na área da

Sua autonomia será levada em conta, quando o menor tiver capacidade de avaliar o seu problema de saúde, sabendo, por si só, conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo. Somente nessas situações. Essa autonomia não valerá, pois, se houver risco de morte para o mesmo.

Acredita-se que os menores, em que pese o fato de serem incapazes civilmente, possuam capacidade para, em determinadas situações, avaliarem seu estado de saúde, juntamente com o profissional da área médica devidamente habilitado. Com isso, eles tomam suas próprias decisões, aplicando-se o conceito de maioridade sanitária, que funciona(ria) de forma independente do conceito de maioridade vaticinada no CC.

Ademais, a capacidade para entender e decidir não tem uma dependência direta com a idade da pessoa. Muitas crianças e adolescentes podem já ter este entendimento e podem participar ativamente do processo de consentimento, mesmo que sem valor legal associado⁵⁴.

Cabe ao profissional efetivar o balanço entre as vantagens e os inconvenientes da informação que deve ser dada aos responsáveis pelos menores (pais, tutores ou curadores), assim como os tópicos a serem discutidos e a magnitude de informação a ser revelada em cada tópico⁵⁵. Essa situação se mostra diversa, quando se trata de pacientes absolutamente autônomos e conscientes, onde a individualidade deve ser respeitada, de forma incondicional, mesmo que em evidente prejuízo ao mesmo.

saúde. Segundo a autora, torna-se fundamental, para a Medicina do Adolescente no Brasil, uma ampla discussão sobre a capacidade sanitária dos adolescentes, no sentido de contemplar suas necessidades de confidencialidade e concretizar uma relação clínica eticamente adequada, que promova a autodeterminação gradual dos jovens, garantindo uma perspectiva evolutiva ao processo de consentimento informado, conferindo-o um triplo significado. O primeiro, de caráter ético, reconhece a dignidade e a emergente autonomia do jovem. O segundo, de contexto terapêutico e beneficente, eleva o enfermo à condição de participante ativo do processo de promoção e recuperação da saúde. O terceiro é educacional, porque anima o exercício da autodeterminação, tarefa essa de suma importância, no contexto da Medicina da Adolescência. LOCH, Jussara de Azambuja. **La confidencialidad en la asistencia a la salud del adolescente**: percepciones y comportamientos de un grupo de universitarios de Porto Alegre, RS – Brasil. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 37-38.

⁵⁴ GOLDIN, José Roberto. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia, **Revista AMRIGS**, Porto Alegre, v. 46, n. 3/4, p. 110, jul./dez., 2002.

⁵⁵ BEUCHAMP, Tom L.; McCULLOUGH, Laurence B. The management of medical information: legal and moral requirements of informed voluntary consent. In: EDWARDS, Rem B.; GRABER, Glenn C. **Bioethics**. San Diego: Haccourt Brace Jovanovich Publisher, 1988. p. 18-19.

2.3.1.2 Os enfermos ou deficientes mentais sem o necessário discernimento

2.3.1.2.1 Âmbito jurídico

Aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuem o necessário discernimento para praticar os atos da vida civil, pela letra da norma do art. 3º, II do CC, são considerados absolutamente incapazes.

Observe-se que o legislador de 2002, ao formatar a redação atual da norma do art. 3º, II do CC, procedeu muito bem, na medida em que substituiu a vexatória redação da antiga norma do art. 5º, II do CC de 1916, que considerava absolutamente incapazes os *loucos de todo gênero*⁵⁶. Continua a problemática, no entanto, na medida em que todo o deficiente mental tem uma enfermidade mental.

A malfadada expressão *loucos de todo gênero* teve origem no Código Criminal de 1830, tornando-se, à época, usual entre todos. À época, todavia, tal expressão se mostrava adequada. O que se questiona é a sua não atualização para os tempos atuais.

Foram muitas as críticas à expressão *loucos de todo gênero*, desde a publicação de nosso CC. Ela se manteve, por influência de Teixeira de Freitas, idealizador do CC de 1916. Em razão das constantes críticas, tal expressão foi substituída, através do Decreto nº. 24.559/34, pela palavra *psicopatas*.

O CC de 2002, entretanto, valeu-se da expressão *enfermidade ou deficiência mental*, apropriando-se de conceito mais técnico e científico. A expressão é moderna e atende às concepções do Direito moderno, que devem andar paralelamente às das ciências afins, como a Psicanálise, a Psicologia e a Psiquiatria.

Ao comentar o CC de 1916, Clóvis Beviláqua já criticava a expressão [...] *loucos de todo gênero*, afirmando que

⁵⁶ Segundo Foucault, até a Idade Média, a loucura era praticamente despercebida como doença e, quando notada, era vista como um fato cotidiano ou como uma dádiva divina, por meio de significações religiosas e mágicas. A loucura tinha, na sociedade, uma certa razão, um ingrediente natural que habitava as casas, os povoados e os castelos. FOUCAULT, Michel. **História da loucura na Idade Clássica**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987.

[...] esta é a expressão tradicional em nosso direito; mas não é a melhor. O projeto primitivo preferia a expressão alienados de qualquer espécie, porque há casos de incapacidade civil que se não poderiam, com acerto, capitular como de loucura. [...] Só será alienado, como diz Afrânio Peixoto, aquele cujo sofrimento o torne incompatível com o meio social⁵⁷.

De forma semelhante, Caio Mário dispôs que “[...] quando o Código Civil faz referência à loucura, não se quer limitar àqueles casos de distúrbio mental que faz do enfermo um furioso, mas alude a toda espécie de desequilíbrio das funções cerebrais”⁵⁸.

A história sempre colocou os loucos de um lado, em contraposição aos dotados de razão. Mas esta fronteira entre o normal e o anormal deve ser questionada, mesmo porque ela tem variado, ao longo do tempo e de uma cultura para outra (sociedades simples, sociedades complexas). A evolução dos tratamentos é imprecisa e de difícil demarcação. A insensatez, a feitiçaria, a paixão desesperada eram consideradas loucura - loucura que não tinha remédio, apenas a misericórdia de Deus. O que se fez e se faz até hoje, no campo jurídico, é a demarcação dos limites da razão para que o Estado possa dizer quem pode e quem não pode praticar atos da vida civil⁵⁹.

Além disso, o Direito poderia demarcar os limites da razão? E em nossa vida? Esse limite é demarcável? Parece que o Direito, como ciência, não teria condições de demarcar tais limites. Ele deve se socorrer, inevitavelmente, dos cientistas da área da saúde mental, em especial no que se refere às estruturas da personalidade, com o fito de tentar compreender a dimensão dos limites da razão.

Aliás, a Lei, como se percebe, não entra em disputas conceituais que pertencem antes à psicologia, à psiquiatria ou à psicanálise. O tema, será analisado, de forma perscrutativa, posteriormente.

⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Comentário ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1984. p. 83.

⁵⁸ PEREIRA, 2004. p. 235.

⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Todo gênero de louco: uma questão de capacidade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 52, abr./mai./jun. 1999.

Seguindo a linha de raciocínio delimitada pelo âmbito aqui proposto, importante acrescentar que a incapacidade absoluta, nesse caso em particular, ocorre através de processo de interdição, com uma sentença judicial passada em julgado, sendo nomeado, ao final, o curador para representação.

De forma propedêutica, Maria Helena Diniz descreve o trâmite processual do processo de interdição:

O processo de interdição inicia-se com um requerimento dirigido ao magistrado, feito pelos pais, tutor, cônjuge, qualquer parente ou, ainda, pelo Ministério público (CPC, art. 1.177; CC, art. 1.768). O juiz manda citar o interditando, a fim de que ele tenha conhecimento do pedido para convocá-lo para uma inspeção pessoal. A audiência efetiva-se em segredo de justiça, sendo que o juiz, assistido por especialistas o “examinará pessoalmente, interrogando-o minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens e sobre o que lhe parecer necessário para ajuizar o seu estado mental” (CPC, art. 1.181; CC, art. 1.771). Após o que começa a correr prazo de 5 dias para o interditando impugnar o pedido. Passado tal lapso de tempo, o órgão judicante nomeia perito para proceder ao exame médico-legal do interditando. Com a apresentação do laudo médico, havendo prova oral a ser produzida, o magistrado designará audiência de instrução e julgamento, após o que pronuncia o decreto judicial de interdição, que deverá ser inscrito (Lei n. 6.015/73, art. 92; CC, art. 9, III) no Registro das Pessoas Naturais e publicado pela imprensa local e pelo órgão oficial três vezes, com intervalo de 10 dias, constando do edital os nomes do interdito e o curador que o representará nos atos da vida civil, a causa da interdição e os limites da curatela (CPC, art. 1.184)⁶⁰.

Pontes de Miranda já mencionava a imprescindibilidade do registro da sentença, com o objetivo da mesma estatuir eficácia para todos⁶¹.

Haverá, conforme verificado, a necessidade de perícia médica para constatar a situação de incapacidade. O juiz, contudo, não está adstrito ao laudo médico, podendo formar sua convicção pela livre apreciação probatória⁶², inobstante a perícia realizada pelo profissional da saúde⁶³.

⁶⁰ DINIZ 2003. p. 145.

⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1939**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 16. p. 391-393.

⁶² “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos” (art. 438, CPC). No mesmo sentido, estabelece a

O objetivo específico da perícia psiquiátrica é tanto auxiliar a justiça civil, com fins de verificação da capacidade do sujeito, quanto esclarecer, à justiça penal, questões de ordem específica. Estas questões são reveladoras do estado mental do indivíduo, no momento de cometer o crime, e, posteriormente, vão determinar sua imputabilidade ou não.⁶⁴ Com relação ao seu objeto, de maneira geral, pode-se dizer que é demonstrar a existência ou não de doença mental ou anomalia psíquica no indivíduo, estabelecendo o seu respectivo diagnóstico; relacionar esta existência com outros fatores, tais como a capacidade de querer, entender e agir perante o crime; ou seja, averiguar seu estado mental, no momento do cometimento do mesmo.

Os atos praticados por um enfermo ou deficiente mental, sem o necessário discernimento, estarão eivados de nulidade. Com efeito,

norma do art. 182 do Código de Processo Penal (CPP), *verbis*: “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.

⁶³ “A prova pericial é meio de suprir a carência de conhecimentos técnicos de que se ressente o juiz para apuração dos fatos litigiosos. Mesmo assim, cabendo ao juiz apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes (art. 131, CPC), não está o julgador adstrito à conclusão do laudo pericial, podendo formar sua convicção com base em outros elementos e fatos provados no processo, indicando na sentença os motivos formadores de seu convencimento. A perícia é mais um dos meios probatórios destinados a auxiliar o juiz na decisão da causa, mas não se presta para decidir isoladamente a lide. Já Humberto Theodoro Junior leciona que o laudo pericial, todavia, vale, não pela autoridade técnica de quem o subscreve, mas pela força de convencimento dos dados que o perito conseguiu levantar, a partir da ciência por ele dominada. Esses mesmos dados podem ser cotejados com outros elementos probatórios disponíveis ou submetidos a exame crítico e racional do Juiz, para chegar-se a conclusões diversas daquelas apontadas pelo experto. O Juiz não possui os conhecimentos técnicos do perito, mas dispõe de discernimento e experiência para rever os termos do silogismo em que se apoiou o laudo e, por isso, pode criticar e desprezar sua conclusão”. Nesse sentido: HC – EXAME DE INSANIDADE MENTAL – HOMOLOGAÇÃO DO SEGUNDO LAUDO EM DETRIMENTO DO PRIMEIRO – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO – PRECEDENTES DA CORTE E DO STF – 1. O juiz não está adstrito ao laudo pericial. Cumpre-lhe valorar cada uma das provas, e, se não lhe resta claro o objeto do laudo, mostra-se necessária a realização de novo exame, a fim de se apurar a imputabilidade do acusado. 2. O princípio do livre convencimento permite ao magistrado homologar o laudo pericial que lhe pareça coerente e imparcial. 3. Ordem denegada. (Superior Tribunal de Justiça (STJ) – HC nº. 17964 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – Diário de Justiça da União (DJU) 04.02.2002). Em outra época histórica, a questão era tratada sob um viés totalmente diverso, como menciona Filgueiras Junior: “A vontade e as paixões ainda não estavam presentes na teoria sobre a loucura, e os loucos de todo gênero não precisavam de especialistas para serem reconhecidos. “O juiz de direito (era) obrigado a formular quesito sobre o estado de loucura do réu, quando lhe for requerido” e o “exame” deveria ser feito diante do júri, “que é quem devia apreciá-lo para decisão [...] A circunstância da loucura, ainda que de notoriedade pública, só podia ser tomada em consideração pelo júri”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade Civil por erro médico: aspectos processuais da ação. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 4, p. 152, mar./abr. 2000. p. 152; FILGUEIRAS-JR., Araújo. **Código criminal do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Casa dos editores proprietários Eduardo & Henrique Laemmert, 1876. p. 12.

⁶⁴ LLORENTE, Alberca et. al. **Psiquiatria y derecho penal**. Madrid: Technos, s.d. p. 15.

[...] como a insanidade mental e não a sentença de interdição que determina a incapacidade, sustentam alguns que, estando ela provada, é sempre nulo o ato praticado pelo incapaz, antes da interdição. Outra corrente, porém, inspirada no direito francês, entende que deve ser respeitado o direito do terceiro de boa-fé, que contrata com o privado do necessário discernimento sem saber das suas deficiências psíquicas. Para essa corrente somente é nulo o ato praticado pelo amental se era notória o estado de loucura, isto é, de conhecimento público⁶⁵.

A lei brasileira, por falta de conteúdo específico, não admite *intervalos lúcidos*⁶⁶, ou seja, não permite validar atos praticados pelos privados de discernimento ou pelos deficientes mentais, em momentos de aparente lucidez.

2.3.1.2.2 Âmbito psicossocial

No que diz respeito aos enfermos ou deficientes mentais, sem o necessário discernimento, sob o prisma psicossocial, algumas observações devem ser feitas, antes de se adentrar no mérito da questão.

Veja-se que, pela legislação brasileira, a incapacidade absoluta abrange os enfermos ou deficientes mentais, sem o necessário discernimento, ao passo que os deficientes mentais com discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo são catalogados como relativamente incapazes.

Num primeiro plano, podemos observar que o legislador diferiu os enfermos dos deficientes mentais, visto que se valeu do pronome alternativo *ou*, ao dispor sobre o assunto. Assim, uma pessoa doente, desde que sem o necessário discernimento, pode ser considerada, para fins legais, como absolutamente incapaz, independente da doença ser mental. Ressalta-se que condições médicas gerais, como traumatismos, podem causar alterações nas

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 91.

⁶⁶ DINIZ, 2003. p. 144; GONÇALVES, 2003. p. 87; RODRIGUES, 1967. p. 44.

funções mentais. Ainda assim, o quadro do paciente fica caracterizado como uma enfermidade mental.

Note-se, ainda, que o legislador pátrio não considerou os excepcionais como sujeitos sem desenvolvimento mental completo, como ocorre com enfermos. Se o tivesse feito, os teria incluído no rol dos absolutamente incapazes. Logo, por silogismo, podemos considerar os excepcionais como sendo pessoas com desenvolvimento mental completo e, portanto, como absolutamente capazes.

Outro detalhe importante, trazido pelo legislador pátrio e que merece discussão, sob o prisma psicossocial, é a questão do *discernimento*. Então, se a pessoa é enferma ou deficiente mental, sem o necessário discernimento, ela é considerada absolutamente incapaz. Por outro lado, se o discernimento é reduzido, o deficiente mental é relativamente incapaz. E o enfermo com o discernimento reduzido? Onde se enquadraria?

Pela lógica, um enfermo com discernimento reduzido seria absolutamente capaz, desde que acompanhado do requisito da idade biológica. Teria, ainda, sua autonomia preservada, desde que fosse consciente de seus atos. Isso se verifica, visto que a legislação sequer sinaliza o que seria *discernimento reduzido*, e tampouco informa o grau de tal discernimento.

Pela letra da lei, o deficiente mental transita em dois campos, quais sejam, o da incapacidade absoluta e o da incapacidade relativa, ao passo que o enfermo transita somente no campo da incapacidade absoluta.

É evidente que os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, desde que dependentes da droga, seriam considerados enfermos; todavia, jamais seriam absolutamente incapazes, a não ser que o uso demasiado da droga viesse a se tornar, para eles (via avaliação psiquiátrica), uma enfermidade mental, que prejudicasse totalmente sua capacidade, comprometendo, por corolário, sua autonomia.

Para evitar adentrar um campo cujo momento não se mostra ainda apropriado, assim como para evitar tautologias, a partir de agora, será abordada, sob o ângulo psicossocial, a questão dos enfermos ou deficientes mentais sem o necessário discernimento.

A lei, conforme já foi destacado trata os enfermos que se mostram sem o necessário discernimento como sendo absolutamente incapazes. Todavia, não

informa quais enfermidades estariam imbricadas no conceito de incapacidade absoluta. Pela leitura legal, bastaria o sujeito estar enfermo e desprovido do necessário discernimento.

É possível imaginar, no presente caso, que um doente em coma, seria considerado, via processo de interdição, um absolutamente incapaz. Isso decorreria da impossibilidade de emitir sinais que expressassem sua capacidade, bem como de sua falta de discernimento.

Onde, contudo, se encontra o limite desse discernimento? O que faz uma pessoa ter ou não ter discernimento, ou, ainda, tê-lo de forma reduzida? Qual a diferença de um enfermo e de um deficiente mental? Um deficiente mental, para fins médicos, não seria um enfermo?

Com efeito, nem todo enfermo deve ser considerado um doente mental. A lei englobou os dois, como absolutamente incapazes; todavia, pontuou tal classificação, na medida em que eles não tivessem nenhum discernimento. Logo, os enfermos sem discernimento poderiam ser considerados os pacientes comatosos. Já os deficientes mentais seriam aqueles com uma doença mental que lhes retirasse a capacidade de tomar uma decisão autônoma, sem causar prejuízos para si e para outrem. É o que ocorre nos casos de sujeitos portadores de esquizofrenia paranóide aguda⁶⁷. Do ponto de vista técnico, contudo, o legislador se mostrou muito confuso.

Ademais, devemos ter em mente que a enfermidade e a deficiência mental são conceitos de saúde pública. Nesse sentido, não é o Direito que vai dizer se um sujeito possui uma enfermidade ou uma deficiência mental, capaz de alterar seu grau de discernimento.

Para tanto, o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV)⁶⁸ idealizou uma avaliação multiaxial, criando diversos eixos, “[...] cada qual relativo a um diferente domínio de informação capaz de ajudar o clínico a planejar o tratamento e predizer o resultado”⁶⁹. Segundo o DSM, os mencionados eixos seriam assim divididos:

⁶⁷ O DSM-IV, da Associação Americana de Psiquiatria, ao discorrer sobre a esquizofrenia paranóide, assinala que ela se faz presente em sujeitos que possuem a característica de uma excessiva preocupação com um ou mais delírios ou alucinações auditivas freqüentes.

⁶⁸ O DSM não tem validade legal no Brasil. Para a confecção de laudos médicos, os profissionais da saúde têm de utilizar o Código Internacional de Doenças (CID-10), da OMS.

⁶⁹ DSM-IV-TR. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**. Tradução: Cláudia Dornelles. 4. ed. Revisada. Porto Alegre: Artmed, 2002. p. 59.

- Eixo I**⁷⁰ – Transtornos clínicos;
Outras condições que podem ser foco de atenção clínica;
- Eixo II**⁷¹ - Transtornos da personalidade;
Retardo mental;
- Eixo III**⁷² - Condições médicas gerais;
- Eixo IV**⁷³ - Problemas psicossociais e ambientais;
- Eixo V**⁷⁴ - Avaliação global do funcionamento.

Aliás, uma das principais áreas de intersecção entre o Direito e a Psiquiatria ocorre no momento em que o Direito tenta definir e identificar, nos indivíduos, estados psicológicos dos quais depende sua premissa fundamental, qual seja, a capacidade de livre-arbítrio.

Nesse momento, o Direito deve recorrer ao conhecimento científico acumulado pela Psicologia e pela Psiquiatria, ciências cuja missão é entender o comportamento e o próprio ser humano, como um ente biopsicossocial.

⁷⁰ No Eixo I estão englobados os seguintes transtornos clínicos ou outras condições que podem ser foco de atenção clínica: Transtorno geralmente diagnosticado pela primeira vez na infância ou na adolescência (excluindo o retardo mental), *delirium*, demência, transtornos amnésicos e outros transtornos cognitivos, transtornos mentais devido a uma condição médica geral, transtornos relacionados a substâncias, esquizofrenia e outros transtornos psicóticos, transtorno do humor, transtorno de ansiedade, transtornos somatoformes, transtornos factícios, transtornos dissociativos, transtornos sexuais e da identidade de gênero, transtornos da alimentação, transtornos do sono, transtornos do controle dos impulsos não classificados em outro local, transtornos da adaptação e outras condições que podem ser foco de atenção clínica.

⁷¹ No Eixo II, estão englobados os seguintes transtornos da personalidade e retardo mental: Transtorno da personalidade paranóide, esquizóide, esquizotípica, anti-social, *borderline*, histriônica, narcisista, dependente, obsessivo-compulsiva, sem outra especificação, esquiva e retardo mental.

⁷² No Eixo III, estão previstas as seguintes condições médicas gerais: doenças infecciosas e parasitárias, neoplasias, doenças endócrinas, nutricionais, metabólicas e transtornos da imunidade, doenças do sangue e órgãos hematopoiéticos, doenças do sistema nervoso e órgãos sensoriais, doenças do sistema circulatório, doenças do sistema respiratório, doenças do sistema digestivo, doenças do sistema geniturinário, complicações da gravidez, parto e pós-parto, doenças da pele e tecido subcutâneo, doenças do sistema musculoesquelético e do tecido conjuntivo, anomalias congênitas, condições originadas no período perinatal, sintomas, sinais e condições mal-definidas, ferimentos e envenenamento.

⁷³ No Eixo IV, estão os seguintes problemas psicossociais e ambientais: problemas com o grupo primário de apoio, relacionados ao ambiente social, educacionais, ocupacionais, de moradia, econômicos, com o acesso aos serviços de assistência à saúde, relacionados à interação com o sistema judicial e outros problemas psicossociais e ambientais.

⁷⁴ O Eixo V é usado para o relato do julgamento clínico acerca do nível global de funcionamento do indivíduo. Essas informações são úteis para o planejamento do tratamento e para a mensuração de seu impacto, bem como na previsão do resultado. DSM-IV-TR, 2002. p. 64.

Com propriedade, Jaime Riveros bem explica tal comunicação de ciências, ao informar que, hoje em dia,

[...] não há dúvidas de que entre o mundo do ser (psicologia) e o mundo do dever ser (direito) existe uma mútua influência. Com efeito ao direito interessam certos feitos por serem juridicamente relevantes e, quando sua natureza é psicológica, seu estabelecimento não pode ser levado a cabo sem o concurso da ciência psicológica e, neste contexto, está a ciência co-determinada, a reflexão ou valoração jurídica⁷⁵.

Veja-se que, numa lei civil, há termos relacionados diretamente com as ciências médicas, sendo que o legislador se valeu de termos genéricos e imprecisos, para caracterizar a capacidade de determinado grupo de sujeitos. Tal dificuldade reside, exatamente, nesse uso de termos genéricos, imprecisos e atécnicos, acabando por atribuir à Psicologia e à Psiquiatria a tarefa de ajudar a Justiça, na determinação de quais transtornos mentais podem ser equivalentes ou enquadrados nestes conceitos.

No caso presente, os enfermos mentais, sem o necessário discernimento, não podem ser avaliados única e exclusivamente por testes de inteligência, até porque tais testes sofreram importantes mudanças, nas últimas décadas.

Nesse sentido, Harold Kaplan e Benjamin Sadock entendem que a categoria de Desenvolvimento Mental Retardado inclui, hoje: “[...] falta de inteligência a um grau em que há interferência com o desempenho social e vocacional: leve (quando o quociente de inteligência (Q.I. é de 50 ou 55 a aproximadamente 70), moderado (Q.I. de 35 ou 40 a 50 ou 55), grave (Q.I. de 20 ou 25 a 35 ou 40), ou profundo (Q.I. abaixo de 20 ou 25); termos obsoletos são: idiota (idade mental menos do que 3 anos), imbecil (idade mental de 3 a 7 anos) e retardado (idade mental de aproximadamente 8)”⁷⁶.

⁷⁵ RIVEROS, Jaime Náquira. El Psicólogo Forense: campo de acción, formación y rol profesional. In: CONGRESSO IBEROAMERICANO DE PSICOLOGIA JURÍDICA, 1., 1995. Chile. **Anales**. Santiago: Serviços Gráficos J&C, 1995. p. 348.

⁷⁶ KAPLAN, Harold I.; SADOCK, Benjamin J. **Tratado de Psiquiatria**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999. p. 591.

O Quociente de Inteligência (QI) é avaliado por intermédio de testes de inteligência, como a escala Weschler para adultos, também conhecida como WAIS.

Ademais, em termos de competência, sobretudo em pacientes psicóticos ou em franco estado de retardo mental severo, a questão da competência é inquestionável. Para tais pacientes, os dilemas éticos não resultam da questão de existir ou não competência, mas sim de quem irá tomar a decisão por tal paciente claramente incompetente.⁷⁷

No plano social, ainda com relação ao deficiente mental, merecem ser trazidas à discussão algumas convenções e declarações internacionais, muitas delas incorporadas ao nosso direito pátrio.

A primeira delas é a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência⁷⁸. O objetivo foi reafirmar que as pessoas portadoras de deficiência têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas, inclusive o direito de não serem submetidas à discriminação com base na deficiência. Esses direitos emanam da dignidade e da igualdade, que são inerentes a todo ser humano.

Nessa Convenção, o termo deficiência foi conceituado, pela norma do art. 1º, como uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

A Declaração de Caracas originou-se da primeira Conferência da Rede Ibero-Americana de Organizações Não-Governamentais de Pessoas com Deficiência e suas Famílias, que aconteceu em Caracas, entre os dias 14 e 18 de outubro de 2002. Esta conferência considerou que a maior proporção de pessoas com deficiência, de nossos países, se encontra nos estratos mais

⁷⁷ Nesse sentido: GAUER, Gabriel José Chittò et. al. Determinando a competência de pacientes em tomada de decisões quanto a seus tratamentos, **Revista Eletrônica da Sociedade Rio-Grandense de Bioética**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 18-27, 2006.

⁷⁸ Inserida no nosso ordenamento através da promulgação do Decreto nº. 3.956, de 08 de outubro de 2001.

pobres e carece de recursos mínimos indispensáveis, para que lhes seja garantida uma boa qualidade de vida.

Já a Declaração de Madri é oriunda do Congresso Europeu sobre Deficiência, realizado em 2003, na capital espanhola. Tratou a questão de deficiência como uma questão de direitos humanos, donde se depreendeu que as pessoas com deficiência têm os mesmos direitos humanos que todos os demais cidadãos.

A fim de atingir esse ideal, todas as comunidades deveriam celebrar a diversidade, em suas atividades, e procurar garantir que as pessoas com deficiência possam usufruir toda a gama dos direitos humanos, civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

2.3.1.3 Os que não podem exprimir sua vontade

2.3.1.3.1 Âmbito jurídico

Com o novo CC, houve inovação legislativa quanto ao presente tópico. Os ausentes deixaram de ser absolutamente incapazes, como previa a norma do art. 5º, IV do CC de 1916. Nesse sentido, o CC de 2002 dedicou dispositivos próprios aos ausentes (Capítulo III do Título I do CC).

Denota-se que o legislador de 2002 tentou abranger o âmbito da incapacidade absoluta, visto que, retirando expressamente os surdos-mudos, acabou por abrir um leque para os demais sujeitos que não conseguem expressar suas vontades. A norma possui, no entanto, uma lacuna, pois não revela o tipo de vontade que o sujeito deve possuir, com o fito de ser compreendido em sua expressão. Quando se analisa essa questão, no âmbito psicossocial, tal lacuna resta suprida. Mesmo assim, mostra-se um texto extremamente amplo e passível das mais férteis discussões.

Nesse sentido, é possível considerar os surdos-mudos como exemplo. Pela letra antiga, os surdos-mudos, eram considerados absolutamente incapazes. A partir de agora, tal assertiva é relativa, pois existe uma expressão

legislativa programática, no sentido de que os surdos-mudos podem exprimir perfeitamente suas vontades, através da linguagem de sinais⁷⁹.

Dessa forma, se os surdos-mudos conseguirem exprimir sua vontade, deverão ser considerados plenamente capazes, se forem maiores de 18 anos, e não serem enquadrados como relativamente incapazes, pela norma do art. 4º, III, do CC, que menciona os excepcionais como sendo sem desenvolvimento mental completo. A surdo-mudez não é enquadrada como anomalia psíquica ensejadora de incapacidade relativa, tampouco um indivíduo surdo-mudo pode ser considerado excepcional⁸⁰.

A palavra excepcional, usada no CC, é totalmente dúbia, pois uma pessoa excepcional pode ser excepcionalmente inteligente. O termo excepcional (ou deficiente), utilizado pelo público leigo, refere-se ao indivíduo portador de um retardo mental (termo técnico, na área da saúde mental).

2.3.1.3.2 Âmbito psicossocial

Em verdade, não há como discutir somente sob o prisma jurídico o conceito dos sujeitos que não podem exprimir sua vontade, posto que tal questão está umbilicalmente ligada à Psiquiatria. No âmbito psicossocial, os que não podem exprimir sua vontade estariam enquadrados em conceitos de limitações sensoriais (deficiências sensoriais).

A incapacidade consiste na restrição ou falta de capacidade para realizar uma atividade nos limites considerados normais para um ser humano. Ela pode ser classificada como temporária ou permanente, reversível ou irreversível, progressiva ou regressiva, sendo, todavia, proveniente de uma deficiência. Nas

⁷⁹ Nesse sentido cabe lembrar a existência da Lei nº. 10.098/2000, que versa sobre o portador de deficiência, sua acessibilidade e supressão de barreiras, onde está previsto nas normas dos art. 18 e 19 os seguintes mandamentos, *verbis*: **Art. 18** - O Poder Público implementará a formação de profissionais intérpretes de escrita em braile, linguagem de sinais e de guias-intérpretes, para facilitar qualquer tipo de comunicação direta à pessoa portadora de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação; **art. 19** - Os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens adotarão plano de medidas técnicas com o objetivo de permitir o uso da linguagem de sinais ou outra subtítuloção, para garantir o direito de acesso à informação às pessoas portadoras de deficiência auditiva, na forma e no prazo previstos em regulamento.

⁸⁰ Em sentido contrário, vide: GONÇALVES, 2003. p. 93.

deficiências sensoriais, incluem-se os deficientes da visão, da audição e da fala.

Com a redução do CC de 2002, o legislador retirou do texto a expressão “surdos-mudos”. Tal supressão, entretanto, acabou por mantê-los tacitamente no sentido da norma legal, incluindo, ainda, os deficientes visuais.

Vale lembrar, no entanto, que não serão todos os sujeitos que possuem deficiências sensoriais que serão enquadrados como absolutamente incapazes. Para que ocorra esse enquadramento, as deficiências devem, necessariamente, impedir que o sujeito manifeste sua vontade de agir, prejudicando, com isso, sua autonomia.

Sabe-se que a deficiência auditiva, muitas vezes, não gera maiores obstáculos à manifestação livre da vontade do sujeito, sobretudo em razão do aprimoramento da linguagem gestual e dos direitos atualmente consagrados (pelo menos no plano programático), contidos nas normas da Lei nº. 10098/2000.

Aliás, nos dias atuais, essa linguagem está oficializada no Brasil sob o nome de LIBRAS – Língua Brasileira de Sinais. Em diferentes documentos oficiais dos governos federal e estadual, por exemplo, ela é reconhecida, e seu ensino é instituído, às vezes, cobrado.

A incapacidade auditiva, no entanto, com o decorrer do tempo, pode acarretar, também, a incapacidade comunicativa, ocasionando prejuízos para determinação da sua própria vontade. Isso ocorre, em especial, com o avanço da idade de seu portador⁸¹.

Já a incapacidade visual dificilmente alterará a capacidade de decisão do sujeito, ao ponto de torná-lo absolutamente incapaz.

Com efeito, “[...] a visão se constitui em um sentido de especial relevância para a vida de relação, sendo responsável por importante parcela da informação assimilada, contribuindo decisivamente para o desenvolvimento cognitivo⁸². Diversos mecanismos, entretanto, aumentam a possibilidade de os

⁸¹ Note-se que o legislador fixou a idade biológica, para se aferir a capacidade (18 anos completos), todavia não mencionou limite de idade biológica para aferir a capacidade. Desta forma, não importa qual seja a idade máxima do sujeito, para fins de capacidade de tomar decisões. Basta averiguar o discernimento e a lucidez do sujeito nesse sentido.

⁸² DUARTE, Wladimir Ribeiro et. al. Prevalência de deficiência visual de perto e fatores associados: um estudo de base populacional. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 15, período, 2003.

cegos manifestarem suas vontades e, até mesmo, compreenderem e assimilarem a vontade de terceiros.

Criado por Louis Braille, em 1825, na França, o sistema braille, por exemplo, é conhecido universalmente como código ou meio de leitura e escrita das pessoas cegas. Baseia-se na combinação de 63 pontos, que representam as letras do alfabeto, os números e outros símbolos gráficos. A combinação dos pontos é obtida pela disposição de seis pontos básicos, organizados espacialmente em duas colunas verticais com três pontos à direita e três à esquerda de uma cela básica denominada cela braille.

Assim, através deste sistema, observa-se que o deficiente visual dificilmente poderá ser tratado como alguém com limitações, em sua capacidade intelectual de se expressar. Deve, sim, haver uma adaptação do mundo real à sua limitação física. Este é um fator determinante para a sua permanência no convívio social.

Entende-se, pois, que o legislador, ao criar a incapacidade absoluta dos que não podem exprimir sua vontade, referiu-se àqueles com alguma deficiência sensorial, mas não mental. Atualmente, os avanços na informática têm, cada vez mais, diminuído as restrições perceptivas dessas pessoas. Não cabe falar, neste momento, em avanços que ainda estão em estudo, mas naqueles que já se encontram disponíveis no mercado, para as pessoas que têm condições de adquiri-los. Há softwares que escrevem cartas, a partir da fala de pessoas com perda total de visão e que, também, lêem livros para as mesmas. A comunicação via rede tornou as distâncias cada vez menores e pessoas com dificuldade de locomoção podem se comunicar, instantaneamente, com outras que estão “no outro lado do mundo”.

Destaque-se que a surdez, a mudez e a cegueira só poderão ser causas de incapacidade absoluta, se impedirem a lúcida manifestação da vontade de seu portador.

2.3.2 Incapacidade relativa

A norma do art. 4º do CC estabelece que são relativamente incapazes a certos atos da vida civil, ou à maneira de exercê-los, os maiores de 16 e

menores de 18 anos (I), os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido (II), os excepcionais sem desenvolvimento mental completo (III) e os pródigos (IV).

Pelo CC de 1916, os índios eram considerados relativamente incapazes. Atualmente, o parágrafo único da referida norma previu que a capacidade deles será regulada por legislação especial.

Clóvis Beviláqua lecionou que os relativamente incapazes são “[...] os que podem praticar, por si, os actos da vida civil, que não lhes são vedados, devendo praticar todos os mais, autorizados por outrem”⁸³.

Com efeito, os relativamente incapazes podem praticar atos da vida civil, desde que assistidos legalmente. Note-se que os relativamente incapazes estão numa zona intermediária entre os absolutamente incapazes e os que detêm capacidade plena. Por tais razões, no plano civil, pode-se afirmar que seus atos, quando praticados sem a devida assistência, são anuláveis, diferentemente dos atos praticados pelos absolutamente incapazes sem representação, que são nulos⁸⁴. Pode-se dizer que os relativamente incapazes têm a sua vontade levada em conta, diversamente dos absolutamente incapazes. Para tanto, basta que seus atos sejam assistidos por seus pais ou curador designado⁸⁵.

A partir de agora serão analisados, detalhadamente, todos os sujeitos considerados relativamente incapazes.

2.3.2.1 Os maiores de 16 e os menores de 18 anos

2.3.2.1.1 Âmbito jurídico

⁸³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929. p. 105.

⁸⁴ Com a vigência do CC atual, que estabelece em seu art. 3º, I, serem absolutamente incapaz os menores de 16 anos e o art. 4º, I, serem relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 18 anos, o art. 142 do ECA terá, obrigatoriamente, que ser alterado, de sorte a exigir representação dos primeiros e assistência dos segundos, ignorando-se os maiores de 18 anos, sem entrar em maiores discussões, já que estes são plenamente capazes.

⁸⁵ Frise-se que nem todos os atos a serem praticados por relativamente incapazes necessitam de assistência de outrem. Nesse sentido: testemunhar (art. 228, I, CC), casar (art. 1517, CC), testar (art. 1860, CC), aceitar mandato (art. 666, CC), votar (art. 14, § 1º, inciso II, da CF), assinar contrato de trabalho, etc.

Os maiores de 16 e os menores de 18 anos são relativamente incapazes, pois a sua pouca experiência e insuficiente desenvolvimento intelectual não possibilitam sua plena participação na vida civil, de modo que os atos que praticarem só serão reputados válidos se assistidos pelo seu representante⁸⁶.

No CC de 2002 alinhou-se a maioria civil à penal e à eleitoral. O menor, entre 16 e 18 anos, entretanto, não poderá invocar a sua idade para eximir-se de uma obrigação, se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, espontaneamente se declarou maior⁸⁷ no ato de obrigar-se.

Nessa mesma linha, o ECA, na norma do art. 116, ao prelecionar a ocorrência de ato infracional, com reflexo patrimonial, praticado por maior de 16 e menor de 18 anos, determina à autoridade que o adolescente restitua o bem, promova o ressarcimento do dano ou compense o prejuízo da vítima de qualquer outra forma.

2.3.2.2 Ébrios habituais

2.3.2.2.1 Âmbito jurídico

A doutrina jurídica é extremamente carente ao dispor sobre os ébrios habituais. Tal carência, contudo, se mostra justificável, na medida em que a categoria dos ébrios habituais é figura nova na legislação hodierna. Essa figura seguiu uma corrente psicossocial para o tema, não estando tal corrente, por corolário, presente nos dispositivos do CC de 1916.

Como bem menciona Renan Lotufo⁸⁸, no entanto, os ébrios habituais já eram considerados, relativamente incapazes, por certa corrente doutrinária, em razão do vaticinado no Decreto Lei (DL) nº. 891, de 25 de novembro de 1938⁸⁹.

⁸⁶ DINIZ, 2003. p. 153-155.

⁸⁷ RODRIGUES, Silvio. **Dos defeitos dos atos jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 1959.

⁸⁸ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Renovar, 2003. v. 1. p. 24.

Com efeito, Caio Mário⁹⁰ destaca a infinita incerteza, em diferenciar um ébrio habitual daqueles que fazem uso da bebida sem perder a consciência de seus atos. O jurista encerra, afirmando que a categoria dos ébrios habituais

[...] tem de ser aferida pela justiça com máxima cautela, a fim de evitar distorções, e resguardar a incolumidade das relações jurídicas, máxime se não atingirem proporções de toxicomania crônica, geradora de estado permanente de ausência ou deficiência de discernimento⁹¹.

A jurisprudência, como foi antes ventilado, deverá buscar um caminho “seguro”, para a caracterização da figura do ébrio habitual. Essa matéria, se for lida somente aos olhos do Direito, no entanto, torna-se impraticável, em especial quanto ao nível de dependência sofrida pelo sujeito.

Ocorre que é muito difícil um dependente etílico admitir que, de fato, possui uma dependência, posto que, dependendo do nível diário de consumo, o indivíduo acaba por perder contato com a sua própria realidade.

O que a ciência do Direito não pode responder é exatamente em que ponto e com que intensidade esse indivíduo perde a sua própria realidade para, a partir daí, ser considerado um relativamente incapaz.

Aliás, como bem lembra Jose Taborda et. alli, “[...] o atual Código, infelizmente, foi aprovado sem haver se valido de contribuições psiquiátricas atualizadas que poderiam melhor precisar os conceitos legais”⁹²

Assim, para cotejar até onde vai o limite da Lei, sem pisar em um terreno que não lhe é familiar, analisaremos a questão dos ébrios habituais, será analisado sob um prisma psicossocial, cotejando a ciência do Direito com a Psicologia, Psiquiatria e a Bioética.

⁸⁹ O DL nº. 891/38 aprovou a Lei de Fiscalização de Entorpecentes e a Lei nº. 11.343/2006 é a atual Lei sobre Drogas. Sobre esta última, não insta que sejam feitas maiores considerações nesse momento, uma vez que trata a matéria toxicomania sob o prisma penal, situação essa que será analisada posteriormente, quando serão apresentados os aspectos jurídico-penais da internação psiquiátrica.

⁹⁰ PEREIRA, 2004. p. 284.

⁹¹ PEREIRA, 2004. p. 284.

⁹² TABORDA, José; CHALUB, Miguel e ABDALLA-FIHO, Elias. **Psiquiatria forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004. p. 181.

Independente do ponto de vista em que se analisa a questão dos ébrios habituais ou dipsômano, entretanto, a sua condição de incapaz civilmente deve se dar de forma judicial, via processo de interdição.

Deve-se abranger, ainda nesse ponto, uma análise da questão da embriaguez, como forma de exclusão da culpabilidade para àqueles considerados imputáveis para fins jurídico-penais.

A norma do art. 28, parágrafo primeiro do Código Penal (CP), estabelece que é isento de pena o agente que, por embriaguez completa ou comatosa, de origem fortuita, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o que fazia.

No âmbito jurídico-penal, devemos ter em mente que nem toda a embriaguez fortuita leva a uma inimputabilidade penal. Gera, se for incompleta, a semi-imputabilidade, assim como nem todo aquele que bebe eventualmente deve ser considerado relativamente incapaz para efeitos civis, como será verificado no próximo ponto.

Na medida em que o Direito Penal busca se humanizar, se desbrutalizar, com a adoção dos institutos do direito penal mínimo - co-culpabilidade do Estado, penas alternativas, garantismo, abolicionismo, repulsa à figura da reincidência e tantos outros procedimentos adequados à finalidade deste ramo do Direito Público, nascem procedimentos autoritários, que acenam com soluções imediatas à criminalidade.

2.3.2.2.2 Âmbito psicossocial

Conforme dito anteriormente, a doutrina jurídica é parca, ao tratar sobre os ébrios habituais. Assim, mostra-se importante uma análise desta figura sob o prisma psicossocial, com o objetivo de compreender sua incapacidade de realizar determinados atos da vida civil.

Segundo Ferreira, Kessler e Zorato, os dados epidemiológicos brasileiros sobre o uso de álcool, entre adultos da população em geral,

sugerem que aproximadamente 10% das mulheres e 20% dos homens façam uso abusivo, em algum momento da vida⁹³.

Ficou demonstrado, pelo Primeiro Levantamento Domiciliar sobre Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil, que há uma prevalência de 17,1% de dependência ao álcool em homens e 5,7% em mulheres⁹⁴.

A causa do abuso do álcool vem sendo estudada no decorrer dos anos. Não existe, todavia, uma causa única, que possa ser associada ao abuso de substâncias etílicas. Sabe-se que existe uma interação entre o usuário, o álcool e o ambiente social. Assim, não se pode analisar apenas um aspecto isolado, quando se depara com um indivíduo que abusa do álcool, mas, é preciso cotejar os diversos aspectos envolvidos.

É sabido, ainda, que componentes genéticos viabilizam a dependência. Segundo Pedro Lorenzo Fernández, José Maria Ladero e Ignacio Lizasoain Hernández⁹⁵, estudos realizados com indivíduos gêmeos monozigóticos demonstraram uma maior consonância para a dependência do que estudos realizados com outros indivíduos.

O que se deve ter em mente é que estamos analisando a questão psicossocial dos ébrios habituais, e não daqueles que eventualmente consomem bebidas alcoólicas. Evidentemente que a lei não alcança os indivíduos que bebem socialmente, mas, sim, àqueles que, através de um nível crescente do consumo, acabam por adquirir um transtorno psíquico.

Aliás, o transtorno relacionado ao álcool caracteriza-se, na medida em que a falta do consumo diário da bebida ocasionar uma síndrome de abstinência, prejudicando, com isso, a própria capacidade e autonomia do indivíduo.

⁹³ FERREIRA, Pedro Eugênio Mazzuchi Santana; KESSLER, Felix e ZORATO, Pedro. Álcool e outras drogas depressoras. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittò e FURTADO, Nina Rosa. **Psiquiatria para estudantes de medicina**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 337.

⁹⁴ CARLINI, Elisaldo et. al. **Primeiro levantamento domiciliar sobre uso de drogas psicotrópicas no Brasil (2001)**. Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID); Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD); Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). São Paulo: Cromossete, 2002.

⁹⁵ FERNANDÉZ, Pedro Lorenzo; LADERO, José Maria; HERNANDÉZ, Ignacio Lizasoain. **Drogodependências: farmacologia, patologia, psicopatologia, legislación**. Madrid: Editorial Medica Panamericana, 1999.

A dependência e o abuso do álcool possuem relação direta com o padrão regular de consumo de tal substância. Assim, conforme Benjamin Sadock e Virginia Sadock,

[...] os padrões de consumo costumam estar associados a certos comportamentos: incapacidade de reduzir o parar de beber; tentativas repetidas de controlar ou reduzir o consumo excessivo; abster-se completamente de beber ou restringir o consumo a determinados períodos do dia; compulsões (permanecer intoxicado por pelo menos dois dias) consumo ocasional de uma dose de destilado (ou seu equivalente em cerveja ou vinho); períodos amnésicos para eventos que ocorreram enquanto embriagado (apagões); continuar a beber apesar de distúrbio físico sério que se sabe ser exarcebado pelo uso de álcool; e consumi-lo sob outras formas, como produtos comerciais e combustíveis⁹⁶.

Ademais, para que reste configurada a dependência etílica, no sentido de se considerar o indivíduo como um ébrio habitual (e não um ébrio ocasional), é importante que suas atitudes extrapolem o limite do aceitável socialmente.

Pessoas com dependência e abuso no consumo de bebidas alcoólicas apresentam funcionamento social ou ocupacional comprometido (p. ex., violência enquanto embriagado, ausência no trabalho, perda do emprego), dificuldades legais (p.ex., detenção, por comportamento embriagado e acidentes de trânsito) e brigas ou dificuldades com familiares ou amigos, em relação ao consumo excessivo⁹⁷.

Assim, na configuração da presença de um transtorno de dependência do álcool, para fins de avaliação da capacidade do indivíduo, deverá ser analisada, via laudo psiquiátrico, a capacidade de entendimento do sujeito, ou seja, até onde o álcool efetivamente prejudica sua livre autonomia de tomar decisões.

⁹⁶ SADOCK, Benjamin James. **Compêndio de psiquiatria**: ciências do comportamento e psiquiatria clínica. Tradução de Cláudia Dornelles et al. 9. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007. p. 434.

⁹⁷ SADOCK, 2007. p. 434.

Logo, a posse, plena ou limitada, da capacidade de entendimento ou de determinação, por parte de alguém, só pode ser justamente avaliada após detido exame de uma série de atributos cognitivos, volitivos ou mistos, que, em seu conjunto, formam aquelas capacidades⁹⁸.

Logicamente, que em muitos casos, a internação psiquiátrica se mostrará como a melhor solução para a recuperação do ébrio habitual, no sentido de evitar e controlar a atividade convulsiva e compulsiva do consumo desmedido de álcool.

O uso excessivo acaba por gerar problemas reflexos, atingindo, em última análise, até mesmo a ordem pública, visto que gera muitas vezes, o cometimento de crimes, por parte do ébrio habitual. Além disso, constitui-se um fator relevante de ruptura familiar e de aumento dos encargos, na estrutura social do país.

A internação ainda se mostra mais pertinente nos casos em que o uso de álcool, pelos ébrios habituais, pode ser diagnosticado como *delirium* por intoxicação com álcool, na categoria de *delirium* por abstinência de substâncias. Os pacientes com sintomas reconhecidos de abstinência devem ser cuidadosamente monitorados, para prevenir a progressão para *delirium* por abstinência de álcool - a forma mais grave da síndrome -, também conhecido como *delirium tremens*⁹⁹.

Nesses casos, de forma irrefutável, a internação se mostra a atitude mais segura, para evitar a mortalidade do próprio dependente, posto que sujeitos nesse estágio não produzem risco somente para terceiros, mas, também para si próprios.

Aliás, é importante mencionar que boa parte dos pacientes que desenvolvem este quadro vão ao óbito, embora seja conveniente lembrar que existem consumidores de álcool, chamados abusadores – aqueles que ingerem grandes quantidades, com certa regularidade, mas não são dependentes.

Outro aspecto relacionado é a questão da comorbidade. É comum que usuários de substâncias psicoativas sejam portadores prévios de outros transtornos. Entre eles, o Transtorno de Personalidade Anti-Social (TPAS) ou quadros de Transtorno do Humor Bipolar (THB). Assim, os dois transtornos

⁹⁸ TABORDA; CHALUB; ABDALLA-FIHO, 2004. p. 133.

⁹⁹ SADOCK, 2007. p. 437.

(álcool ou outra droga associado a TPAS ou THB) provocam o comportamento violento, a impulsividade, a promiscuidade, bem como os gastos além das possibilidades, fatores que conspiram para que o indivíduo cometa um delito ou comportamento desviante.

2.3.2.3 Os viciados em tóxicos

2.3.2.3.1 Âmbito jurídico

Assim como os ébrios habituais, os viciados em tóxicos não eram considerados pelo CC de 1916 como relativamente incapazes. Tal condição foi levada à concretização com o atual CC, que prescreveu, aos toxicômanos, a condição de incapazes, na norma do art. 4º, II.

O primeiro ponto a ser analisado é a adequação do enquadramento dos viciados em tóxicos, no rol de incapacidades do CC. Isso é importante porque, se for admitido que está correto o enquadramento, é desnecessária qualquer nova indagação, porquanto a matéria já está devidamente disciplinada, na atual legislação.

Com efeito, analisaremos tal questão sob o ponto de vista legal, para, depois, ser considerada no seu viés psicossocial. Nesse sentido, deve-se verificar, de pronto, o Decreto-lei nº. 891/38, já mencionado quando da abordagem da figura dos ébrios habituais. Aproveita-se esse momento para indagar se o referido decreto está ou não em vigência, bem como se está coberto pelo manto da constitucionalidade formal e material, visto que sua edição data de período pretérito à promulgação da CF vigente.

Quanto à primeira indagação, basta recorrer à regra sobre vigência de leis, que é prelecionada pela norma do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). Segundo esta norma, a lei terá vigor até que outra a modifique ou a revogue, não se destinando à vigência temporária. O § 1º da mesma norma da LICC preleciona que a lei posterior revoga a anterior, quando declarar isso

expressamente, quando for incompatível com ela ou quando regular inteiramente a matéria de que trata a lei anterior.

Destarte, essa questão não envolve grandes dificuldades, pois, se não há outra lei que expressamente tenha declarado revogado o decreto ou que seja com ele incompatível ou, ainda, que tenha regulado inteiramente sua matéria. Igualmente, o referido decreto não foi destinado à vigência temporária. A única dedução a que podemos chegar, portanto, é a da sua vigência plena.

Destaque-se, todavia, que o atual CC ratificou o já disposto em referido Decreto, ou seja, os toxicômanos, quando da criação de tal Decreto, já eram considerados relativamente incapazes. A atual legislação civil apenas inseriu a figura dos toxicômanos no rol de relativamente incapazes.

A segunda indagação diz respeito à sua constitucionalidade formal e material. Quanto ao aspecto da constitucionalidade formal, a dúvida que poderia surgir decorre do fato de a nova CF, na norma do art. 59, não contempla a figura do decreto-lei, o qual foi substituído pela medida provisória (Art. 60, CF). A doutrina pátria, no entanto, não tem dúvida no sentido da recepção dos *decretos-leis*, pela nova ordem constitucional, desde que, por óbvio, eles não contradigam os novos preceitos constitucionais.

Quanto à constitucionalidade em seu aspecto material, a indagação poderia relacionar-se ao fato de impor, ao toxicômano, um regime de incapacidade relativa para os atos da vida civil. Nesse sentido, o decreto estaria tolhendo alguma garantia constitucional, com tal enquadramento.

A resposta, mesmo que num primeiro plano, mostra-se negativa, na medida em que o regime jurídico a que o legislador submete o incapaz não tem caráter punitivo, mas, sim, protetivo.

Tal preocupação se faz pertinente, na medida em que “[...] os entorpecentes, tóxicos, substâncias naturais ou sintéticas, como morfina, cocaína, heroína, maconha etc., introduzidos no organismo, podem levar os viciados à ruína econômica pela alteração de sua saúde mental”.¹⁰⁰ Além disso, existem fortes possibilidades de seqüelas físicas que o uso habitual de tais substâncias causam aos seres humanos.

¹⁰⁰ DINIZ, 2003. p. 155.

Aliás, parece que essa foi a intenção do legislador de 2002, ao acrescentar tal categoria ao rol dos relativamente incapazes. É o que se percebe, em especial, pela clara sinalização empregada pelo novo CC, no sentido de privilegiar o *ser* em detrimento do *ter*.

Assim como já foi referido, quando se tratou dos ébrios habituais, a toxicomania, como causa de incapacidade relativa, deve ser aferida de forma que o vício em tóxicos prejudique, de fato, o *animus* do agente. A presente questão deve ser tratada, portanto, com muita cautela, para se evitar qualquer distorção.

Vem a calhar o ensinamento do jurista Paulo Nader¹⁰¹, que entende, *verbis*:

A Lei Civil distingue os ébrios habituais e os viciados em tóxicos daqueles que eventualmente se embriagam ou usam drogas. Enquanto que aqueles são relativamente incapazes e sujeitos ao processo de interdição, estes são absolutamente incapazes, mas não passíveis de interdição. Em termos práticos, temos: a) no momento da embriaguez ou sob o efeito de drogas a pessoa é absolutamente incapaz para praticar negócios jurídicos. Não se trata aqui de uma condição civil permanente. A incapacidade perdura enquanto a pessoa não recobra a sua capacidade de exprimir a vontade; b) fora do efeito do álcool ou das drogas o; ébrio habitual e os viciados em tóxicos são relativamente incapazes. Em seus momentos de lucidez, podem praticar atos da vida jurídica desde que assistidos por seu curador. Os que eventualmente bebem e se embriagam ou são usuários de drogas mas sem vício, desde que não se encontrem sob o efeito da droga ou do álcool são plenamente capazes para a prática de atos da vida jurídica.

Deve-se reiterar a necessidade de laudo psiquiátrico, que ateste as reais condições do examinando, visto que o juiz não possui condições técnicas para, de per si, auferir qualquer juízo psíquico sobre a potencial condição do toxicômano.

Essa necessidade se verifica, apesar de o magistrado não estar vinculado ao resultado do laudo pericial. Aliás, a jurisprudência¹⁰² posiciona-se

¹⁰¹ NADER, 2003. p. 197.

¹⁰² Nesse sentido: HC – EXAME DE INSANIDADE MENTAL – HOMOLOGAÇÃO DO SEGUNDO LAUDO EM DETRIMENTO DO PRIMEIRO – PRINCÍPIO DO LIVRE

no sentido de permitir que o magistrado homologue o laudo pericial que se mostre mais coerente e imparcial ou se abstenha de seguir a linha do laudo, desde que fundamentando sua decisão.

Deve prevalecer, para fins de segurança jurídica, o livre convencimento do magistrado¹⁰³, bem como a valorização de sua persuasão racional.

Apesar disso, tem-se que inferir que a questão do enquadramento do toxicômano, como capaz ou relativamente incapaz, apresenta uma fundação num terreno médico-legal, e não jurídico. Dessa forma, é recomendável que o magistrado baseie sua decisão em um laudo, que deve precisar os efeitos das substâncias entorpecentes sobre o organismo e o tirocínio do sujeito. Só então, será possível enquadrá-lo em uma ou outra categoria de incapacidade, determinando seus limites.

No que diz respeito ao campo penal e processual penal, Hélio Tornaghi observa que, por se tratar

[...] de assunto altamente técnico, que exige conhecimentos científicos estranhos ao juiz, desde que haja dúvida, desde que ele, juiz, não tenha certeza da inutilidade do exame ou da malícia do requerente, deve ordenar a perícia e, por isso, é que a lei diz: quando houver dúvida o juiz ordenará. Portanto esse ordenará está condicionado à existência real de dúvida, de desconfiança, de suspeita¹⁰⁴.

CONVENCIMENTO – PRECEDENTES DA CORTE E DO STF – 1. O juiz não está adstrito ao laudo pericial. Cumpre-lhe valorar cada uma das provas, e, se não lhe resta claro o objeto do laudo, mostra-se necessária a realização de novo exame, a fim de se apurar a imputabilidade do acusado. 2. O princípio do livre convencimento permite ao magistrado homologar o laudo pericial que lhe pareça coerente e imparcial. 3. Ordem denegada. BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 17964**. São Paulo. 6ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Diário da Justiça, 04 de fevereiro de 2002.

¹⁰³ Nesse sentido, Pedro A. Batista Martins entende que o dever de motivação da sentença não se funda apenas em princípios de natureza política, senão de ordem lógica. A motivação é requisito essencial da sentença, porque o sistema do livre convencimento requer, como impostergável, o dever de expor o Juiz as razões em que hauriu a sua certeza. O juiz que não motiva a sentença, por ignorância, desleixo, ou por entender que ela não precisa ser motivada, nega o que afirma a lei: que a sentença deve ser motivada. Fernando Capez leciona que se trata, na realidade, do sistema que conduz ao princípio da sociabilidade do convencimento, pois a convicção do Juiz em relação aos fatos e às provas não pode ser diferente da de qualquer pessoa que, desinteressadamente, examine e analise tais elementos. Vale dizer, o convencimento do Juiz deve ser tal que produza o mesmo resultado na maior parte das pessoas que, porventura, examinem o conteúdo probatório. MARTINS, Pedro Batista. **Recursos e processos de competência originária dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 100; CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 259.

¹⁰⁴ TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1. p.250.

Para Bento de Faria, o magistrado deve ordenar a perícia psiquiátrica, quando tiver elementos para “[...] supor que o acusado não realizou o fato antijurídico com a perfeita capacidade de entender e de querer, por motivo de causas patológicas¹⁰⁵.”

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF), reiteradamente, tem orientado que só está o “[...] juiz obrigado a determinar que o réu seja submetido a exame médico, quando houver dúvida sobre a sua integridade mental¹⁰⁶.”

Ainda quanto ao aspecto penal e processual penal, deve-se lembrar que as normas dos arts. 149 ao 154 do CPP tratam, especificamente, *Da Insanidade Mental do Acusado*¹⁰⁷. Nos seus seis artigos, o legislador define não só quando deverá ser instaurado o incidente, mas, também, qual o devido procedimento para a sua devida instauração.

Para Frederico Marques, “[...] a perícia psiquiátrica, na instrução, tem por objeto o estado mental do acusado, para que o juiz possa contar com dados e elementos seguros sobre a questão da imputabilidade¹⁰⁸.”

É notório que o uso de drogas é uma questão que merece atenção muito especial, visto ser considerável número de delitos Isso se verifica, especialmente, naqueles envolvendo conduta agressiva e impulsiva, em que as drogas possuem um papel facilitador importante. Cabe lembrar que este problema é muito mais presente hoje do que na época em que o CP fora editado (1940).

¹⁰⁵ FARIA, Bento de. **Código de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 247.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Hábeas Corpus n. 75238**. São Paulo. Ministro Carlos Veloso. Diário de Justiça, 07 de novembro de 1997.

¹⁰⁷ Eventual insanidade mental do acusado, no âmbito do processo penal, deverá ser feita via exame médico. Tal exame, segundo o parágrafo primeiro da norma do art. 149 do CPP, poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente. No caso de o juiz determinar de ofício ou deferir requerimento nesse sentido, ele deverá suspender o andamento do processo e nomear um curador ao acusado. Se este estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver; se estiver solto, e assim for entendido necessário pelos peritos, em estabelecimento adequado a ser designado pelo juiz. O Incidente de Insanidade Mental processar-se-á em autos apartados e, no caso de os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento, o incidente será apenso ao processo principal, que prosseguirá com a presença de curador. Sendo o resultado do exame outro qualquer, o processo retomará o seu curso normal sem nenhuma alteração ritualística.

¹⁰⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Bookseller, 1997. p. 338. v. 2.

Kaplan e Sadock estabelecem

[...] uma moldura conceitual para pensar-se sobre as ligações entre o uso de substâncias e a violência envolvendo três categorias causais principais: efeitos psicofarmacológicos (efeitos das substâncias), compulsão econômica (crimes violentos cometidos para obter dinheiro para drogas) e violência sistêmica (associada com os métodos do negócio e estilo de vida dos traficantes)¹⁰⁹.”

Já quanto ao fato de as drogas serem um fator determinante da conduta criminosa, em termos gerais, Kaplan e Sadock observam que

[...] nem todos os que usam ou se tornam dependentes de cocaína se engajam no crime, embora, para alguns o peso do custo de seu uso da droga possa criar sofrimento financeiro. Como ocorre com opióides, uma história de delinqüência ou comportamento anti-social é freqüentemente um antecedente para o uso de cocaína. Em alguns casos, entretanto, as pessoas sem um comportamento criminal anterior geram rendimentos ilegais para comprarem cocaína, engajando-se em uma variedade de atividades, variando de fraude e crimes ‘de colarinho branco’ a tráfico de drogas, prostituição e crimes predatórios¹¹⁰.

Na lei brasileira, o importante a ser observado é o grau de dependência (no caso de o examinado ter sido considerado toxicômano). Ele pode ser classificado como dependente leve, moderado ou grave.

Ao explicar os critérios para esta classificação, Palomba afirma que, no grau leve, o indivíduo tem uma dependência mais ligada ao funcionamento social do que uma dependência psicológica ou física. Essas pessoas são, portanto, imputáveis. Já na dependência moderada, a quantidade de droga usada não é pequena, e o seu uso é quase diário, mas não a qualquer hora do dia. Nesses casos, há crise de abstinência moderada, psíquica e física. O autor sugere que o perito deva optar pela semi-imputabilidade. Ele continua, detalhando aspectos da dependência grave ou severa :

¹⁰⁹ KAPLAN; SADOCK, 1999. p. 892.

¹¹⁰ KAPLAN; SADOCK, 1999. p. 892.

[...] o indivíduo entende parcialmente o caráter criminoso do fato e é totalmente incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento. A quantidade de droga usada é grande, o uso diário e a qualquer hora do dia. Logo ao levantar-se, já do tóxico se vale, para voltar a fazê-lo novamente quando o efeito almejado diminui um pouco. Aqui juspsiquiatricamente cabe a inimputabilidade¹¹¹.

Assim, a intoxicação por drogas, assim como a síndrome de abstinência, desencadeada pela falta dessas substâncias no organismo do adicto, pode causar quadros ou sintomas psicóticos intensos, prejudicando, sensivelmente, a capacidade de livre-arbítrio do indivíduo nesses momentos.

Na Psiquiatria, diferentemente de outras áreas, o diagnóstico via laudo pericial baseia-se exclusivamente em sinais e sintomas, na maioria das situações. A exploração do doente mental concentra-se em analisar, na medida do possível, todas as parcelas nas quais, de maneira um tanto artificiosa, está estruturado o psiquismo humano. De fato, somos sabedores que o magistrado, pela sua própria formação, não possui o conhecimento técnico hábil para efetuar tal análise.

O progresso da ciência médica permite correlacionar uma série de acontecimentos psicopatológicos com seu substrato físico. Infelizmente, contudo, isso nem sempre é possível, tendo em vista que a compreensão desses fenômenos, em grande parte, ainda reside no uso de modelos interpretativos como o Behaviorismo, a Psicanálise e a Psicologia Cognitiva, dentre outros. É necessário enfatizar, porém, que, sem sombra de dúvidas, o principal fator para uma boa e justa avaliação reside no conhecimento, experiência, prática e dedicação do psiquiatra responsável.

Além dessas dificuldades, Forneiro sublinha um desafio especialmente expressivo para a Psiquiatria Forense:

¹¹¹ PALOMBA, Guido Arturo. **Psiquiatria Forense**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1992. p. 55.

[...] a dificuldade a ser contornada para a abordagem deste tipo de pacientes está nas situações em que o doente não coopera em absoluto e isto é relativamente freqüente na psiquiatria forense nas quais são abundantes as atitudes de simulação e dissimulação e sobre-simulação¹¹².

Para Miotto, a perícia psiquiátrica passa a ter um lugar especial, entre as variáveis para o enfoque jurídico definitivo, em cada caso, “[...] sendo necessário que a óptica complete a avaliação holística da problemática em atenção ao sujeito concreto como sistema biopsicossocio-familiar¹¹³.”

Forneiro considera a participação do perito-psiquiatra como definitiva, “[...] posto que é claro o efeito de que a imputabilidade descansa sobre uma base de índole psicobiológica¹¹⁴.”

Em suma, o papel do perito é explicar ao julgador, nos casos que exigem um determinado tipo de conhecimento, específico e especializado, que fujam ao saber jurídico particular do magistrado, quem é a pessoa que está diante dele para ser julgada e o elo que une esta personalidade com o ato praticado. Nesse sentido, não há dúvida da importância desse conhecimento, para que se faça justiça.

Urge, ainda, que se analise a questão dos viciados em tóxicos, na seara penal, em especial com o advento da Lei nº. 11.343/2006, que, atenuou a pena do mero usuário (toxicômano) e agravou-se a do traficante ou dos agentes responsáveis pela disseminação do uso.

Destaque-se que, pela nova Lei de Drogas, não cabe mais a prisão¹¹⁵ do mero usuário. O objetivo é o tratamento deste, aplicando-lhe medidas sócio-educativas, para seu retorno ao convívio social.

No parágrafo único da norma do art. 1º da Lei nº. 11.343/2006, restou conceituada a expressão “droga”. No conceito da referida lei, “[...] consideram como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência,

¹¹² FORNEIRO, José Cabrera; ROCAÑIN, José Carlos Fuertes. **La Enfermedad Mental Ante La Ley**: manual de Psiquiatria Forense. Madrid: Libro del Año/S.L, 1994. p. 51.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Hábeas Corpus n. 75238**. São Paulo. Ministro Carlos Veloso. Diário de Justiça, 07 de novembro de 1997. p. 398.

¹¹⁴ FORNEIRO, 1994. p. 270.

¹¹⁵ Como mencionam Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, a finalidade do legislador era afastar ao máximo o usuário das delegacias de Polícia, evitando-se estigmatizá-lo. Esta concepção se enquadraria no espírito que permeia toda a lei de Drogas, de separar rigidamente o usuário e o traficante, tratando-se de maneira totalmente diversa, Assim, apenas ao traficante se reservaria o espaço das Delegacias de Polícia. MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 192.

assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.”

Pela letra da lei em questão, permaneceu a característica de norma penal em branco¹¹⁶, como prelecionada na Lei nº. 6368/76. Há, entretanto, utilização de nova terminologia, com a substituição do termo “entorpecentes” pelo termo “droga”.

2.3.2.3.2 Âmbito psicossocial

O problema das drogas não é uma criação do século XXI. Em verdade, poder-se-ia afirmar que as drogas acompanham o ser humano desde os tempos mais remotos.

A origem do culto ao peiote¹¹⁷ está perdida no tempo. Dificilmente alguém poderá dizer, com certeza absoluta, quais foram as razões ou circunstâncias que levaram o primeiro ser humano a entrar em contato com as propriedades alucinógenas dessa espécie de cacto, no escaldante deserto do México. Em verdade, o ser humano sempre procurou, sempre encontrou e sempre encontrará novas substâncias, que alterem o seu estado mental.

Pode-se deduzir que o encontro do ser humano com a droga deu-se ao acaso, ou seja, ocorreu em consequência da procura de alimentos, por parte de algum faminto, que, reduzido ao extremo da fome e do cansaço, pôs-se a comer o que quer que fosse, ou lhe estivesse ao alcance das mãos.

Assim, imagina-se esse ser humano, asteca ou pré-asteca, depois de ter mastigado alguns pedaços de tal cacto amargo e nauseante, deitando-se à sombra de uma árvore para descansar. De repente, ele se vê rodeado de visões fantásticas, que se apresentavam em formas, cores e até perfumes, com os quais jamais sonhara.

Muito provavelmente foi alguém que, ao chegar de volta a sua tribo, narrou a prodigiosa descoberta recém feita: a existência de uma ‘divindade’ em

¹¹⁶ Segundo Cezar Roberto Bitencourt, leis penais em branco são as de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal. Na atual conjuntura, utiliza-se a Portaria SVS/MS nº. 344, de 12 de maio de 1998 para verificar as substâncias que devem ser consideradas ilícitas. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

¹¹⁷ Espécie de cacto mexicano, do qual se extrai a mescalina.

determinada planta, cuja polpa supostamente teria o 'dom' de colocar aquele que a comesse no limiar de um mundo paradisíaco¹¹⁸.

Atualmente, as drogas estão disseminadas entre as sociedades ocidentais e orientais, sendo que tal disseminação tende a crescer em progressão geométrica¹¹⁹. Assim, é pertinente analisar, sob o prisma psicossocial, a questão dos viciados em tóxicos que, tendo em vista que o aumento do número de usuários, verificado nas sociedades complexas da contemporaneidade, tende a gerar uma discussão acerca da capacidade e autonomia desses sujeitos.

Para Ruth Gauer,

[...] o toxicômano é visto como um dos fatores de anormalidade, de perda de humanidade, eles, portanto, são antissociais que anulam a sociedade, são remetidos à categoria de perigoso, de sujo, de doente, etc. O que se constata é que os grupos que se utilizam do uso de drogas constroem uma identidade contrastiva que se dá através de um processo de apoio do subgrupo "desviante". Porém não se pode partir do pressuposto de que um elevado índice de toxicomania produzem por si só a "anomalia social". Podemos concluir que há sociedades com toxicomania alta e com baixo índice de anomia, que há sociedades com toxicomania alta e com altos índices de anomia, que há sociedades com baixo índice de toxicomania e baixa anomia, e, que há sociedades com baixo índice de toxicomania e alto índice de anomia¹²⁰.

¹¹⁸ SCHMIDT, Ivan. **A ilusão das drogas**. São Paulo: Editora Casa Publicadora Brasileira, 1980.

¹¹⁹ Carmem Silva Có faz pertinente digressão histórica sobre o uso de drogas, afirmando que até a 2ª Guerra o dependente a drogas e o efeito psicotrópico era visto como um viciado, caracterizado por uma conduta compulsiva, uma maneira incontrolada de ser, era um proscrito social. No pós-guerra (pobreza, condições sociais) o dependente recebia um enfoque de delinqüente, o que violava as leis (toxicômano e adicto – termos com significação marginalizante). Este enfoque foi até mais ou menos 1955-1960. A partir daí, a OMS começou a enfocar o dependente como um enfermo e a dependência a drogas como uma patologia. Atualmente não se faz muita diferença entre os termos "drogatização", farmacodependência e toxicomania que é definida como um estado de intoxicação periódica ou crônica, nocivo para o indivíduo e para a sociedade, produzida pelo uso repetido da droga. CÓ, Carmem Silva. Aspectos médicos-farmacológicos no uso indevido de drogas. **Fascículo de Ciências Penais: Drogas – Abordagem Interdisciplinar**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, v. 3, n. 2, p. 5, abr./mai./jun., 1990.

¹²⁰ GAUER, Ruth M. Chittò. Uma leitura antropológica do uso de drogas. **Fascículo de Ciências Penais: Drogas – Abordagem Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, v. 2, n. 2, p. 59-64, abr./mai./jun., 1990.

Traçando o mesmo caminho, Richard Bucher anota que

[...] a toxicomania, antes de ser um problema psicopatológico, constitui uma questão antropológica e ética. Enquanto fenômeno universalmente humano, o consumo de drogas ultrapassa as esferas da medicina e da psicopatia; ele é propriamente antropológico, no sentido de acompanhar toda a evolução histórica da humanidade, a ponto de não existir sociedade que não tenha a “sua droga”¹²¹.

Aliás, temos de ter em mente que o problema das drogas é, antes de mais nada, uma questão de saúde pública. Por isso, a criminalização das drogas acaba por estimular o aumento da própria criminalidade e sua utilização, visto que o Estado ataca apenas as conseqüências, e não a causa do problema.

A criminalização das drogas não fará com que a demanda pela droga diminua. Tal criminalização se mostra inútil, visto que o mercado das drogas não irá acabar, enquanto houver uma grande demanda por elas. As leis de mercado são também válidas para o mercado ilícito!

Nesse contexto, mostra-se importante a posição do sociólogo Michel Misse. Esse autor analisa o tráfico de drogas numa verdadeira visão mercadológica. Para ele,

[...] se todo o mercado informal está necessariamente sujeito ao custo político de sua insubmissão à regulamentação estatal, o mercado informal que negocia com mercadorias ilícitas é fundamentalmente constituído, em seus custos e em seus benefícios, pela lógica da dupla ilegalidade¹²².

Quando o Estado aumenta o poder punitivo, ele acaba por aumentar também o desejo dos consumidores pelo que foi proibido. O Estado, com sua cultura punitiva, acaba por erotizar a droga! E erotiza logo numa sociedade como a brasileira, que vive um mal-estar desde o seu descobrimento!

¹²¹ BUCHER, Richard. **Drogas e drogadição no Brasil**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992. p. 201.

¹²² MISSE, Michel. **Crime e violência no Brasil contemporâneo**: estudos de sociologia do crime e da violência urbana. Coleção Conflitos, Direitos e Culturas. Coordenadores: Roberto Kant de Lima e Michel Misse. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. p. 198.

O que é difícil de se perceber é que o proibido nasce na erotização. Quanto mais proibição, maior o desejo. É por isso que boa parte dos adolescentes adoram o proibido. Idolatram o proibido! Possuem um fetiche pelo proibido! Isso se dá exatamente pelo fato de o desejo nascer na própria proibição. Dessa constatação, seria possível citar milhares de exemplos, sendo que o mais marcante é exatamente o desejo por usar drogas ilícitas.

Para Salo de Carvalho, entre os consumidores,

[...] a principal consequência da criminalização é o que se poderia denominar de junkyzação, isto é, a estigmatização do usuário com a sua identificação em (sub) culturas criminais, processos que, a partir de sua amplificação pelos meios de comunicação de massa, produz palpável reação social informal (...) o sujeito envolvido com as drogas, por força da política proibicionista, ingressa no vicioso círculo da clandestinação, fato que, em caso de dependência, inviabiliza seu acesso aos sistemas de assistência médica e social¹²³.

Para fins de análise sobre a capacidade de um viciado em tóxico, deve-se ter em mente uma diferença básica entre as drogas que engendram a toxicomania e aquelas que engendram simplesmente o hábito.

Com efeito, e sem exceção, toda a substância psicoativa utilizada de forma abusiva pode levar a manifestações de dependência¹²⁴.

Guido Palomba observa que entidades mórbidas como o alcoolismo crônico e a toxicomania severa, podem gerar quadros psicóticos; todavia “[...] não são psicoses, mas nem por isso deixam de ser verdadeiras doenças mentais, uma vez que solapam do indivíduo o entendimento e o livre-arbítrio, que, diga-se de caminho, são as arquitravantes da responsabilidade penal”¹²⁵.

O tratamento dos dependentes de drogas no Brasil é tarifado. Os viciados de classe abastada têm tratamento garantido em clínicas particulares, com toda a possibilidade de cura num espaço razoável e necessário de tempo. Já os viciados de classe baixa (menos favorecida) vão ter de continuar viciados, pois o Estado não patrocina nenhuma política pública de saúde

¹²³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 142.

¹²⁴ SEIBEL, Sérgio Dario; TOSCANO, Alfredo. **Dependência de drogas**. São Paulo: Atheneu, 2001.

¹²⁵ PALOMBA, 1992. p. 19.

mental relacionada às drogas. Podem, todavia, buscar Clínicas Públicas, mas deverão permanecer em filas de espera intermináveis e, quando forem atendidos, receberão, na verdade, um pseudo tratamento, posto que as condições clínicas oferecidas são totalmente parcas.

Assim como nos demais casos de incapacidades, a autonomia do dependente de drogas deverá ser analisada, através de laudo psiquiátrico. Não há como fugir desse matiz.

Para Joaquim Clotet, reconhece-se que a pessoa adulta, em estado normal de consciência, tem o direito de aceitar ou recusar o tratamento médico, assim como a liberdade para participar em pesquisa¹²⁶.

Assim, em caso de dependência crônica, a pessoa acaba por perder seu próprio tirocínio, não tendo, por conseqüência, a capacidade de aceitar ou recusar determinado tratamento. Nesse sentido, deve a mesma ser considerada, via processo de interdição, com a participação ativa do Ministério Público, um incapaz civilmente.

2.3.2.4 Os deficientes mentais com discernimento reduzido

2.3.2.4.1 Âmbito jurídico

Ao tratar do tema da deficiência mental, incluindo o deficiente com discernimento reduzido como um relativamente incapaz, deve-se deixar claro que nossa jurisprudência, em especial a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), sinaliza a possibilidade, mesmo que remota, de cura desse deficiente, ou seja, a deficiência mental, para nossa jurisprudência, não poderia ser tratada como uma doença de cunho permanente¹²⁷.

Essa não é, contudo, a posição adotada pela Ciência da Saúde, em especial na área específica da saúde mental, o que acaba por recomendar que

¹²⁶ CLOTET, Joaquim. **Bioética**: uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 75.

¹²⁷ PEREIRA, Antônio Carlos Stangler. **APC n. 70008448276**, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Antônio Carlos Stangler Pereira, julgada em 28 de outubro de 2004.

o julgador fique atento ao laudo médico, quando de eventual julgamento sobre a capacidade das pessoas.

Seguindo a linha de pensamento agora proposta, no entanto, o deficiente mental com discernimento reduzido é considerado um relativamente incapaz, devendo, pois, ser assistido por curador nomeado judicialmente. Vale ressaltar, todavia, e aqui especificando a posição dos deficientes mentais, que os curadores respectivos, ao assisti-los, não têm o condão de fazê-lo dispendo de forma a alterar aspectos físicos e biológicos do assistido

Interessante julgado demonstra tal situação. A Apelação Cível (APC) nº. 70008448276, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao defender que os deficientes mentais possuem uma possibilidade de cura através do avanço da Medicina, negou pedido feito por curador, que pretendia ver sua curatelada passar por procedimento cirúrgico de laqueadura.

De pronto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a sentença de primeiro grau, valendo-se de pretéritos Embargos Infringentes¹²⁸ julgados, alegando, *verbis*:

A deficiente mental não tem culpa de sua doença, nasceu assim, porque a natureza a protegeu da loucura dos homens ditos sadios, ou a castigou, fazendo com que pagasse duramente pela sua deficiência, o que a história da loucura nos mostra ter sido cruel.

Para que haja esterilização com a impossibilidade de procriação, deve haver o consentimento expresso da pessoa, e a curatelada não dispõe desse consentimento, é o seu Curador que quer esterilizá-la para que nunca mais possa ter filhos. Estes poderão ser sadios, e não insanos como a mãe. Uma mãe louca tem tanto amor pelos filhos e sente a maternidade como uma pessoa sadia, às vezes, afeiçoando-se numa boneca na fantasia da sua loucura.

Por ser ainda uma mulher fértil e menstruada regularmente talvez por mais 14 anos, no meu sentir, não deva ser esterilizada como um animal sem vontade, repetindo o que outros homens fizeram em tempos passados mutilando pessoas em nome da hegemonia da raça.

A Medicina hoje, por meio de anticoncepcionais, pode evitar ovulação. A curatelada, ao invés de ser esterilizada, para, sem risco, poder-se relacionar sexualmente com todos os homens

¹²⁸ TORRES, Aldo Ayres. **Embargos Infringentes n. 597185271**, do Quarto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Aldo Ayres Torres, julgado em 19 de setembro de 1997.

que desejar, deverá ser cuidada, administrando-se-lhe anticoncepcionais.

Um dos deveres do Curador, que aceitou o encargo, é administrar a pessoa da curatelada, protegendo-a, e não pedindo para esterilizá-la e liberá-la para o sexo sem risco de engravidar. Pode não engravidar, mas se contaminar pela AIDS.

A doença mental de que é portadora a curatelada poderá no futuro ter cura. Há estudos para reverter hoje doenças tidas como incuráveis. A própria depressão, hoje, tratada, ela retira do depressivo o estado de angústia, por meio de medicação ministrada regularmente.

De fato, os poderes dos curadores não são absolutos, tendo os mesmos a necessidade de passarem sobre o crivo do Judiciário. Todavia, a alegação de que as doenças mentais possuem possibilidade de cura mostra-se errônea, pois, de fato, algumas, no estado atual do conhecimento científico, são incuráveis, como, por exemplo, a própria esquizofrenia e o transtorno bipolar, tendo esse último, como agravante, o fato de o cérebro produzir, de forma atípica, alguns neurotransmissores fundamentais para nossa saúde mental, cuja produção prejudica a saúde mental do seu portador. Essa doença pode ser controlada através de medicamentos, mas não curada.

A decisão andou mal, quando afirmou que algumas doenças mentais podem ser curadas. De fato, algumas não podem. Podem, entretanto, ser controladas, com diminuição de seus efeitos, mas jamais curadas.

Aliás, segundo a norma do art. 3º do Decreto nº. 3298/99¹²⁹, que regulamenta a Lei nº. 7853/1989¹³⁰, considera-se deficiência¹³¹ a perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gere incapacidade para o desempenho de atividade, conforme o padrão considerado normal para o ser humano. A deficiência permanente é aquela que não permite recuperação ou alteração, apesar do aparecimento de novos

¹²⁹ O Decreto nº. 3298/99 regulamenta a Lei nº. 7.853/89, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção e dá outras providências.

¹³⁰ A Lei nº. 7853/89 dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências.

¹³¹ Pela letra da norma do art. 4º, d, do Decreto nº. 3298, deficiente mental é aquele cujo funcionamento intelectual é significativamente inferior à média, sendo esta manifestação presente desde antes dos dezoito anos de idade e associada a limitações em duas ou mais áreas de habilidades adaptativas (comunicação, cuidado pessoal, habilidades sociais, utilização da comunidade, saúde e segurança, habilidades acadêmicas, lazer e trabalho).

tratamentos, por já ter corrido tempo suficiente para a sua consolidação. Dessume-se, pois, que o acórdão decidiu contrariamente à própria lei.

O jurista Caio Mário¹³² bem preleciona, ao dizer que caberá à ciência médica definir e distinguir em que consiste a deficiência mental e o desenvolvimento incompleto, bem como extremar estes estados, em relação aos excepcionais.

Do mesmo modo, caberá à ciência médica dizer quem é deficiente mental, e quais deficiências mentais acarretam um discernimento reduzido, por parte de seu portador, para enquadrá-lo como um relativamente incapaz de exercer, por si só, atos da vida civil.

2.3.2.4.2 Âmbito psicossocial

Para um direcionamento no estudo do deficiente mental com discernimento reduzido, sob o prisma psicossocial, é conveniente apresentar uma definição de Guido Palomba. Ele escreve que, nesse contexto, “[...] habitam os indivíduos fronteiriços. Qualquer perturbação da saúde mental tem, obrigatoriamente, que se constituir de comprometimento (não total, pois cairia na doença mental) da razão e do livre arbítrio”¹³³.

Em termos psicossociais, os deficientes mentais com discernimento reduzido são classificados como retardados mentais. Assim, através dos níveis de retardo mental, é possível alocar o sujeito como absolutamente ou relativamente incapaz.

Segundo Luiz Alberto David Araújo, para delimitar o conceito de pessoa portadora de deficiência, é necessário analisar, através de critérios alheios à ciência do Direito, mas imprescindíveis ao perfeito entendimento da idéia desenvolvida. Por exemplo, a gradação da deficiência mental obrigará a uma incursão no campo da Psicologia e da Psiquiatria, com a citação de manuais básicos dessas áreas, necessários à perfeita delimitação do tema. Assim, afim de que se possa verificar se os comandos constitucionais têm sido cumpridos,

¹³² PEREIRA, 2004. p. 285.

¹³³ PALOMBA, 1992. p. 19.

é indispensável a demonstração de alguns tipos de deficiência pouco comuns, como a esclerose múltipla, a talassemia, a fenilcetonúria etc. Não seria possível, portanto, o perfeito entendimento da idéia de pessoa portadora de deficiência, sem o concurso de conceitos estranhos ao cotidiano jurídico. Na realidade, sem tais colocações seria muito difícil, por exemplo, entender a proteção de grupos de doentes do metabolismo ou, mesmo, compreender a necessidade de uma política de prevenção de certos males, que serão descritos exemplificadamente nos capítulos seguintes. Assim, os critérios obtidos a partir de obras de Medicina, Psicologia ou mesmo de Psiquiatria se justificam, pela imperiosidade de se trazer uma abordagem adequada ao tema estudado¹³⁴.

Para tanto, deve-se considerar a classificação indicativa, formulada pelo DSM-IV, que estabelece as características do desenvolvimento de pessoas mentalmente retardadas. O retardo mental classifica-se em profundo, grave, moderado e leve.

No retardo mental profundo, o sujeito apresenta algum desenvolvimento motor e de fala, podendo alcançar o autocuidado muito limitado. Necessita, ainda, de cuidados permanentes de enfermagem. No retardo mental grave, a adequação social do sujeito é pequena, havendo necessidade de supervisão completa, com a possibilidade de desenvolvimento de habilidades de autoproteção mínimas, em ambiente controlado.

Já no retardo mental moderado, o indivíduo tem a possibilidade de alcançar auto-suficiência, em trabalho que não exija qualificação, desde que em condições protegidas. Requer, outrossim, supervisão e orientação, quando sob estresse social ou econômico leves.

Por fim, no retardo mental leve, o sujeito alcança habilidades sociais e vocacionais para sustento próprio mínimo; todavia, pode necessitar de orientação e assistência, quando sob estresse social ou econômico maiores.

Parece que os portadores de retardo mental leve e moderado se enquadrariam na classificação de relativamente incapazes, na medida em que, conforme dito acima, possuiriam um discernimento reduzido na prática de atos da vida civil. Já os portadores de retardo mental profundo e grave se

¹³⁴ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência**. 3. ed., Brasília: Corde, 2002. p. 66.

enquadrariam como absolutamente incapazes, na medida em que lhes falta total discernimento para praticar atos da vida civil.

2.3.2.5 Os excepcionais sem desenvolvimento mental completo

2.3.2.5.1 Âmbito jurídico

Nossa doutrina jurídica é escassa, ao tratar dos excepcionais sem desenvolvimento mental completo, muito provavelmente por se tratar de tema novo em nossa legislação. Assim, temos que ter em mente que, para que o excepcional seja considerado relativamente incapaz, ele deve apresentar um desenvolvimento mental incompleto.

Se o excepcional tiver um desenvolvimento mental completo, será considerado capaz civilmente. Para tanto, seu funcionamento intelectual deve ser considerado mediano, com habilidades adaptativas, tais como comunicação, cuidado pessoal, habilidades sociais, utilização da comunidade, saúde e segurança, habilidades acadêmicas, lazer e trabalho. É evidente que tais condições deverão ser aferidas, através de laudo realizado por profissional da saúde mental.

A lei mostra-se falha, ao não estabelecer o tipo de excepcionalidade, e tampouco sinalizar a complexidade dos diferentes tipos de excepcionalidade, como resultado da interação dos diversos fatores biopsicossociais.

Desta banda, tal análise será feita no item seguinte, onde será analisada a questão do excepcional à luz das ciências médicas, com o fito de fazer uma conexão com a legislação atual, cotejando o tema com a questão da capacidade e autonomia.

2.3.2.5.2 Âmbito psicossocial

O termo “excepcional”, constante no texto do CC, é atécnico. O legislador de 2002 não construiu um texto normativo, em consonância com as

áreas que lhes são realmente pertinentes. No caso, refiro-me especificamente à área da saúde.

Excepcional é um indivíduo que possui características biopsicossociais, que desviam da norma social, requerendo, para tanto, um serviço especial para desenvolver ao máximo suas capacidades limitadas.

Como anota Solange Leme Ferreira¹³⁵, as diferenças entre o indivíduo normal e o excepcional são apenas de grau, e grau é apenas uma questão de comparação. As necessidades sociais psicológicas e educacionais básicas do indivíduo excepcional são da mesma natureza das de todos os indivíduos normais.

Em última análise, é a própria sociedade quem determina quem são os indivíduos “anormais”, assim como o grau de tal “anormalidade”. Quanto ao grau especificamente, também é a própria sociedade quem determina se os desvios são vantajosos ou não, através das expectativas dos membros que dela fazem parte. Logo, a excepcionalidade possui pertinência com relação ao contexto social no qual se insere o indivíduo.

Nessa linha de raciocínio, não andou bem o legislador. Primeiro, porque o termo “excepcional” está defasado. O próprio Ministério da Educação e do Desporto, na sua Secretaria de Educação Especial, através de sua “Política Nacional de Educação Especial”, abandonou a denominação “excepcional” deixou de ser utilizada desde 1994. Agora, o indivíduo outrora chamado de “excepcional” é denominado de “portador de necessidades especiais”, sendo definido como

[...] aquele que por apresentar, em caráter permanente ou temporário, alguma deficiência física, sensorial, intelectual, múltipla, condutas típicas ou, ainda, altas habilidades, necessita de recursos especializados para desenvolver mais plenamente o seu potencial e/ou superar ou minimizar suas dificuldades.

¹³⁵ FERREIRA, Solange Leme. **Aprendendo sobre a deficiência mental**. São Paulo: Memnon, 1998. p. 48.

Para Solange Leme Ferreira¹³⁶, os portadores de necessidades especiais possuem três classificações: portadores de condutas típicas, portadores de altas habilidades e portadores de deficiências.

Os portadores de condutas típicas apresentam condutas de portadores de síndromes ou quadros psicológicos, em um nível que requeira um tratamento especializado e diferenciado. Já os portadores de altas habilidades apresentam nível de desempenho intelectual superior. Por fim, os portadores de deficiência, em comparação à maioria das pessoas, mostram significativas diferenças físicas, mentais e motoras, de caráter permanente, o que acaba por dificultar sua interação social.

Assim, com essa classificação, pode-se anotar, com maior clareza, a atecnia da norma jurídica. A lei fala em “excepcional sem desenvolvimento mental completo”, ou seja, nem todo excepcional será considerado relativamente incapaz, na medida em que, no mundo social, há excepcionais absolutamente capazes de exercerem atos da vida civil, sem necessidade de assistência.

Ocorre que, além do termo “excepcional” estar defasado, existe certa dificuldade de definir o termo “portador de necessidades especiais”. Do ponto de vista psicológico, o “portador de necessidades especiais” se equivaleria ao sujeito com retardo mental. Além disso, definir “retardo mental”, nesse contexto, também se mostra uma tarefa difícil, quiçá impossível, posto se tratar de “[...] uma designação que abrange causas diversas e aspectos múltiplos, dos quais constituem denominadores comuns a capacidade intelectual insuficientemente desenvolvida e as dificuldades de adaptação social”¹³⁷.

¹³⁶ FERREIRA, 1998. p. 49.

¹³⁷ PÉRES-RAMOS, na mesma obra antes citada, faz interessante observação quanto à terminologia “excepcional”. Para ele, “[...] há duas ou três décadas iniciou-se o emprego do termo “excepcional” para identificar não só pessoas portadoras de inteligência superior como também aquelas com algum tipo de deficiência. O vocábulo originou-se de um conceito positivo, já enraizado, que qualificava o “excepcional” apenas o indivíduo com potenciais intelectuais ou talentos especiais altamente significativos. Com o tempo, o adjetivo foi expandido à qualificação de todos aqueles que se distanciavam da população normal, incluindo desta maneira um maior número de tipos de deficiências, em comparação com apenas o grupo de capacidades mentais superiores ou talentos especiais. Tal desequilíbrio motivou maior carga de conotações negativas ao termo, provocando, com a interferência de outros fatores, o deslocamento do seu sentido do pólo positivo para o negativo. Atualmente, novas cargas desvalorizantes se agregam ao termo, pelo fato de, segundo Goldberg (1974), ter sido divulgada a idéia de que os chamados “excepcionais” não possuem competência básica e nem possibilidade de total reabilitação, discriminando-os do grupo dos “normais” de alguma forma definitiva. É possível que a conotação negativa com que o termo “excepcional” reveste-se,

Temos de ter em mente que tanto o termo “excepcional” quanto “retardado mental” possuem caráter pejorativo, no âmbito social moderno. Talvez a denominação “portador de necessidades especiais”, além de mais técnico e moderno, tenha um viés mais humanizador.

Nessa linha, temos uma definição científica, proposta por Herbert Grossman, que nos parece a mais técnica possível, no presente contexto. Ressalte-se que tal definição está em consonância com os preceitos da Associação Americana de Deficiência Mental (AAMD). Assim, para esse autor, a deficiência mental caracteriza-se pelo “[...] funcionamento intelectual significativamente abaixo da média, que dá lugar a deficiências no comportamento adaptativo e que tem origem no período de desenvolvimento”¹³⁸.

2.3.2.6 Os Pródigos

2.3.2.6.1 Âmbito jurídico

Pródigo¹³⁹ é aquele que dissipa, malbarata, desperdiça o que é seu¹⁴⁰. Na lição de Josserand, “[...] o pródigo é aquele que dilapida a sua fortuna, é o

atualmente, venha sendo reforçada pela própria divulgação da problemática das pessoas com deficiência e, ainda, pela utilização do vocábulo na denominação de instituições e campanhas a elas destinadas. Nos últimos anos, o adjetivo “desviante” passou a ser uma tentativa utilizada por especialistas no campo, visando a substituição da palavra “excepcional” com o propósito de evitar o sentido estigmatizante que vinha adquirindo. A acepção “desviante” surgiu para enfatizar os desvios primários que caracterizam os diferentes tipos de excepcionalidade, tanto do ponto de vista qualitativo como do quantitativo. Essa nova designação vem seguindo o mesmo processo de vulgarização, assumindo até maior carga semântica negativa que a anterior pelo fato de que o próprio termo chama a atenção para aspectos ainda mais estigmatizantes, segundo Kruickshank. Recentemente, as expressões “desenvolvimento atípico”, “distúrbios do desenvolvimento”, “pessoas com necessidades especiais” ou “pessoas portadoras de retardo” vêm sendo empregadas por muitos autores, em substituição à designação anteriormente citada, considerada já pejorativa”. PÉREZ-RAMOS, Aidyl de Queiroz. **Diagnóstico psicológico**: implicações psicossociais na área do retardo mental. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1982. p. 19; PÉRES-RAMOS, 1982. p. 91-92.

¹³⁸ GROSSMAN, Herbert. **Manual on terminology and classification in mental retardation**. Baltimore: Pridemax Press, 1973. p. 75.

¹³⁹ Apesar do termo “pródigos” constar na legislação brasileira, ressalta-se que tal terminologia não está conforme os preceitos e classificações atuais das ciências da saúde.

que gasta o seu capital sem necessidade nem utilidade, podendo ser, tradicionalmente, objeto de medidas destinadas a protegê-lo e a proteger sua família contra esta nefasta inclinação”.¹⁴¹

Devemos ter em mente que a incapacidade relativa do pródigo é específica, ou seja, sua incapacidade engloba somente atos que envolvam disposição patrimonial. Tal assertiva encontra guarida na própria norma do art. 1782 do CC, que estabelece que a interdição do pródigo englobará somente atos como empréstimo, transição, quitação, alienação, hipoteca, dentre outros. Nos demais atos da vida civil, que não envolvam perda ou ganho patrimonial, o pródigo poderá atuar sem curador.

Portanto, quanto ao pródigo, a lei não lhe impõe a abstenção total dos atos jurídicos, nem lhe confere a liberdade de ação que lhe possibilite a perdulariedade¹⁴². Caio Maria da Silva Pereira, no entanto, discorda de tal exegese, posto que, se o pródigo é portador de enfermidade mental, isso incide na incapacidade por essa razão. Fora daí não parecerá conveniente conservar a inabilitação específica¹⁴³

Evidentemente que, à luz da legislação brasileira, para uma pessoa ser considerada relativamente incapaz pela prodigalidade, é necessário que seja promovido processo judicial de interdição. Neste caso, se a pessoa foi considerada pródiga, por sentença transitada em julgado, seus atos de gestão patrimonial deverão ser assistidos por curador designado.

Deve-se mencionar que atos como votar, testemunhar, autorizar casamento dos filhos, ser jurado, dentre outros, podem ser praticados livremente pelo pródigo.

Já se o pródigo pretender contrair matrimônio, poderá fazê-lo, a não ser que celebre pacto antenupcial, que importe em alteração patrimonial, situação em que deverá ser assistido por curador.

O curador, no caso, poderá ser cônjuge, ascendente, descendente, qualquer parente ou o Ministério Público (art. 1768 e 1769 do CC).

¹⁴⁰ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**: introdução e parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1972. v. 1.p. 272.

¹⁴¹ JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Buenos Aires: Bosch, 1950. Tomo 1, v. 1. p. 430.

¹⁴² DINIZ, 2003. p. 157.

¹⁴³ PEREIRA, 2004. p. 180.

Note-se que a interdição do pródigo visa a proteger o próprio incapaz, e não mais o seu cônjuge, como previa o CC de 1916. Prova é que o Ministério Público, pela nova redação do CC, fora elencado como legitimado para requerer a interdição do pródigo, por ser efetivo defensor dos interesses dos incapazes.

Pela antiga letra legal, a jurisprudência permitia a titularidade ao Ministério Público, para requerer tal interdição, desde que isso ocorresse de forma excepcional, qual seja, quando envolvesse menor.

2.3.2.6.2 Âmbito psicossocial

A prodigalidade esconde vários nuances. Pode se configurar por algum distúrbio mental, mas, segundo Venosa, “[...] se fosse estado patológico, deveria ser incluído no conceito de alienados”¹⁴⁴. Outra possibilidade seria a caracterização como a daquele sujeito que, mesmo são, tem sua mente fortemente influenciada pela pressão psicológica de uma crença ou confissão política. Então, em nome desse ideal, ele passa a ter um impulso de despir-se de todos os seus bens.

Sob o prisma psicossocial, a relação mais apropriada para os pródigos é aquela ligada aos transtornos de controle dos impulsos. O DSM-IV estabelece seis categorias de transtorno do controle dos impulsos: transtorno explosivo interminante¹⁴⁵, cleptomania¹⁴⁶, piromania¹⁴⁷, jogo patológico, tricotilomania¹⁴⁸ e transtorno do controle dos impulsos sem outra especificação¹⁴⁹.

De todas essas categorias, contudo, a que melhor se encaixa no presente estudo é a categoria do jogo patológico, determinante para que o sujeito de torne relativamente incapaz para seus atos, na vida civil. Na lição de Benjamin Sadock e Virginia Sadock, “[...] o jogo patológico caracteriza-se pelo

¹⁴⁴ VENOSA, 2003. p.164.

¹⁴⁵ Quando o sujeito age através de um episódio de agressividade de forma desproporcional.

¹⁴⁶ Fracasso recorrente em resistir ao impulso de furtar objetos que não possuam valor monetário ou que se mostrem inúteis para sua aquisição.

¹⁴⁷ Ato deliberado e intencional de provocar incêndios.

¹⁴⁸ Ato recorrente de arrancar os cabelos.

¹⁴⁹ Categoria que figura como residual àquelas descritas no DSM como transtornos de controle dos impulsos, tais como compulsão pelo uso da internet, celular ou comportamento sexual compulsivo.

comportamento mal-adaptativo, recorrente e persistente de jogo que causa problemas econômicos e perturbações significativas no funcionamento pessoal, social ou ocupacional”¹⁵⁰.

Os autores ainda trazem algumas características de tal comportamento, onde são incluídas, dentre elas: a preocupação com o jogo; a necessidade de jogar importâncias pecuniárias cada vez mais elevadas, com o fim de atingir um ápice emocional; jogar para recuperar perdas obtidas; e pôr em perigo ou perder relacionamentos, em razão do jogo. Evidentemente que tais características são marcantes nos pródigos, o que acaba por torná-los, no âmbito civil, relativamente incapazes.

Ainda segundo Benjamin Sadock e Virginia Sadock, 3% da população podem ser considerados como jogadores patológicos. Eles afirmam que tal transtorno mais comum no sexo masculino, sendo que a taxa aumenta, significativamente, nos locais onde o jogo é permitido. Ainda para esses autores, cerca de um quarto dos jogadores patológicos teve um dos pais envolvidos no mesmo transtorno¹⁵¹.

A incapacidade do pródigo é vista com mais facilidade nas suas condutas de confiança e de característica de perdulário. O dinheiro passa a ser a “causa” e a “solução” de todos os problemas, sendo que o sujeito não tem condições de fazer qualquer tipo de economia. Falta-lhe, pois, capacidade de auto-controle, fato esse que pode gerar prejuízos não só para ele próprio, mas também para seus familiares.

Não se está questionando o caráter autônomo da aplicação de uma quantia de dinheiro, em determinada diversão ou, até mesmo, em algo extravagante. O pródigo, como um perdulário incontido, acaba por se envolver em comportamentos anti-sociais para buscar mais dinheiro para jogar. Sua incapacidade se faz presente exatamente nesse contexto, na medida em que ele se torna capaz de realizar qualquer ato, independente se violento ou não, para satisfazer seu prazer.

Para Benjamin Sadock e Virginia Sadock, as complicações com o jogador patológico incluem “[...] afastamento dos membros da família e

¹⁵⁰ SADOCK, 2007. p. 840.

¹⁵¹ Nesse sentido: SADOCK, 2007. p. 840-841.

conhecidos, perda das conquistas de uma vida inteira, tentativas de suicídio e envolvimento com grupos marginais ou ilegais”¹⁵².

Também não há que se confundir o jogo social com o jogo patológico, visto que o primeiro se dá em momentos de descontração, com amigos ou familiares, sendo que a perda pecuniária é aceita normalmente. Já no jogo patológico, a perda é encarada com demonstrações importantes no humor do perdedor, podendo gerar quadros maníacos e depressivos.

A internação psiquiátrica também é recomendada nesses casos, visto que praticamente nada se sabe sobre efeitos medicamentosos no tratamento do jogo patológico.

A internação se mostra pertinente, exatamente para retirar o paciente do ambiente do jogo, transpondo-o para um local diverso.

2.3.3 Plena capacidade

Qualquer um de nós, seja por doença orgânica, seja por acidente com trauma do Sistema Nervoso Central (SNC), pode perder a plena capacidade, a qualquer momento.

Tal fato se mostra visível, na medida da potencial ocorrência de um acidente que venha a causar sérios problemas a um sujeito que, depois de sua recuperação, fique com uma superveniente enfermidade mental. Nesses casos específicos, tornar-se-ia demasiadamente longo um processo de interdição judicial, sobretudo em razão da demora assaz significativa do mesmo. Por outro lado, teríamos de tomar uma decisão clínica (internação), ao invés de uma decisão jurídica (processo de interdição), fato esse que acaba por gerar problemas de ordem constitucional, em especial com referência à liberdade de ir e vir.

Pelo aspecto eminentemente jurídico, esse ponto não oferece maiores dificuldades, afora a mudança de caráter cronológico decorrente da nova legislação civil. O critério é unicamente etário: leva-se em conta somente a idade, mesmo havendo, em determinados casos, maturidade precoce¹⁵³.

¹⁵² SADOCK, 2007. p. 841.

¹⁵³ GONÇALVES, 2003. p. 106.

Sem embargo, com a idade de 18 anos¹⁵⁴ completos, a pessoa atinge a maioridade plena, adquirindo capacidade de exercício¹⁵⁵, isto é, capacidade para praticar todos os atos da vida civil¹⁵⁶.

Assim, desde que não caibam na categoria dos que não conseguem se comunicar, dos que não possuem discernimento, dos que possuem discernimento reduzido ou dos pródigos, serão plenamente capazes¹⁵⁷.

Em que pese a aparente singeleza do presente ponto, entretanto, não se pode confundir capacidade e incapacidade civis com maioridade e menoridade.

Maiores, do ponto de vista propedêutico, são aqueles que possuem mais de 18 anos, e os menores são os que possuem menos de 18 anos. De forma geral, presumimos que os maiores são capazes plenamente, enquanto os menores são incapazes, sejam relativa ou absolutamente. Ocorre que a presunção é *jures tantum* (relativa), e não *jures et jure* (absoluta).

Assim, um pródigo pode ser maior de 18 anos e incapaz, ao passo que é possível que um menor de 18 anos, em que pese menor de idade, seja capaz (emancipado¹⁵⁸).

Devemos levar em conta que a plena capacidade pode sofrer algumas restrições legais, como o surgimento de uma deficiência mental¹⁵⁹, situação essa onde a aptidão para exercer os atos da vida civil sofrerá uma limitação, deixando a pessoa de ser capaz para se transformar, mesmo que momentaneamente, em incapaz.

Destaque-se que a maioridade civil deve ser equiparada à maioridade penal, ou seja, os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis (Art. 27

¹⁵⁴ A idade de 18 anos é adotada pelo Código Civil Português (art. 122) e pelo Código Civil Argentino (Art. 126). Já o Código Civil Suíço (art. 14) a maioridade é alcançada aos 20 anos; aos 21 no Código Civil Alemão (art. 2º) e Italiano (art. 2º); no Código Civil Espanhol (Art. 320) a maioridade é alcançada aos 23 anos e aos 25 no Código Civil Chileno (art. 266).

¹⁵⁵ No item 1.3 do Capítulo 1, analisaremos amiúde a questão da capacidade de direito e da capacidade de fato.

¹⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 15 de junho de 2005. 3. ed. ver., atual. e ampl. da 2. ed. do Código Civil anotado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 164.

¹⁵⁷ FIÚZA, 2004. p. 124.

¹⁵⁸ O instituto da Emancipação está previsto na norma do inciso I, do parágrafo único do art. 5º do CC. Quanto à emancipação, cabe mencionar que quando a incapacidade cessa por determinação legal, a emancipação se denomina de *legal*; poder, todavia, ser voluntária, ou seja, através de sentença prolatada por magistrado competente ou por concessão dos pais (por escritura pública), sejam naturais ou adotivos. Destaque-se que a emancipação deve ser concedida pelos pais, em conjunto, e não preferencialmente pelo pai, como dispunha o CC de 1916.

¹⁵⁹ Nesse sentido, vide: PEREIRA, 2004. p. 224.

CP). Mesmo o menor casado ou emancipado responderá penalmente somente ao depois de completar 18 anos.

Nessa mesma linha de raciocínio não há que se confundir maioridade civil com a idade em que tem início a responsabilidade penal. Se a malfadada idéia de antecipação da maioridade penal para os 16 anos ganhar vozes, tal redução em nada afetará a maioridade civil, que seguirá o que está previsto pelo CC¹⁶⁰.

Responsabilidades civil e penal são distintas, devendo-se entender, a partir do CC, o sujeito de 18 anos de idade como civilmente capaz, isto é, apto a praticar pessoalmente os atos da vida civil, todavia com a manutenção das regras do CP e do ECA, relativamente a atos infracionais, cometidos por menores de 18 anos.

Há menção no Código Penal Militar (CPM), na norma do art. 50, à idade de 17 anos, desde que haja entendimento do caráter ilícito do fato. Em razão da norma do art. 228 da CF¹⁶¹, todavia tal norma não é mais aplicável, tendo sido revogada tacitamente.

¹⁶⁰ Em alguns artigos do Código Penal e do Código de Processo Penal constam a idade de 21 anos para fins penais. Nesse sentido, podemos citar: *art. 65, I do CP*, que estabelece: são circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; *art. 115 do CP*: São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos; *Art. 15 do CPP*: Se o indiciado for menor, ser-lhe-á nomeado curador pela autoridade policial; *art. 34 do CPP*: Se o ofendido for menor de 21 (vinte e um) e maior de 18 (dezoito) anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal; *art. 50, parágrafo único do CPP*: A renúncia expressa constará de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou procurador com poderes especiais. Parágrafo único. A renúncia do representante legal do menor que houver completado 18 (dezoito) anos não privará este do direito de queixa, nem a renúncia do último excluirá o direito do primeiro; *art. 52 do CPP*: Se o querelante for menor de 21 (vinte e um) e maior de 18 (dezoito) anos, o direito de perdão poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal, mas o perdão concedido por um, havendo oposição do outro, não produzirá efeito; *art. 54 do CPP*: Se o querelado for menor de 21 (vinte e um) anos, observar-se-á, quanto à aceitação do perdão, o disposto no art. 52; *Art. 194 do CPP*: Se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador; *art. 262 do CPP*: Ao acusado menor dar-se-á curador; *art. 449 do CPP*: Apregoado o réu, e comparecendo, perguntar-lhe-á o juiz o nome, a idade e se tem advogado, nomeando-lhe curador, se for menor e não o tiver, e defensor, se maior. Em tal hipótese, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido; *art. 564, III, c, do CPP, in fine*: A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 (vinte e um) anos.

¹⁶¹ Art. 228, CF – São penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial.

3 INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA

3.1 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA LOUCURA

Apesar de a reforma psiquiátrica não se enquadrar como um dos objetivos centrais desse trabalho, mostra-se importante, mesmo que de forma breve, trazer à baila alguns comentários sobre o assunto.

A expressão institucionalização da loucura foi utilizada por Manuel Desviat¹⁶², em sua obra intitulada *A reforma psiquiátrica*. Com efeito, o enclausuramento de pessoas em asilos e demais instituições se deu, conforme Desviat¹⁶³, como forma de dar respostas aos acontecimentos registrados no século XVII.

De fato, as revoluções liberais, ocorridas nos séculos XVII e XVIII, das quais a que mais se destaca é a Revolução Francesa, assinalaram a conclusão do processo de transição do feudalismo para o capitalismo. Do ponto de vista cronológico, tais revoluções constituem os marcos finais da Idade Moderna. Todavia, se as sociedades modernas forem consideradas, nas suas bases estruturais, o que se verificará, de fato, é que as revoluções representaram a afirmação de novos valores, até então contidos pela estrutura feuda, que, apesar de todas as transformações ocorridas, predominava nas sociedades da Europa ocidental.

A partir das revoluções dos séculos XVII e XVIII, o modo de produção capitalista, que vinha sendo esboçado desde o final da Idade Média, tornou-se predominante nas sociedades da Europa ocidental e, a partir delas, passou a influenciar na organização de praticamente todos os povos do mundo. Do ponto de vista social, a burguesia assumiu, de forma inquestionável, o lugar de classe dominante. As revoluções sociais foram burguesas e a partir, delas se estabeleceu a compatibilização entre poder econômico, *status* social e predomínio da burguesia. Desta forma, os valores burgueses passaram a dar o

¹⁶² DESVIAT, Manuel. **A reforma psiquiátrica**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1999. p. 15-23.

¹⁶³ DESVIAT, 1999. p 15.

tom nas relações sociais, em detrimento dos valores da nobreza, estando essa ainda identificada com a vetusta classe feudal.

Surgiram, pois, valores como o *liberalismo*, a *propriedade privada* e os *direitos do homem*. Aliado a isso, a visão burguesa de uma sociedade dividida em classes sociais, compunha todo esse cenário. Essas classes se hierarquizavam a partir de condições econômicas, segundo as quais os mais pobres deveriam “aceitar” sua condição de natural predomínio das classes mais abastadas.

Dentre as revoluções do século XVII, podemos destacar as revoluções na Holanda¹⁶⁴ e Inglaterra¹⁶⁵, sendo que o Iluminismo¹⁶⁶, a Revolução dos Estados Unidos da América¹⁶⁷, a Revolução Industrial¹⁶⁸ e a Revolução Francesa¹⁶⁹ destacaram-se como os acontecimentos que notabilizaram o século XVIII.

¹⁶⁴ A revolução na Holanda se revestiu de um caráter *sui generis*: foi o primeiro movimento burguês a obter êxito. Firmou-se como luta de independência nacional e ainda acabou por se constituir numa das principais lutas religiosas, entre as que se deram na Europa no período Moderno.

¹⁶⁵ Os *wighs* e os *tories* se uniram na luta contra o rei e, em 1688, fizeram a Revolução Gloriosa, assim denominada porque dela não haviam participado as massas populares, não havendo, pois, nenhum tipo de “desordens sociais”. Destaque-se, ainda, que os ingleses entregaram o trono em fevereiro de 1689 a Guilherme de Orange. Todavia, a monarquia teria seus direitos limitados, legal e constitucionalmente, pela Declaração dos Direitos – *Bill of Rights* – estabelecida pelo parlamento no mesmo ano. Sobre a Revolução Gloriosa, HILL, Christofer. **A revolução inglesa de 1640**. 2. ed. Tradução: Wanda Ramos. Lisboa: Presença, 1981.

¹⁶⁶ O desenvolvimento intelectual trazido pelo Iluminismo caracterizava-se pelo que poderia ser chamado de uso da razão, como princípio fundamental para a compreensão de todos os fenômenos. A razão seria a luz que iluminaria os pensamentos do homem, possibilitando a elaboração de idéias que explicariam e impulsionariam as ações humanas. Resulta daí o fato de se chamar o século XVIII de o Século das Luzes.

¹⁶⁷ A luta dos Estados Unidos representou um marco fundamental no processo de formação da sociedade capitalista burguesa, assentada nos princípios liberais e individualistas impostos pelo Iluminismo. Além disso, o surgimento da primeira nação americana representou o início de um processo que tendeu a deslocar da Europa o centro hegemônico mundial. GODECHOT, Jacques. **As revoluções**. Tradução: Erothildes Millan Barros da Rocha. São Paulo: Pioneira, 1976; APTEKER, Herbert. **Uma nova história dos estados Unidos: a era colonial**. Tradução: Maurício Pedreira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

¹⁶⁸ Caracterizou-se como o conjunto de transformações ocorridas a partir do século XVIII, especialmente na Inglaterra, sendo considerada como revolução, em razão das transformações econômicas e profundas mudanças na ordem social e política da sociedade da época. HOBBSAWM, Eric. *A era das revoluções*. 2. ed. Tradução: Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

¹⁶⁹ A Revolução Francesa pode ser considerada como uma revolução burguesa típica, e a ela estão ligados dois conceitos fundamentais: o conceito de *revolução* como transformação social, e o conceito de *luta de classes*, entendido como o processo pelo qual as mudanças estruturais se realizaram. Tal revolução foi, na verdade, a luta na qual a burguesia se apresentou como classe revolucionária, de cuja vitória resultou no aniquilamento da sociedade feudal do antigo regime e a afirmação da sociedade liberal burguesa, de forma basicamente capitalista. SOBOUL, Albert. **A Revolução Francesa**. Tradução: Rolando Roque da Silva. 3. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1979.

Assim, desse breve apanhado histórico, é possível imaginar a necessidade dos governos da época, no sentido de querer “esconder” a miséria que rodeava o meio social, em especial nas pessoas de pobres, mendigos e doentes mentais.

Karl Dorner, citado por Desviat, enumerou uma lista, que descrevia os tipos de pessoas que estariam sujeitas à internação. Dentre elas, *verbis*:

[...] os mendigos, os vagabundos, as pessoas sem domicílio, sem trabalho ou sem ofício, os rebeldes políticos e os hereges, as prostitutas, os libertinos, os sífilcios e alcoólatras, e os loucos, idiotas e maltrapilhos, assim como as esposas molestas, as filhas violadas ou os filhos perdulários, foram, através desse procedimento, convertidos em iníquos, e até transformados em invisíveis¹⁷⁰.

Mostra-se, com isso, que o estigma dos “menos abastados socialmente” é antigo, estigma esse que não se encontra cicatrizado até os dias atuais, em especial na pessoa dos doentes mentais^{171 172}.

Afastando-se um pouco do viés histórico até aqui postulado, tem-se, na Reforma Psiquiátrica, operada a partir da década de 1980, no Brasil um dilema muito importante. Para compreendê-lo, deve-se considerar que os manicômios foram fechados, visto que não estavam respondendo à sua função de tratar e reinserir os pacientes que lá estavam no seio da sociedade. Até então, os pacientes eram catalogados e tratados como verdadeiros “restos” da sociedade. Foi então criada em seu lugar, uma legislação de proteção, garantindo os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, com um redirecionamento do modelo assistencial em saúde mental (Lei nº. 10.216/01). Cujo objetivo foi exatamente o de criar mecanismos que fizessem cumprir o que os manicômios não cumpriram, agregando aos pacientes um *status* digno de seres humanos, com um tratamento condizente à sua doença para, ao final,

¹⁷⁰ DORNER, Klaus. **Ciudadanos y Locos**. Madrid: Taurus, 1974. Edição original: Frankfurt: Burges und Irre, 1969. p. 29, apud DESVIAT, 1999. p. 15.

¹⁷¹ Ainda sobre a historicidade da reforma, importante se destacar as idéias da obra de Cesare Beccaria, “*Dei Delitti e Della Pena*”, de 1764, propondo que nobres e plebeus, de forma igualitária, respondessem sobre os seus atos; que a pena correspondesse à gravidade do delito e que os Magistrados recorressem à Lei e não aos seus valores pessoais quando da aplicação de uma pena. Tais proposições formaram o baluarte do Direito Penal Moderno.

¹⁷² No ambiente do ideário da Revolução Francesa (Igualdade, Fraternidade e Liberdade) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, inaugurava-se o período Humanitário do Direito Penal, que perduraria até a segunda metade do século XIX.

reinsere-los (quando possível), à sociedade. O dilema, então, é por que esse último modelo, assim como o primeiro, não está dando certo?

Atualmente, falar sobre a Reforma Psiquiátrica¹⁷³ é falar mais sobre um movimento que deu certo apenas na teoria, movimento esse, inclusive, que acabou por fazer parir mais uma legislação programática no Brasil.

Sem dúvida houve uma mudança substancial no conceito de institucionalização. Aquela imagem do louco no hospício deixou de ser comumente falada, criticada e desenvolvida. O deficiente mental foi levado à sua condição de ser humano, posto que, em algum momento passado, de fato parecia ter deixado de sê-lo.

Enfim, a Reforma Psiquiátrica trouxe benefícios teóricos para o sistema, mas acabou gerando problemas que hodiernamente se mostram sem solução (ou talvez falte vontade política de se agir positivamente para buscar uma solução).

Os estabelecimentos de saúde mental (ex-manicômios) deixaram de ser um depósito de “desprovidos de discernimento”. Assim também é possível

¹⁷³ O psicanalista Augusto Cesar de Farias Costa, em trabalho intitulado “Direito, Saúde Mental e Reforma Psiquiátrica”, entende que “[...] o processo conhecido como Reforma Psiquiátrica vai além de uma mera “reforma da assistência psiquiátrica”. Ao emitir uma Lei que “Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”, Governo e sociedade assumem o esgotamento do modelo assistencial vigente. As razões desse esgotamento já são por demais conhecidas. Contudo, vale lembrar que por ser asilar, manicomial, institucionalizador, violento, desumano, ineficaz, iatrogênico e caracterizado por uma prática assistencial balizada no silenciamento dos sintomas e na repressão da expressão da subjetividade, esse modelo não merece mais nenhuma chance. Determinar a criação de um modelo assistencial que ao objetivar a substituição do modelo atual por uma rede de Serviços Substitutivos ao hospital psiquiátrico, aberta, inserida na comunidade e voltada para a reinserção psicossocial, que além de superar o paradigma da assistência manicomial, recupere a dignidade do usuário, constitui-se em um desafio eterno. Está claro que isso representa o próprio caminhar da sociedade e que o modelo ideal nunca será alcançado pois, da mesma forma como a sociedade se transforma, as necessidades também vão se transformando e essa é a própria essência da vida: o inusitado, o desconhecido e a coragem de desvendá-lo [...] Partindo do olhar epistemológico, não é possível consumir a Reforma Psiquiátrica sem que certos conceitos e métodos, desenvolvidos no percurso secular da Psiquiatria, sejam revistos. Por exemplo, o texto e a cura da loucura. Se a loucura é um texto incompreensível, que sejam aprimorados os métodos existentes e desenvolvidos novos instrumentos de leitura desse texto. O que costuma acontecer é a desvalorização do conteúdo do sintoma frente a própria existência do sintoma. Quanto a cura da loucura, o que a Psiquiatria faz de fato é cura ou “normalização” da pessoa que apresenta uma diferença? Finaliza afirmando que o norteamento da Reforma Psiquiátrica brasileira encontra-se voltado para a busca diuturna da recontextualização dos portadores de Transtornos Mentais por meio do asseguramento dos seus direitos e cidadania. Contudo, sabemos que a situação adversa em que se encontram as populações excluídas do processo de desenvolvimento econômico implementado desde a última década são fatores de vulnerabilização da capacidade humana de resistir à insegurança provocada por esse estado de coisas.” SAUDEPUBLICA. Disponível em: www.saudepublica.bvs.br/itd/legis/curso/pdf/a10.pdf. Acesso em: 04 set. 2008.

dizer que os pacientes que hoje estão internados nesses estabelecimentos são tratados de forma “mais humana” que outrora. Todavia, não foi somente essa a idéia da proposta pela Reforma Psiquiátrica.

O sistema político, com suas artimanhas pelo poder a qualquer custo, onde se busca todos os meios possíveis e inimagináveis para a manutenção e perpetuação desse mesmo poder, acabou por deixar a saúde pública num terceiro plano. Assim, os estabelecimentos de saúde, depois da reforma, não possuem estrutura para tratar a todos os necessitados de forma digna¹⁷⁴.

Os leitos são escassos. A remuneração do profissional da saúde é risível e a estrutura é decadente. Como querer atender, a longo prazo, pessoas que precisam de uma atenção e de um tratamento imediato? Não há como fazer milagres nessa área. Os recursos físicos e técnicos devem se somar a profissionais capacitados para agir conforme os preceitos de dignidade humana, preceitos esses previstos na própria Constituição Federal. O que ocorre é que falta vontade política dos governantes.

O doente mental, mesmo com a Reforma Psiquiátrica, continua sendo excluído, recluso e asilado. E pior: tratado ainda, muitas vezes, como um “não-sujeito”. Sem dúvida, essa não foi a intenção da Reforma Psiquiátrica, todavia é a realidade que está presente no Brasil.

Para obter um tratamento “digno” para o doente mental, deve-se, necessariamente, socorrer-se a clínicas particulares. Para isso, ou se tem um plano de saúde que cubra as despesas, ou se tem recursos financeiros elevados para pagar o tratamento. Em outras palavras: se o paciente é pobre, não tem tratamento; se é abastado, tem tratamento. Ocorre que, pela letra da Constituição Federal, ambos têm *direito* de serem tratados de forma digna.

¹⁷⁴ Conforme Dora Sadigurzky e José Lucimar Carvalho, a luta anti-manicomial, vem traduzindo os anseios dos profissionais da área, em reinserir o doente mental na sociedade e devolver-lhe a cidadania por tanto tempo negada. Essa luta, tem encontrado uma série de obstáculos que vêm impedindo a sua efetiva implementação no território brasileiro, não sendo raro, ainda nos deparamos com hospitais psiquiátricos, nos quais o modelo asilar predomina. Esses hospitais, geralmente apresentam estruturas adaptadas, obsoletas, com um grande número de pacientes por unidade, elevada taxa de permanência hospitalar, favorecendo a muitas reinternações e pouca resolutividade. A assistência baseia-se numa terapêutica medicamentosa abusiva visando, sobretudo, o lucro, mantendo a continuidade do sistema de afastamento e de segregação do doente mental da sociedade. SADIGURZKY, Dora; CARVALHO, José Lucimar. Algumas considerações sobre o processo de desinstitucionalização. **Revista Latino Americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 6, n. 2, p. 23-27, abr., 1998.

Todavia, os recursos são escassos. Assim, como alocar os recursos limitados para saúde frente a um sistema que é cada vez mais caro?

Não se deve esquecer que

[...] a realidade da alocação de recursos no Brasil requer maiores considerações. Necessitamos privilegiar a saúde em detrimento da doença. Os poucos investimentos na promoção da saúde tendem a acarretar maior incidência de doenças passíveis de prevenção e por conseguinte o aumento dos custos com investigação e tratamento e um maior número de casos¹⁷⁵.

As pessoas não podem ser avaliadas pelo que têm, mas, sim, pelo que são. Só que o problema mental, pragmaticamente falando, não é levado em conta. O que conta, de fato, é se o paciente ou seus responsáveis possuem condições financeiras para arcar com o tratamento. Ocorre que é praticamente impossível uma família possuir condições financeiras, necessárias ao tratamento de um doente mental, nos padrões de vida da sociedade brasileira.

Além disso, não há como se desinstitucionalizar, de forma irresponsável. É uma utopia pensar que os doentes mentais, que ingressam em clínicas mantidas pelo poder Público, sairão de lá melhores do que entraram. Isso se constata, até porque o Poder Público sequer tem condições de custear o tratamento adequado, tamanho os desvios de verba, que são utilizadas para cobrir os escândalos políticos. O Estado não se faz presente nesses casos.

Se a questão crucial da desinstitucionalização¹⁷⁶ “[...] é uma progressiva devolução à comunidade da responsabilidade em relação aos seus doentes e aos seus conflitos”, estamos pecando nessa rubrica em específico.

O que se observa é que, na prática, existem dois discursos diferentes: um fala de como deve ser, e o outro de como efetivamente é. Assim, a

¹⁷⁵ ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittò. Distribuição de recursos limitados em saúde. In: GAUER, Gabriel José Chittò; ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Ciclo de Conferências em Bioética I**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005. p. 107.

¹⁷⁶ DELGADO, Pedro Gabriel. Perspectivas da psiquiatria pós-asilar no Brasil (com um apêndice sobre a questão dos crônicos). In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson Rosário (orgs.). **Cidadania e loucura**: políticas de saúde mental no Brasil. Petrópolis: Vozes/ABRASCO, 1987.

Reforma Psiquiátrica não funciona no plano pragmático. O problema do tratamento do doente mental, com o fito de tentar reinserí-lo à sociedade como um sujeito saudável ou, pelo menos, apto a conviver pacificamente e de acordo com os regramentos sociais (superego¹⁷⁷ bem definido) é, atualmente, uma questão programática, e não prática.

Assim, para tentar resolver o problema do doente mental no Brasil, com o fito de sustentar que a Reforma Psiquiátrica possui um viés positivo, criaram, além de mais uma legislação específica (Lei nº. 10.216/2002), instituições como as Unidades Básicas de Saúde (UBS), os Ambulatórios de Especialidade (ASM) e os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS).

Lógico que a criação de tais instituições corrobora duas idéias centrais e históricas no Brasil: a saúde só é tratada como prioridade nas campanhas político-partidárias e, mais uma vez, a perspectiva da saúde no Brasil é curativa, e não preventiva.

A promulgação da Lei nº. 10.216/02 não teria sido suficiente para se resolver o problema do deficiente mental? Tal questão é abordada por Itiro Shirakawa e Eliana Gonçalves. Eles afirmam que

[...] a criação desse sistema de atenção à saúde mental exige o funcionamento de uma rede, na qual o paciente encontre uma porta de entrada e um fluxo que permita o trânsito no sistema de forma adequada às suas necessidades. Esta rede depende da existência de políticas de saúde bem definidas, formação de equipes de atendimento bem preparadas, financiamento de estrutura física e recursos humanos¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Segundo Freud, o Superego, também inconsciente, faz a censura dos impulsos que a sociedade e a cultura proíbem ao Id, impedindo o indivíduo de satisfazer plenamente seus instintos e desejos. É o órgão da repressão, particularmente a repressão sexual. Manifesta-se à consciência indiretamente, sob a forma da moral, como um conjunto de interdições e de deveres, e por meio da educação, pela produção da imagem do "Eu ideal", isto é, da pessoa moral, boa e virtuosa. O Superego ou censura desenvolve-se em um período que Freud designa como período de latência, situado entre os 6 ou 7 anos e o início da puberdade ou adolescência. Nesse período, forma-se nossa personalidade moral e social. FREUD, Sigmund. **O Ego e o Id**. Edição standard brasileira da obras completas de Sigmund Freud. Tradução: Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996/1923. v. XIX.

¹⁷⁸ SHIRAKAWA, Itiro; GONÇALVES, Eliana Cristina. Assistência psiquiátrica e desinstitucionalização. In: ALVES, Luiz Carlos Aiex (Coord.). **Ética e psiquiatria**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2007. p. 183.

Ocorre que a posição acima mencionada, quando levada ao campo prático, não funciona. Como querer tratar de um depressivo agudo ou um paranóide com idealização suicida em um ambiente ambulatorial? Dar-se-á, de forma paliativa, uma medicação para o mesmo, sendo que, depois do efeito, o doente mental voltará ao estado depressivo, talvez com resquícios de agudização e cronicidade. Então, o que se necessita, é uma eficaz qualidade da assistência ao deficiente mental.

Na mesma linha, os mesmos autores encerram, no sentido de que

[...] não há a menor dúvida, que a direção da reforma de assistência devesse ter sido conduzida para fora do hospital, mas devemos levar em consideração as dificuldades existentes na construção de uma rede de qualidade que deve oferecer não somente atendimento, mas o suporte psicossocial. O direito à liberdade, individualidade e sociabilidade está preservado na permanência dos pacientes fora do hospital. Entretanto, é dever do médico questionar se a eles tem sido garantido “o melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades”¹⁷⁹.

3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA NO BRASIL: UM APANHADO LEGISLATIVO

A Lei nº. 4.294, de 06 de julho de 1921, foi o diploma legal que primeiro tratou sobre toxicomania no Brasil, tendo sido regulamentada pelo Decreto 14.969 de 03 de setembro de 1921¹⁸⁰.

Referida legislação estabeleceu penalidades para os contraventores, na venda de cocaína, ópio, morfina e seus derivados; criou um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelecem as formas de processo e julgamento; e manda abrir os créditos necessários¹⁸¹.

A própria norma do art. 6º desse Decreto já estabelecia que o Poder Executivo criaria, no Distrito Federal, um estabelecimento especial, com

¹⁷⁹ SHIRAKAWA; GONÇALVES In ALVES, 2007. p. 185.

¹⁸⁰ Vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954. v. 9. p. 321.

¹⁸¹ Redação conforme o texto original.

tratamento médico e regime de trabalho, sendo composto por duas *seções*: uma de internandos judiciários e outra de internandos voluntários.

Já havia, pois, a sinalização da potencial ocorrência de internações compulsórias à época. Mais tarde, o Decreto 24.559, de 03 de julho de 1934, através da norma do art. 3.º, § 5.º, estabeleceu, *verbis*: “§ 5.º Podem ser admitidos nos estabelecimentos psiquiátricos os toxicômanos e os intoxicados por substâncias de ação analgésica ou entorpecente, por bebidas inebriantes, particularmente as alcoólicas”.

No mesmo diploma, mas na norma do art. 11, previu-se a internação por ordem judicial, através de requisição da autoridade policial ou por interesse do próprio paciente.

O Decreto-Lei 841, de 1938, acabou por aprovar a Lei de Fiscalização de Drogas na República dos Estados Unidos do Brasil. Isso ocorreu em razão da necessidade de se dotar o país de uma legislação capaz de regular eficientemente a fiscalização de entorpecentes, aliada ao fato de se fazer com que a legislação brasileira da época estivesse de acordo as mais recentes convenções sobre a matéria. Tal decreto, especificamente no Capítulo III, pontificou questões atinentes à internação e à interdição civil. Estabeleceu, na norma do art. 27, que a toxicomania ou a intoxicação habitual por substâncias entorpecentes é considerada doença de notificação compulsória, em caráter reservado à autoridade sanitária local, vedando o tratamento de toxicômanos em domicílio.

De acordo com o Decreto em questão, os toxicômanos ou os intoxicados habituais por entorpecentes, por inebriantes em geral ou bebidas alcoólicas, são passíveis de internação obrigatória ou facultativa, por tempo determinado ou não. Eis, neste momento, o aparecimento de forma expressa, da possibilidade de internação compulsória de toxicômanos, na legislação pátria.

O § 2º do art. 29 estabeleceu que a internação compulsória dar-se-ia somente em caso de condenação por embriaguez habitual ou no caso de impronúncia ou absolvição, em virtude de dirimente do artigo 27, § 4º, da Consolidação das Leis Penais¹⁸², fundada em doença ou estado mental

¹⁸² Na lição de Amadeu de Almeida Weinmann, a Lei nº. 4.294, de 06.06.1921 e o Decreto nº. 20.930, de 11.01.1932 já visavam à repressão ao uso de tóxicos e entorpecentes. Neste período, foi criado, pelo Decreto nº. 17.974-A, o Código de Menores. Como última medida,

resultante do abuso de qualquer das substâncias enumeradas nos arts. 1º e 29 do Decreto em questão.

Já o § 3º estabeleceu que a internação facultativa se daria quando provada a conveniência de tratamento hospitalar, a requerimento do interessado, de seus representantes legais, cônjuge ou parente até o 4º grau colateral inclusive¹⁸³.

O § 4º prevê que, nos casos urgentes, poderá ser feita pela polícia a prévia e imediata internação, fundada no laudo do exame, embora sumário, efetuado por dois médicos idôneos, instaurando-se, a seguir, o processo judicial, na forma do § 1º desse mesmo artigo, dentro do prazo máximo de cinco dias, contados a partir da internação.

O § 5º prescreveu que a internação prévia poderá também ser ordenada pelo juiz competente, quando os peritos por ele nomeados considerarem necessária a observação médico-legal.

É importante esclarecer que o Decreto nº. 24.559/34 e o Decreto nº. 891/38 permanecem em vigor, mesmo após a promulgação da Lei nº. 10.216, de 06 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e que redirecionou o modelo assistencial em saúde mental.

Nesse diploma, em especial na norma do art. 6º, menciona-se todas as formas de internações que podem se dar:

surgiu, o Decreto nº. 22.213, de 14.12.1932, da lavra do Desembargador Vicente Piragibe, que se tornou conhecida como a Consolidação das Leis Penais Brasileiras. Era o resultado de um estudo iniciado por aquele consagrado mestre, em 1926. Resumindo: além da série de leis e decretos que se multiplicavam no sentido de atualizar o Código Penal, houve o surgimento de vários anteprojetos, entre eles, o de Galdino Siqueira, em 1913, e o de Virgílio de Sá Pereira, em 1928. WEINMANN, Amadeu de Almeida. Gênese do Código Penal Brasileiro. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, n. 12, p. 51, fev./mar., 2002.

¹⁸³ A linha sucessória estabelece a relação de parentesco de pessoas oriundas de um mesmo tronco ancestral, podendo ser de duas espécies; a reta e a colateral. A linha reta é aquela em que as pessoas descendem entre si, ocorrendo a ascendência ou descendência direta do próprio tronco ancestral. A citar, os avós, os pais e os filhos. Enquanto a linha colateral, embora descendendo de um mesmo tronco ancestral, essas pessoas não descendem diretamente uma das outras, mas sim, de um ancestral comum. Por exemplo, os irmãos, onde o ancestral comum é o pai, ou, o tio e o sobrinho, onde o ancestral comum é o avó. Assim, entre irmãos, o parentesco é colateral em segundo grau; entre tio e sobrinho, terceiro grau e entre primos e tio-avô e sobrinho-neto, quarto grau.

[...] Art. 6.º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I – internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II – internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III – internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

A norma do art. 8º estabelece que a internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina do Estado, onde se localize o estabelecimento. Já a internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual, pelo responsável técnico do estabelecimento no qual ela tenha ocorrido. Esse mesmo procedimento deve ser adotado, quando da respectiva alta.

O § 2º da referida norma anui que o término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou por decisão do especialista responsável pelo tratamento.

Com relação à internação compulsória, dispõe o art. 9.º da Lei 10.216/01: “Art. 9.º A internação compulsória é determinada, **de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente**, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários”.

É importante salientar que, no âmbito penal, a Lei 6368/76 dispôs sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e ao uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. Estabelece, na norma do art. 10, que o tratamento sob regime de internação hospitalar será obrigatório, quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem.

Atualmente está em vigor a Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), bem como prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Note-se que tal legislação é mais fidedigna aos preceitos emanados da Constituição Federal em relação à vetusta legislação sobre drogas (Lei

6.368/76) Isso se evidencia, na medida em que, já no inciso I da norma do art. 4, preceitua que o SISNAD terá como princípios retores, dentre outros, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade. Também merece encômios o preceituado na norma do art. 21 da mesma Lei, posto que tem o condão de reinserir à sociedade o dependente de drogas e seus respectivos familiares, com o fito de, em última análise, reintegrá-los à rede social de convívio.

3.3 ASPECTOS LEGAIS DA INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA

Do ponto de vista histórico, Paulo Amarante ensina que somente em meados do século XIX, o hospital psiquiátrico se estabeleceu como um lugar de diagnóstico e de classificação, no qual as espécies de doenças eram divididas. O médico do hospital era, ao mesmo tempo, aquele que podia produzir a doença em sua verdade e submetê-la, pelo poder que sua vontade exercia sobre o próprio doente. Para tanto, usava procedimentos como isolamento, punições, pregações morais, disciplina rigorosa, trabalho obrigatório. Tal espaço tinha como função fazer do médico o mestre da loucura¹⁸⁴.

No Brasil, segundo Jurandir Costa, até a segunda metade do século XIX, não havia assistência médica específica aos doentes mentais. Quando eles não eram colocados nas prisões, por perturbação da ordem pública, eram encarcerados nas celas especiais dos hospitais gerais. A inauguração do primeiro hospital psiquiátrico no Brasil ocorreu em 1852, no Rio de Janeiro. Ele recebeu o nome Hospício “D. Pedro II” e foi dirigido exclusivamente pelos religiosos da Santa Casa de Misericórdia. Em 1886, um médico psiquiatra, pela primeira vez, ocupou a direção do Hospício¹⁸⁵.

Segundo estudos de Pedro Bicalho,

¹⁸⁴ AMARANTE, Paulo (org). **Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil**. Rio de Janeiro: SDE/ENSP, 1995.

¹⁸⁵ COSTA, Jurandir Freire. **História da Psiquiatria no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1980.

[...] antes da sua inauguração, o destino dos loucos envolvia três situações distintas: perambulavam pelas ruas valendo-se da caridade alheia, por vezes até fazendo pequenos trabalhos em troca de comida; eram presos quando agitados ou violentos e perturbavam a ordem pública, ou ainda, eram recolhidos aos hospitais das Santas Casas de Misericórdia, que também atendiam aos órfãos, inválidos, pobres e à toda sorte de necessitados¹⁸⁶.

Segundo Roberto Machado, o tratamento atribuído aos seus internos, nessa época, tinha como objetivo dizimar a loucura. Para isso, alguns princípios iriam organizar o espaço e a vida asilar. O isolamento e a vigilância tornaram-se princípios primordiais, no tratamento e na segurança dos alienados. A cura era possível por meio do isolamento, restringindo o tratamento ao espaço asilar. A condição de excluir o alienado da sociedade implicava a possibilidade de uma reinserção futura, depois de sua reabilitação, através do tratamento oferecido pelo hospício^{187 188}.

Atualmente, não há como falar dos aspectos jurídicos da internação psiquiátrica, sem analisar a Lei nº. 10.216, de 06 de abril de 2001. Tal legislação tem papel importante, quanto ao tema ora debatido, visto que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Assim, e para tornar o presente trabalho mais didático possível, serão analisados alguns artigos da referida lei, com o objetivo de tornar o estudo mais convidativo.

No mesmo sentido, a norma do art. 4º da Lei nº. 10.216/01 prescreve que a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando

¹⁸⁶ BICALHO, Pedro. **Subjetividade e abordagem policial**: por uma concepção de direitos humanos onde caibam mais humanos. 2005. Tese [Doutorado em Psicologia]. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2005. p. 49.

¹⁸⁷ MACHADO, Roberto et. al. **Da (n)ação da norma**. Medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

¹⁸⁸ Benilton Bezerra Junior analisa a questão social da época, afirmando que as primeiras instituições para alienados, no Brasil, surgiram diante de uma reivindicação social, na qual se clamava pela ordem e pela paz no meio social. Desde então, foi enfatizada a necessidade de lhes dar assistência adequada por meio de práticas e teorias exercidas na Europa. Para a execução deste tipo de assistência, foram propostos requisitos como: remover, excluir, abrigar, alimentar, vestir e tratar — uma inserção totalitária do alienado nos hospícios. BEZERRA JUNIOR, Benilton. **Considerações sobre terapêuticas ambulatoriais em saúde mental**. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson Rosário. (orgs.). **Cidadania e loucura**: políticas de saúde mental no Brasil. Petrópolis: Vozes/Abrasco, 1992.

os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. Informa, ainda, que o tratamento de internação visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

Sem maiores dificuldades, através da análise das duas normas, antes mencionadas, pode-se afirmar que a internação psiquiátrica, excetuando-se a internação compulsória, é ato de responsabilidade do médico que a indica. A prova de tal afirmativa encontra-se na própria norma do art. 26, que preleciona que a internação dar-se-á mediante laudo médico circunstanciado.

Assim, o médico responsável pelo ato de internação deverá elaborar um laudo, descrevendo a situação clínica do paciente, bem como o diagnóstico do mesmo. Tal procedimento tem o objetivo de evitar irregularidades, no ato de internação em estabelecimentos psiquiátricos, bem como a desinternação de pacientes que não tenham condições de alta hospitalar.

Caso o médico não atente para tais procedimentos, pode responder criminalmente por seu ato, com base na norma do art. 22 da Lei de Contravenções Penais, que prevê: “Receber em estabelecimento psiquiátrico, e nele internar, sem as formalidades legais, pessoa apresentada como doente mental.”

Com tal cominação legal, procura-se evitar que indivíduos são venham a ser internados irregularmente (tutela da liberdade pessoal), assim como que doentes mentais sejam ilegalmente desinternados (segurança social)¹⁸⁹.

A norma do art. 7º da Lei 10.210/01 estabelece outra formalidade legal. Segundo tal dispositivo, a internação psiquiátrica deve ser pedida ou autorizada pelo próprio paciente ou seu representante legal.

Assim, aquele que voluntariamente solicita sua internação – internação voluntária -, deve assinar, no ato da internação, uma declaração de que optou por tal procedimento voluntário. Sua desinternação ocorrerá mediante solicitação escrita ou prescrição do médico responsável.

Uma pessoa que esteja passando por transtornos psiquiátricos, contudo, terá, mesmo que potencialmente, dificuldade em consentir seu próprio tratamento. Faltar-lhe-á, no caso, capacidade em consentir.

¹⁸⁹ JESUS, Damásio. **Lei das contravenções penais anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80.

Nesse espectro, Alfredo Achával¹⁹⁰ estabelece que tão somente em casos extremos o profissional da saúde se eximirá de exigir o consentimento do paciente. São situações de urgência ou emergência¹⁹¹, ou seja, situações em que o risco que o paciente sofre é tão elevado que se torna desnecessário o seu consentimento. Isso se justifica porque a informação demandaria tempo precioso que não poderia ser desperdiçado. Assim, a realização do ato médico não poderia ser retardada até a chegada de pessoa que pudesse representar o paciente, oferecendo o consentimento substituto.

Com propriedade, Alfredo Cataldo e José Taborda ensinam que, em um hospital psiquiátrico, fazer com que o paciente perceba que seus maiores inimigos estão dentro dele e que sua liberdade fora do hospital é muito menor do que ele imagina, em função de seu mundo interno tumultuado, é uma tarefa árdua e difícil¹⁹².

Desta forma, quando o paciente não autoriza sua internação e existe extrema urgência, no caso concreto, essa mesma internação deve ser feita de forma involuntária, devendo ser comunicado, imediatamente, o Ministério Público¹⁹³, conforme estabelece o parágrafo primeiro do art. 8 da Lei nº. 10.210/01.

Por outro lado, a internação involuntária, consoante à letra da lei em estudo, também poder ser perfectibilizada a pedido de terceiros.

Nesse azo, a norma do art. 1.177 do CPC, de maneira analógica, pode ser lida paralelamente com a Lei nº 10.216/01, visto que a possibilidade de requerimento de interdição também possibilitaria, em tese, o requerimento para internação involuntária. Fazem parte deste rol:

1. o pai, mãe ou tutor;

¹⁹⁰ ACHAVÁL, Alfredo. **Responsabilidad civil del medico**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

¹⁹¹ O CFM, através da Resolução nº. 1.451/95, define urgência e emergência. Segundo a resolução, urgência é a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata. Entende-se por emergência a constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato.

¹⁹² CATALDO, Alfredo; TABORDA, José. Aspectos médico-legais da internação psiquiátrica. **Revista de Psiquiatria**, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 232, set./dez., 1987.

¹⁹³ O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa [...] dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme previsto na Constituição Federal.

2. cônjuge ou algum parente mais próximo;
3. o órgão do Ministério Público.

O genitor e a genitora, além de estarem expressamente legitimados pela lei em questão, possuem respaldo na norma do art. 226, § 5º da Constituição Federal¹⁹⁴. Atente-se, todavia, que é ilegítimo, para proceder tal requerimento, o cônjuge que já estiver separado do outro¹⁹⁵.

Quanto a essa rubrica, abre-se, ainda o leque de legitimados, para incluir os companheiros que vivem em união estável, em homenagem ao previsto na norma do art. 226, § 3º da Constituição Federal.

Pela lei, pode ainda o tutor requerer a internação involuntária de seu tutelado¹⁹⁶. Vale lembrar, entretanto, que o protetor natural do menor é o pai ou a mãe ou, ainda, por assimilação, o pai adotivo; na falta desses, porém, confere-se o encargo a alguns parentes, ou a estranho, a que se chama tutor¹⁹⁷.

Relativamente ao parente próximo, devemos destacar que não basta a simples condição de parente, sendo necessário que haja uma relação de afetividade entre ambos. Nesse sentido é preciso que exista “[...]laços de afetividade e proximidade que o façam capaz de saber das razões que tornam necessária a medida pleiteada e de compreender da sua conveniência¹⁹⁸.”

O Ministério Público também possui tal legitimidade, em razão do interesse público que reveste o ato¹⁹⁹.

¹⁹⁴ “Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

¹⁹⁵ REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, v. 90, n. 171.

¹⁹⁶ Os maiores de 16 anos e menores de 18 anos são assistidos por seus genitores ou por tutor. Os pródigos (pessoas esbanjadoras, perdulárias, que não têm controle sobre o próprio dinheiro) e os que possuem discernimento reduzido, se maiores de 18 anos, são assistidos por curador. Os menores de 16 anos são representados por seus pais. No caso de ausência dos pais, serão representados por tutor, nomeado pelo juiz ou pelos próprios pais (antes da ausência).

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito de Família**. São Paulo. Max Limonad 1947. v. 3. p. 226-229.

¹⁹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed. Revista. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 1063.

¹⁹⁹ Neste sentido, a norma do art. 82 do Código de Processo Civil estabelece que compete ao Ministério Público intervir nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Com a atuação dos legitimados do parágrafo único da norma do art. 6º da Lei 10.216/01, torna-se imperioso, num momento posterior, o cumprimento do *caput* da norma em questão, mais precisamente, quanto ao laudo médico circunstanciado, que caracterize os reais motivos da internação involuntária.

No caso de o sujeito ter sido conduzido à internação involuntária por terceiros e se negar a sofrer internação, deve-se ter em mente que a necessidade de internação involuntária irá proteger o paciente, não só da sociedade, mas também dele mesmo.

Assim, é preciso lembrar que é direito de todos e dever do Estado assegurar aos cidadãos a saúde, adotando políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e permitindo o acesso universal igualitário às ações e serviços, para sua promoção, proteção e recuperação²⁰⁰.

Então, quando o paciente nega autorização, diante da inadiável necessidade do ato médico salvador, frente a um eminente perigo de vida, estaria justificado o chamado “tratamento arbitrário”, no qual não se argüi a antijuridicidade do consentimento ilegal, nem se pode alegar a recusa do consentimento. Diz o bom senso que, em situações dessa ordem, quando o tratamento é indispensável e o paciente se obstina, estando seu próprio interesse em risco, o médico deve realizar, por meios moderados, aquilo que aconselha sua consciência e o que é melhor para o paciente. É o que estabelece o princípio da beneficência²⁰¹.

A decisão de internar é uma questão médica, a qual, obrigatoriamente, está vinculada ao princípio da beneficência, dissociada de qualquer motivação, única forma de evitar o constrangimento ilegal e espúrio²⁰².

Já a internação compulsória²⁰³ é determinada, de acordo com a legislação vigente (art. 9º da Lei 10.210/01), pelo próprio juiz, que deverá levar

²⁰⁰ Conforme norma do art. 6º e 196 da CF.

²⁰¹ FRANÇA. Genival. **Medicina Legal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004. p. 2.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Hábeas Corpus n. 64387**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Francisco Rezek, 04 de novembro de 1986.

²⁰³ A internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico é espécie de Medida de Segurança no Brasil, que adotou o sistema vicariante, ou seja, a aplicação de pena ou medida de segurança, não mais as duas cumulativamente, como ocorria antes da reforma penal de 1984. Pelo CP, a Medida de Segurança *Internação* é aplicada aos inimputáveis por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sendo, pois, isentos de pena (art. 26 do CP), mas não de cumprimento de Medida de Segurança. Já os semi-imputáveis (também

em consideração as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

Não existe um prazo certo para o cumprimento da internação compulsória. O prazo mínimo de internação, contudo, é de três anos, perdurando até não ser constatada a cessação ou diminuição da periculosidade, através de laudo médico.

Também a Resolução nº. 1598/2000, do Conselho Federal de Medicina estabelece que a internação compulsória, por motivo clínico, ocorre contrariando a vontade expressa do paciente, que recusa a medida terapêutica, por qualquer razão. Essa mesma Resolução prevê que compete à Comissão de Revisão de Internações Compulsórias²⁰⁴ avaliar todos os casos de internação compulsória e decidir sobre a pertinência do procedimento, em parecer, que deve constar do prontuário médico do paciente.

Destaque-se que, na internação psiquiátrica compulsória²⁰⁵, o médico apenas analisa a conveniência da internação. A decisão sobre a manutenção da mesma fica a critério do juiz, que poderá ou não fundamentar sua decisão no laudo médico, posto que não está adstrito a esse, conforme norma do art. 182 do Código de Processo Penal.

denominados “fronteirços”) não são isentos de pena, podendo ela, todavia, ser diminuída de um a dois terços (art. 26, parágrafo único do CP) ou ser eventualmente substituída por alguma Medida de Segurança, desde que o condenado necessite de especial tratamento curativo.

²⁰⁴ Segundo a Resolução nº. 1598/2000 do Conselho Federal de Medicina, um estabelecimento médico só pode realizar internações psiquiátricas compulsórias, se contar com uma Comissão de Revisão de Internações Compulsórias, sendo que tal comissão deverá ser constituída pelo diretor clínico ou técnico, como coordenador, e mais dois médicos pertencentes ou não ao corpo clínico, regularmente inscritos no CRM. Ainda segundo tal Resolução, o membro da Comissão de Revisão de Internações Compulsórias não poderá participar da avaliação, quando ele for responsável pela internação ou pela assistência do paciente internado compulsoriamente. Se a decisão for contrária à do médico que indicou a internação, este pode recorrer à Comissão de Ética do estabelecimento, que dará a decisão final e se responsabilizará pela mesma. Todo o processo deverá durar, no máximo, sete dias úteis.

²⁰⁵ Comprometendo a boa técnica legislativa, é utilizada uma designação equívoca, com duplo sentido. A internação involuntária, isto é, aquela solicitada por um terceiro, é confundida com a internação compulsória, ou seja, aquela determinada pela justiça. Trata-se, no primeiro caso, de medida terapêutica extrema e, no segundo, do cumprimento de uma medida de segurança. A confusão pode induzir a considerar toda hospitalização psiquiátrica não voluntária como um procedimento carcerário. Não obstante, a nova lei de assistência psiquiátrica da França, aprovada em 27 de junho de 1990, distingue expressamente as três formas de hospitalização. No artigo L.326-2, define que toda pessoa hospitalizada com seu consentimento próprio é dita “em hospitalisation libre” (voluntária); no capítulo III, seção I trata a “hospitalisation en demande d’un tiers” (involuntária) - finalmente, a seção 2, do mesmo capítulo, trata da “hospitalisations d’office” (hospitalização por iniciativa de uma autoridade, ou como dizemos, compulsória).

3.4 O AMBIENTE TERAPÊUTICO NAS INTERNAÇÕES E AS INTERAÇÕES ENTRE PACIENTE E EQUIPE MÉDICA

A existência de um ambiente terapêutico adequado, quando da internação psiquiátrica, deve ser traduzida como um direito inerente ao paciente internado²⁰⁶.

Com efeito, a norma do art. 2º, VIII, da Lei nº. 10.216/01 estabelece que, nos atendimentos em saúde mental, é direito da pessoa portadora de transtorno mental ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis.

Assim, para que haja um ambiente terapêutico condizente para o real tratamento do internado, é importante que a relação que se dará nesse novo ambiente seja “humanizada”, ou seja, que entre o paciente internado e a equipe médica, por ele responsável, exista uma relação mais humana possível, visto que o internado chega ao ambiente da internação sob forte fragilidade emocional.

Nesse contexto, Jesus Rodriguez-Marín²⁰⁷ informa que, quando um paciente entra num hospital, o primeiro impacto é do ambiente físico, seguido da total falta de intimidade e da transformação de sua vida privada por uma vida pública, permanentemente acessível aos profissionais.

²⁰⁶ Para Joaquim Clotet, entre os direitos morais e os direitos legais, existe uma zona intermediária, que tem sido sábia e eficazmente utilizada por determinadas organizações internacionais, nacionais e profissionais, relacionadas com a saúde no que se refere aos direitos do paciente. Merecem a este respeito uma menção especial a Associação Americana de Hospitais, a Organização Mundial da Saúde e a Associação Médica Mundial. Os princípios e declarações emanados destas entidades, mesmo sem ter o valor e a força de uma lei, têm contribuído eficazmente para a adoção de medidas e atitudes em benefício das pessoas enfermas. Se a isso se soma a colaboração de determinados países, através da ONU, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, ou do Conselho da Europa, com o Convênio relativo aos Direitos Humanos e a Biomedicina, de 1997, assim como as diversas leis nacionais sobre sanidade nos diferentes países, há que se reconhecer o avanço extraordinário realizado mundialmente no que se refere ao reconhecimento dos direitos dos pacientes [...]. As pessoas enfermas, apesar de sua discutível passividade, impotência e fragilidade, podem ser protagonistas de sua vida e tratamento. Por esse motivo, devem ser respeitadas, ouvidas e consultadas. O reconhecimento e a atenção aos direitos dos pacientes cumprem uma função importante na sociedade e uma notável contribuição ao exercício da solidariedade e justiça social. CLOTET, Joaquim. Direitos dos pacientes e o consentimento informado. In: LOCH, Jussara de Azambuja; GAUER, Gabriel José Chittò; CASADO, Maria. **Bioética: interdisciplinaridade e prática clínica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 126-127.

²⁰⁷ RODRIGUEZ-MARÍN, Jesus. **Psicologia social de la salud**. Madrid: Síntese, 1995. p. 161-172.

Logo, em razão dessa “transformação”, a interação entre médico, equipe e paciente, nesse novo ambiente, deve se dar da forma mais condizente com a dignidade humana do último, visto ser a parte mais vulnerável dentre os atores envolvidos na internação psiquiátrica.

Quando internado, o paciente passa a ter (ou deveria ter) de seguir as regras do hospital psiquiátrico que irá recebê-lo. Deve(ria) se sujeitar às regras e ao tratamento médico que lhe será imposto. Dessa forma, deve(ria) se adaptar a um novo ambiente completamente diferente daquele a que estava socializado. É como se o paciente internado tivesse de se socializar num novo ambiente, ao mesmo tempo em que tem de se dessocializar do local onde vivia no ambiente extra-internação.

É evidente que essas regras a que o paciente está submetido não são encontradas em todos os hospitais psiquiátricos²⁰⁸. Estamos falando, aqui, no plano do dever-ser, e não no plano do que efetivamente é. Existem hospitais psiquiátricos, em especial os públicos (que atendem exclusivamente pelo Sistema Único de Saúde), onde não existe nenhuma regra a ser seguida.

Nesse contexto, se a saúde pública no Brasil é ruim, o tratamento do deficiente mental é péssimo, mesmo na vigência da Lei nº. 10.216/01. Tal legislação, que nasceu com o objetivo de proteger as pessoas portadoras de deficiência mental, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental no Brasil, só funciona, mesmo, num plano metafísico. Na prática, a maioria dos hospitais psiquiátricos, patrocinados pelo governo, sequer possuem um ambiente terapêutico, o que dirá um ambiente terapêutico adequado.

²⁰⁸ Segundo Paulo Roberto Vieira, atualmente o hospital psiquiátrico é um resíduo do passado símbolo de um período e de um modelo, marcados pelos obscurantismo. A proposta de extinção gradativa dos hospitais psiquiátricos significava a superação de um modelo arcaico e obsoleto, técnica e socialmente. Não significa, ainda, abandono ou desassistência dos pacientes, muito pelo contrário: existem novas tecnologias de cuidado e assistência (Hospital - dia, unidades psiquiátricas em hospitais gerais, núcleos de atenção psicossocial etc.) que, mantendo os direitos sociais e civis do sujeito enfermo, voltam-se para uma terapêutica verdadeira, e não para um simples nefasto isolamento. Para que possam vingar esses novos dispositivos terapêuticos, porém, em que a liberdade substitui a clausura, o rechaço dá lugar ao acolhimento e a singularidade de cada pessoa passa a imperar, é necessário que não se coloque a carroça na frente dos bois, ou seja, é preciso que organizem primeiro as áreas gerais para, depois, seja possível atingir as especializadas. Afinal, para a construção de uma sólida edificação é mister efetuar uma consistente e profunda base, em terreno firme e consistente, para, então, assim atingirmos o bem comum. VIEIRA, Paulo Roberto. **Políticas e estratégias de saúde no sistema único de saúde, de saúde pública e saúde mental**. Disponível em www.ibemol.com.br/silveira/sus.doc. Acesso em: 12 out. 2008.

Nesses casos, o pseudotratoamento oferecido acaba prejudicando o próprio paciente. Ele chega desorganizado emocionalmente, na unidade de internação, e não encontra sequer um referencial, para tentar se reorganizar, visto que não existem regras no ambiente em que está. Falta-lhe um paradigma a ser seguido. Ele chega personalizado na internação. Ao chegar, precisa se despersonalizar do meio em que vivia e passar a se personalizar no novo ambiente, com o objetivo de voltar, mesmo que de forma paliativa, ao convívio social²⁰⁹.

Na lição de Carla Tavares Santos e Ricardo Werner Sebastiani²¹⁰, a despersonalização acaba por acarretar perdas e particularidades, que estavam presentes no comportamento do paciente. Com a internação, este mesmo paciente passa a ter de se adaptar aos comportamentos impostos pelo seu novo ambiente de vida (internação). Ocorre que, muitas vezes, o ambiente na internação, que deveria ser propício para o paciente, acaba prejudicando ainda mais o seu estado emocional.

Ao discorrerem sobre o tema, os mesmos autores percebem que

[...] a internação reforça a condição de dependência, que pode ser sentida pelo paciente como agressão, pois se encontra sobre o domínio de uma estrutura hospitalar, sob o poder dos

²⁰⁹ A Portaria SAS (Secretaria de Assistência à Saúde) nº. 37, de 05 de dezembro de 1997, aprova a Sistemática Operacional para Financiamento das Ações de Assistência Social, que compõe o Sistema de Proteção Social, no campo das Políticas Sociais. Ao discorrer sobre as pessoas com deficiência mental, a portaria evidencia que as pessoas com problemas mentais apresentam necessidades diferenciadas, como: autistas, portadores de uma deficiência mental ou de uma doença mental; crianças, adolescentes, jovens, adultos e idosos, assim como, se do sexo masculino ou feminino, nível de escolaridade e capacidade residual para o trabalho e vida independente. Além de outras funções, esses profissionais têm papel importante na contenção de crises de agressividade; como modelo de identificação; percebendo e reforçando capacidades; servindo como facilitador das relações familiares; servindo como agente socializador, informando sobre o mundo objetivo dessa pessoa, etc. É importante considerar que o domicílio tem um ambiente com características e dinâmicas próprias. Nele atuam todos os atores envolvidos com a pessoa com deficiência e a própria pessoa: pais, irmãos, avós, empregados e demais membros da família, todos de extrema importância no processo, têm este espaço comum, sendo este o único ambiente de privacidade dessa pessoa. O domicílio não deve, portanto, se transformar em espaço terapêutico e, sim, em um local onde a própria dinâmica possa ser ressignificada, para facilitar o convívio e a troca entre todos os seus integrantes.

²¹⁰ SANTOS, Cláudia Tavares; SEBASTIANI, Ricardo Werner. Acompanhamento psicológico à pessoa portadora de doença crônica. In: ANGERAMI-CALMON, V. A. (Org.). **E a psicologia entrou no hospital**. São Paulo. Pioneira, 2001. p. 147-176.

profissionais de saúde que, muitas vezes, tiram o sentido de autonomia e a capacidade de decisão do próprio paciente²¹¹.

Sem dúvida que a dependência mencionada é a necessária, na medida em que a internação psiquiátrica visa, antes de tudo, proteger o paciente dele mesmo. Ocorre que tal “dependência necessária” deve ser lida aos olhos da dignidade humana, pois o hospital psiquiátrico, de certa maneira, isola o paciente lá internado do mundo externo. Tal isolamento perturba o próprio paciente, visto que ele está num ambiente diferente do que estava acostumado, tendo, muitas vezes, de ficar isolado dentro do próprio isolamento. É que ocorre, por exemplo, quando tem que ficar sozinho em um local, em virtude de tentativa de realização de algum comportamento autodestrutivo. Por isso, o ambiente terapêutico deve ser o melhor possível para o paciente, e a sua interação com a equipe médica deve se dar de forma segura.

Deve-se ter em mente, nesse mesmo sentido, que a relação equipe médica-paciente precisa ser lida de forma social e igualitária. Sabe-se, por exemplo, que muitos pacientes psiquiátricos internados são de classes sociais cujo padrão de vida é inferior à própria equipe médica que lhe prestará atendimento.

As pessoas, nessas situações, agem, muitas vezes, por impulsos, e a dependência equipe médica-paciente acaba se tornando um fator de “subordinação social”, ao invés de “dependência médica necessária”.

Sobre o tema, Luc Boltanski²¹² afirma que os membros de classes sociais populares acreditam que a classe médica possui conhecimento. Isso acaba lhe atribuindo um certo poder, na medida em que eles podem, através do tratamento, chegar à cura. Desta forma, a barreira invisível existente entre a classe médica e o internado de classe social inferior é vista com naturalidade, tendo, como fatores externos, a linguagem técnica do profissional da saúde, através dos meios científicos empregados.

²¹¹ SANTOS; SEBASTIANI, 2001. p. 152.

²¹² BOLTANSKI, Luc. **As classes sociais e o corpo**. Tradução: Regina A. Machado. Rio de Janeiro: Grall, 1989.

Com isso, as pessoas de tal classe social interagiriam com a equipe médica e, conseqüentemente, com o ambiente terapêutico por ela proporcionado em razão dessa barreira social, criada pelo próprio sistema, e não pela “dependência médica necessária”, que caracteriza esses casos.

Em verdade, muitos médicos psiquiatras evitam manter um diálogo horizontal com o paciente internado, em especial se esse paciente for de classe social baixa. Isso traz, como conseqüência imediata, a dificuldade de interação, pois o profissional da saúde mental, que deveria primeiro zelar por essa interação, acaba por discriminar o paciente, em razão de sua classe social. Assim, vê esse paciente como um “não-sujeito”, já que, além de pobre, ele se encontrar em processo de internação psiquiátrica. O paciente já carrega dois estigmas sociais, e o profissional da saúde deve trazê-lo de volta ao convívio social, ao invés de excluí-lo ainda mais, tentando, com isso, curar não só a doença, mas promover, na medida do possível, uma diminuição dos estigmas sofridos pelo internando na sociedade.

Na lição de Trías, fazer com que o paciente participe das decisões sobre ele mesmo implica a necessidade de os médicos informarem todos os pormenores da doença, seu diagnóstico e as alternativas para o tratamento e do prognóstico. Para o autor, esse tipo de informação exige não só conhecimento científico, mas, também, a necessidade de comunicação para com o paciente. Assim, o médico deve saber transmitir, em linguagem simples e inteligível para o paciente, uma informação sobre a sua saúde²¹³.

A relação equipe médica–paciente também é analisada por Raquel Naomi Remen²¹⁴. Ela discorre no sentido de que “[...] enxergamos a doença, e não o doente; vemos as pessoas como se fossem suas doenças, e não como se estivessem doentes; pré-julgamos e fazemos uso de rótulos”.

A equipe médica, por ser constituída de especialistas, deve, na medida do possível, ao atender o paciente internado, deixar de lado comportamentos discriminatórios, e visualizar no paciente um ser humano, e não considerá-lo como um Outro. Nesse sentido, é preciso que haja uma relação de

²¹³ TRÍAS, Octavi Quintana. Bioética e consentimento informado. In: CASADO, Maria. **Materiales de Bioética y derecho**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996. p. 162.

²¹⁴ REMEN, Raquel Naomi. **O paciente como ser humano**. São Paulo: Summus, 1993. p. 34.

alteridade²¹⁵ entre ambas as partes. Através dessa relação, o ambiente terapêutico tornar-se-ia mais propício ao tratamento.

O médico, ao tratar o paciente psiquiátrico, não está fazendo nenhuma caridade. Está agindo (ou deveria estar) conforme o seu próprio mister de profissional da saúde. Por estar na posição de “lúcido”, na sua relação com o paciente psiquiátrico, esse profissional, seguindo normas deontológicas, éticas e legais, deve dar o máximo de si, no tratamento²¹⁶.

Nesse sentido, a Resolução nº. 1.598/2000 do CFM, ao tratar dos direitos dos pacientes psiquiátricos, estabelece, na norma do art. 1º, que é dever do médico assegurar, a cada paciente psiquiátrico, o seu direito de usufruir dos melhores meios diagnósticos, cientificamente reconhecidos, e dos recursos profiláticos, terapêuticos e de reabilitação, mais adequados para sua situação clínica.

A própria Constituição Federal, na norma do art. 196, estabelece que “[...] a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Ciomara Benincá²¹⁷ sinaliza que toda a política de saúde e a própria estrutura hospitalar encontram razão de ser no próprio ser humano, que deve ser enquadrado como sujeito e beneficiário dos serviços de saúde, e não como um objeto dos cuidados que lhe são prestados.

Merece encômios, na mesma esteira, o Programa Nacional de Humanização da Assistência Hospitalar (PNHAH), criado em 2002, por iniciativa do Ministério da Saúde, cujo objetivo principal acaba ser uma

²¹⁵ A Ética da Alteridade foi idealizada pelo filósofo Emmanuel Levinàs e desenvolvida, no Brasil, pelo filósofo Ricardo Timm de Souza. Para esse último, a alteridade é a responsabilidade pelo outro, que significa responsabilidade por si mesmo, enquanto negação da neutralidade. SOUZA, Ricardo Timm de. **As fontes do iluminismo latino**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 162-174.

²¹⁶ Nesse sentido, Reinaldo Pereira da Silva preleciona que o personalíssimo ético atribui ao homem, precisamente porque é pessoa, um valor em si mesmo, não como meio para os fins de outro. Assim, todo homem tem direito de ser respeitado como pessoa e não ser prejudicado em sua existência. Nesse sentido, a relação jurídica fundamental consiste no respeito mútuo que cada homem deve ao seu semelhante e que pode deste exigir. SILVA, Reinaldo Pereira da. **Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002. p. 190-192.

²¹⁷ BENINCÁ, Ciomara Ribeiro. A humanização do currículo médico. In: SCORTEGAGNA, Silvana Alba; BENINCÁ, Ciomara Ribeiro. (Orgs.). **Interface da psicologia com a saúde**. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2001. p. 194-208.

construção do óbvio, ou seja, o de promover a pessoa humana como um valor fundamental nas práticas públicas de saúde, através da relação médico–paciente e hospital–comunidade. Como um programa de afirmação, a idéia é válida, visto que a consideração da pessoa humana como um valor fundamental já é uma construção constitucional.

Discorrendo sobre o PNHAH, Suely Deslandes²¹⁸ informa que as práticas devem se tornar humanizadas, visto que, atualmente, encontram-se desumanizadas. O nó górdio de sua análise engloba a importância do diálogo entre profissional e usuário, a ligação entre tecnologia e relacionamento interpessoal e melhorias das condições de trabalho do cuidador, nas práticas de saúde.

No mesmo sentido, para que se garanta um ambiente terapêutico propício, é necessária a implementação de uma equipe interdisciplinar psiquiátrica, com o objetivo de cotejar conhecimentos sobre todas as áreas que envolvem a internação psiquiátrica.

A internação, ou a sua causa, não engloba matéria exclusivamente médica. Existem fatores biopsicossociais que envolvem tal ato. Para tanto, se mostra essencial que diversos profissionais, das mais diversas áreas do saber, interajam sobre o paciente internado. Aliás,

[...] no que se refere à relação dos profissionais com os usuários, a comunicação terapêutica é um instrumento vital para análise criteriosa e decisões do que fazer pautado na ética. Tal comunicação pressupõe o diálogo, o querer ouvir o usuário/família sobre os seus valores relativos a diversas ordens. Assim, é fundamental a escuta qualificada por vários profissionais e em múltiplas ocasiões, seguida de interação da equipe por meio de encontros sistemáticos a fim de obter-se a visão holística da atenção à saúde²¹⁹.

Com isso, e em razão da complexidade da internação psiquiátrica, é curial que haja um intenso debate, entre os membros da equipe,

²¹⁸ DESLANDES, Suely. Análise do discurso oficial sobre a humanização da assistência hospitalar. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 7-14, 2004.

²¹⁹ SANTOS, Beatriz Regina Lara dos. et. al. Bioética e o processo de trabalho do enfermeiro. In: LOCH, Jussara de Azambuja; GAUER, Gabriel José Chittò; CASADO, Maria. **Bioética: interdisciplinaridade e prática clínica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. p. 105.

proporcionando, com isso, uma dinâmica relacional entre a equipe em si e a equipe e o paciente, gerando um contato e um vínculo necessários para otimizar o próprio tratamento.

Assim, é importante, no mesmo azo, uma interação entre equipe médica e familiares, sobretudo quando da internação involuntária, cuja titularidade primeira em promover o ato segregador é a própria família. Tal interação se mostra como relevante, também no caso do privilégio terapêutico, ou seja, quando o médico acaba por ocultar do paciente determinada informação, por crer que ela possa prejudicar, ainda mais, o seu estado de saúde. Claro que tal atitude pode abalar sobremaneira a relação de confiança existente entre o médico e o paciente. Desta forma, mostra-se importante uma relação extremamente salutar entre médico e família do enfermo, visto que essa última, não raras vezes, saberá informar determinada situação clínica ao paciente de uma forma menos técnica, todavia mais oportuna²²⁰.

3.5 INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA E SUA INDICAÇÃO

A indicação para internação psiquiátrica constitui-se um tema deveras complexo.

Desde a reforma psiquiátrica, cujo tema já fora debatido no presente estudo, houve a manifestação expressa, no sentido de abandonar o sistema asilar e passar a aplicar o sistema ambulatorial ou extra-hospitalar, para tentar buscar o tratamento da deficiência mental.

Neste estudo, já foi apresentada a crítica pontual à reforma psiquiátrica. Reitera-se, aqui, no entanto, que um hospital psiquiátrico, na verdade, protege o deficiente mental. É melhor termos um deficiente mental asilado e tratado

²²⁰ Segundo Leonardo Fabro, o privilégio terapêutico se dá “[...] quando nem todas informações serão expostas, ou seja, as circunstâncias da doença serão apresentadas de forma atenuada. São os casos em que as condições emocionais do paciente ou a experiência em casos semelhantes indicam que a informação prestada em toda sua extensão poderá afetar-lhe o ânimo a ponto de pôr em risco as possibilidades de sucesso do tratamento. Não são incomuns os casos de depressão ou mesmo suicídio após o diagnóstico de moléstias graves como o câncer. Os familiares desses pacientes é que deverão ser informados sobre suas condições reais. Assim, informado o paciente ou seu representante legal de forma sincera objetiva e acessível, estará ele pronto para emitir seu consentimento”. FABRO, Leonardo. Aspectos jurídicos dos prontuários médicos e do consentimento informado. **Cadernos de Estudo**, Porto Alegre, Centro de Estudos e Pesquisas da Fundação Irmão José Otão. p. 21.

diuturnamente a ter esse mesmo deficiente mental fora do hospital, sem nenhum tratamento e cuidados necessários. A deficiência mental, dependendo do seu grau, não poderá ser tratada em ambiente ambulatorial ou extra-hospitalar.

O que se evidencia, então, em que pese os argumentos favoráveis à reforma psiquiátrica, é que existem algumas situações em que a internação se faz necessária, ou seja, a sua indicação acaba por se mostrar indispensável, diante de determinados fatos.

Com efeito, quando da necessidade imperativa da internação, o profissional da saúde deve, necessariamente, buscar o consentimento do potencial internando, desde que o mesmo, por evidente, tenha capacidade de, naquele momento, consentir ao tratamento involuntário.

Pode ocorrer (e não é raro que aconteça) uma recusa do paciente em consentir ao tratamento. Geralmente, as condições clínicas que propiciam essa recusa se dão quando o paciente está com estreitamento de sua consciência (como na depressão aguda) ou quando o paciente, apesar de estar com a consciência preservada, recusa o tratamento por lhe faltar capacidade de tomar uma decisão racional, naquele momento específico (como nos transtornos alucinatórios).

Assim, José Taborda²²¹ ressalta que a decisão do psiquiatra, no sentido de indicar a internação, quando esgotados todos os meios de tratamento extra-hospitalares, ocorre nos seguintes casos: presença de transtorno mental (exceto transtorno de personalidade anti-social), além de, no mínimo, uma das seguintes condições:

1. Risco de auto-agressão;
2. Risco de heteroagressão;
3. Risco de agressão à ordem pública;
4. Risco de exposição social;
5. Incapacidade grave de autocuidados.

²²¹ TABORDA, José; PRADO-LIMA, Pedro; BUSNELLO, Elis D'Arrigo. **Rotinas em Psiquiatria**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. p. 280-296.

Denota-se que todos os pontos levantados visam, em última análise, proteger o paciente dele mesmo, seja de forma direta ou indireta. No caso de auto-agressão, de risco de exposição social e incapacidade de autocuidados, a proteção se mostra clara. Já nos casos de risco de heteroagressão e agressão à ordem pública, visualiza-se que a proteção, num primeiro momento, se dá em favor de terceiros. O risco de heteroagressão e de agressão à ordem pública, contudo, num segundo momento, acaba por proteger também o paciente dele mesmo, visto que tais atos, apesar de serem heterodestrutivos, se mostram autodestrutivos ao mesmo tempo, pois trarão conseqüências e responsabilidades jurídicas para o paciente²²².

Nesse diapasão, devemos voltar à Lei nº. 10.216/2002, para nos debruçarmos sobre os tipos de internações psiquiátricas lá previstas.

Assim, desde que com o beneplácito da família ou responsável legal do paciente, na norma do art. 8º, § 1º da referida Lei, está definido que a internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina do Estado, sendo necessário que se localize o estabelecimento. A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual, pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta.

Na falta de familiares ou de responsáveis legais, e desde que a internação seja de fato indicada, a norma do art. 9º prevê a internação compulsória, que é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente. Esse profissional levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

²²² É importante anotar como se dá o funcionamento no sistema espanhol. Segundo Encarna Rocca, até 1983, a questão da internação era regulada pelo Decreto de 03 de julho de 1931. Atualmente, o art. 211c, modificado pela Lei Orgânica 1/1996, de 15 de janeiro, estabelece: "A internação por razão de transtorno psíquico, de uma pessoa que não está em condições de decidir por si mesma, ainda que submetida ao poder pátrio poder, requerer-se-á autorização judicial. Esta será anterior à internação, salvo por razões de urgência que imponham a imediata adoção da medida, tendo de ser analisada pelo juiz num prazo máximo de 24 horas. A internação de menores se realizará, em todos os casos, em estabelecimento de saúde mental adequado à sua idade". ROCCA, Encarna. **Bioética e incapacitación**. In: CASADO, Maria. *Materiales de Bioética y derecho*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996. p. 395).

Nessa mesma esteira, a Portaria nº. 2391/GM/2002²²³, do Ministério da Saúde, acrescentou um outro tipo de internação psiquiátrica²²⁴, não previsto na Lei nº. 10.216/2002.

Assim, referida portaria ministerial, na norma do art. 3º, elenca quatro formas de internação psiquiátrica, a saber:

1. Internação psiquiátrica voluntária (IPV); mediante consentimento livre e esclarecido;
2. Internação psiquiátrica involuntária (IPI); mediante comunicação ao Ministério Público em até setenta e duas horas;
3. Internação psiquiátrica voluntária que se torna involuntária em sua evolução (IPVI); mediante comunicação ao Ministério Público, em até setenta e duas horas a partir de sua involuntariedade;
4. Internação psiquiátrica compulsória (IPC); mediante ordem judicial fundamentada.

Nesse contexto, a análise médica sobre a indicação da internação psiquiátrica deve se dar da forma mais racional possível, devendo o profissional adotar o modelo weberiano para tanto, ou seja, atuar de forma extremamente racional. Dessa forma, “[...] devemos compreender a internação como uma modalidade de ação social que, ainda que incida sobre uma única

²²³ Regulamenta o controle de internações psiquiátricas involuntárias e voluntárias, de acordo com o disposto na Lei nº. 10.216/2002, e os procedimentos de notificação de comunicação das IPI e IPV ao Ministério Público, pelos estabelecimentos de saúde integrantes ou não no SUS.

²²⁴ Pode-se questionar o caráter legal dessa inserção feita pela referida Portaria. Quando se fala em internação, considera-se, necessariamente, privação de liberdade. Até que ponto uma Portaria poderia regular o direito de liberdade de uma pessoa? Com efeito, José Afonso da Silva diz que a Carta Política da República Federativa do Brasil se coloca no vértice do sistema jurídico do País, conferindo-lhe validade, sendo legítimos os poderes estatais, na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É a lei suprema do Estado, sendo guardião da própria estruturação deste, da organização de seus órgãos e de seus preceitos fundamentais. Portanto, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se respeitarem as disposições da Lei Maior. Calha assinalar, entretanto, que uma Portaria não tem força normativa para criar outra espécie de internação. Tal fato, por si só, possui um vício de legalidade, e não de constitucionalidade, visto que uma Portaria sequer é catalogada pela Constituição Federal como espécie normativa passível de controle de constitucionalidade (Art. 59, CF/88). SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19. ed. Revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 45-46.

pessoa, terá claros pressupostos culturais a regê-la e repercussões de abrangência familiar e comunitária”²²⁵.

De fato, a indicação da internação psiquiátrica envolve uma gama de aspectos sociais, que vão muito além de um mero ato médico. Tais aspectos, muitas vezes, são visíveis quando da alta hospitalar, momento esse em que o ex-internado passa a carregar um estigma, por ter sido submetido à internação psiquiátrica. Esse assunto, contudo, será analisado em ponto específico.

Aliado a isso, o profissional, quando da indicação da internação, não pode deixar passar ao largo valores umbilicalmente ligados ao meio social em que vive o próprio paciente. Deve o profissional, como antes já mencionado, ver esse paciente como um doente, e não vê-lo como uma doença.

Para a segura indicação para a internação, é importante que o profissional da saúde horizontalize sua relação com o paciente, identificando, através do diagnóstico, o real tratamento a ser indicado.

Na mesma linha, o profissional da saúde deve ter em mente que, quando da indicação da internação psiquiátrica, a detenção do paciente em hospital psiquiátrico terá como objetivo primeiro libertá-lo futuramente, ou seja, uma internação psiquiátrica, ao prender o paciente, apoderando-se de sua liberdade, irá, mais tarde, restituir esse mesmo paciente ao convívio social que lhe fora podado.

Assim, Lima bem coloca a questão, ao estabelecer que, durante todo o tempo da internação, tanto o médico que promoveu, como o familiar ou responsável que a acatou, sejam depositários fiéis da liberdade de outrem ²²⁶.

Partindo da matriz aristotélica²²⁷ de pensamento sobre o “ser”, arremata o autor: pode-se inferir dessa liberdade, quando o paciente adoece, que ela lhe escapa já de uma forma tácita e cabal, como liberdade em ato. Isso se verifica, porque, justamente, o sujeito perdeu a eficiência no sentido de discriminar e

²²⁵ ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução: Sérgio Bath. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002. p. 785-850.

²²⁶ LIMA, Mauro Gomes Aranha. Internação involuntária em psiquiatria: legislação e legitimidade, contexto e ação. In: ALVES, Luiz Carlos Aiex (Coord.). **Ética e psiquiatria**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2007. p. 117.

²²⁷ A lógica de Aristóteles tinha um objetivo eminentemente metodológico. Tratava-se de mostrar o caminho correto para a investigação, o conhecimento e a demonstração científicas. O método científico que ele preconizava assentava nas seguintes fases: 1. Observação de fenômenos particulares; 2. Intuição dos princípios gerais (universais) a que os mesmos obedeciam; 3. Dedução, a partir deles, das causas dos fenômenos particulares. AFILOSOFIA. Disponível em: www.afilosofia.no.sapo.pt/Hist.htm. Acesso em: 20 set. 2008.

escolher tudo o que, em condições habituais e estáveis de sua personalidade, teria a possibilidade de fazê-lo. Portanto, a liberdade que só a ele lhe pertence, e de que apenas se é depositário (médico e família) enquanto dure a internação, é liberdade potencial, constitutiva de sua essência mesma de pessoa. Trata-se de representação mental projetada e legitimada por um passado que se viveu e por um futuro que se vai viver. Então, quando no momento de sua alta, a liberdade que se lhe restitui é, esta sim, liberdade em plenitude, potência e ato coincidentes, a que lhe é completa e concreta, única e intransferível, em seu valor e natureza²²⁸.

Assim, e por abrir um espectro imenso de conseqüências sociais, a indicação de internação psiquiátrica deve ser realizada de maneira ética e responsável.

3.6 A ALTA HOSPITALAR E SEUS REFLEXOS SOCIAIS: OS ESTIGMAS DO EX-INTERNADO

A questão da alta hospitalar, bem como os reflexos que tal procedimento acarretará ao ex-internado é uma questão extremamente complexa. No plano prático, a sociedade vê no ex-internado um desigual, em que pese a idéia de igualdade imperar no sistema jurídico brasileiro, mesmo que a forma programática.

Com efeito, discorrer sobre igualdade²²⁹, no Brasil, é realizar um discurso no plano da utopia, discurso esse totalmente desvinculado de qualquer caráter pragmático. Aliás, caso se leve essa discussão para o plano

²²⁸ LIMA, 2007. p. 117.

²²⁹ Nossos Tribunais assim já se manifestaram a respeito: "PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE – CONCEITUAÇÃO – LIMITES – O princípio da igualdade, recepcionado pelo art. 5º da CF, não pode ser conceituado no sentido de que assegura a mesma quantidade de direitos para todos os cidadãos indistintamente, seja porque a igualdade absoluta é uma utopia, seja porque seria um obstáculo intransponível para uma sociedade se organizar, em face da existência sempre presente de distinções de ordem pessoal, significando que a lei, necessariamente, será discriminatória sempre. Logo, a questão diz respeito aos limites da diferenciação possível de ser feita, o que é diferente." BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 15ª Região. **Processo n. 25082/99 – (41152/00)**. 3ª Turma. Relator: Juiz Samuel Corrêa Leite. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 06 de novembro de 2000. p. 12.

da pragmática, será verificado, de plano, que não existe igualdade entre as pessoas²³⁰.

Um dos pilares mestre da CF é exatamente o Princípio da Igualdade, princípio esse previsto expressamente na norma do art. 5º, que estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Evidentemente que o romantismo da Constituição não é aplicado no campo das relações sociais que se sucedem no nosso dia-a-dia. No cotidiano, acaba-se por buscar uma igualdade totalmente virtual, desprovida de uma base sólida que a sustente. A igualdade é discurso, e não prática!

A sociedade contemporânea, aparentemente defensores ardorosa dos direitos humanos, produz cotidianamente um bombardeio de opiniões que se relacionam à idéia de igualdade entre todos. Apesar disso, o que se verifica, na prática, é a incapacidade dos sujeitos dessa sociedade, no sentido de enxergar o outro como um “igual”. Não raras vezes, por não saberem lidar com a diferença, os sujeitos sociais excluem o “desigual”. A exclusão pela

²³⁰ No plano doutrinário, J.J. Calmon de Passos assim discorre sobre a igualdade, *verbis*: “[...] o que vimos afirmar é de fácil demonstração. Sem dúvida que o princípio da igualdade, como garantia constitucional, em si mesmo, não é óbice intransponível à formalização de procedimentos diferenciados. Jamais alguém ousou afirmar tanto. Até porque o princípio da igualdade de todos perante a lei traduz-se, como sabido, no dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, para obter-se maior igualdade”. Isso reclama, contudo, a precisa determinação daquilo que a doutrina denomina de fator discriminante, isto é, o critério utilizado para o tratamento diferenciado que se propugna, sem o que será impossível avaliar-se, com segurança, a necessidade de desigualar-se para se alcançar igualdade material. Que regras autorizam a discriminação, sem que ela importe violência ao princípio da igualdade? Celso Antônio Bandeira de Melo, em trabalho de mérito, cuida do assunto. A primeira regra, doutrina ele, diz respeito ao elemento tomado como fator de desigualização. A segunda, reporta-se à correlação lógica abstrata, existente entre o fator erigido em critério de discriminação e a disparidade estabelecida, no tratamento jurídico diversificado. A terceira, é pertinente à consonância dessa correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. Na mesma senda, Celso Ribeiro Bastos estabelece, ao comentar a norma do art. 5º da CF, que o dispositivo se refere à igualdade formal, consistindo no direito de todo cidadão não receber tratamento desigual da lei, senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não proibidos pelo ordenamento constitucional. A igualdade no direito moderno, além de ser um princípio informador de todo sistema jurídico, reveste-se também da condição de um autêntico direito subjetivo. Portanto, o cidadão possui o direito de não ser diferenciado por outros particulares, nas mesmas situações em que é vedado diferenciar. Já para Paulo Bonavides, o centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Para ele, “[...] de todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social”. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 183; MELO, Celso Antônio Bandeira de. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 15, p. 5, jan./fev., 2002; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 340-341.

desigualdade social pressupõe o não reconhecimento do outro como um sujeito, mas como um marginalizado incapaz de igualar-se aos cidadãos ditos normais.

Nesse contexto, alguns questionamentos são inevitáveis: Como falar em igualdade, em uma sociedade totalmente estratificada, como a brasileira? Como falar em igualdade, em uma sociedade totalmente hierarquizada, que sequer é capaz de dar condições de caráter primário, para que os cidadãos que dela fazem parte se tornem “iguais” entre si?

Sem dúvida, a solução para esse problema não encontrará em discursos ou escritos uma solução final. Mais uma vez, deve-se reconhecer que se está discorrendo sobre problemas culturais, que talvez sejam superados nas próximas gerações.

Na mesma esteira, Erving Goffman, ao abordar a invisibilidade do Outro, aliado à categorização natural feita pela própria sociedade²³¹, preleciona que

[...] a sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias. Os ambientes sociais estabelecem as categorias de pessoas que têm possibilidade de serem neles encontrados.

Desta banda, para o referido autor, o estigma possui pertinência com a “[...] situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação social plena²³²”, gerando, com isso, uma desumanização generalizada, tratando esse indivíduo como um diferente, um excluído²³³.

²³¹ GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro, Zahar, 1988. p. 11-12.

²³² GOFFMAN, 1988. p. 7.

²³³ O Professor Wagner Gattaz relata estudos histórico-antropológicos, realizados por J. Monahan. Esses estudos concluíram que “[...] a crença de que as doenças mentais estão associadas à violência é historicamente constante e culturalmente universal”. Essa percepção pública tem conseqüências na prática social (estigma) contra indivíduos portadores de doenças mentais. A estigmatização do doente mental é o maior obstáculo para sua reintegração social. Portanto, antes de aceitá-la, devemos analisar criticamente, primeiro, se a associação existe de fato, e, em seguida, qual é a magnitude de seu efeito nos crimes de violência em geral. MONAHAN, James. A terror to their neighbors': beliefs about mental disorder and violence in historical and cultural perspective. **Bull Am Acad. Psychiatry Law**, Califórnia, n. 20, p. 191-5, 1992; GATTAZ, Wagner. Violência e doença mental: fato ou ficção? **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v. 21, n. 4, dezembro, 1999.

Goffman encerra afirmando que, por definição, é claro, acredita-se que alguém com estigma não seja completamente humano. Com base nisso, são conhecidos vários tipos de discriminação, através dos quais efetivamente e, muitas vezes sem pensar, reduzem-se as chances de vida. Construiu-se, então, uma teoria de estigma, uma ideologia, para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo, racionalizando algumas vezes uma animosidade, baseada em outras diferenças, tais como as de classe social²³⁴.

Não é novidade a atuação, por parte da sociedade, de uma política de preconceito²³⁵ e de exclusão social, em desfavor do ex-internado. Para Ligia Amaral, o preconceito nada mais é que uma atitude favorável ou desfavorável, positiva ou negativa, anterior a qualquer conhecimento²³⁶.

Ainda nesse sentido, Theodore Adorno e Max Horkheimer²³⁷ encerram: [...] a investigação sobre o preconceito tende a reconhecer a participação do momento psicológico nesse processo dinâmico que operam a sociedade e o indivíduo. Como nossa sociedade vive um momento de exclusão pela desigualdade, tal citação se faz absolutamente pertinente.

Sobre o tema, alerta Tomasini que as pessoas ou o grupo de pessoas - consideradas portadoras de problemas ou que se destacam sensivelmente do que está socialmente estabelecido como normal - são alvo de processos que resultam na criação de mecanismos de correção de suas diferenças. A oposição às normas vigentes pode criar uma ruptura forte entre os indivíduos, e entre esses e a sociedade. Comportamentos exarcebados, destoantes e comportamentos considerados normais parecem fazer parte de campos

²³⁴ GOFFMAN, 1988. p. 15.

²³⁵ Como afirma Simmel, toda imagem do outro, produzida pelo sujeito do conhecimento, é baseada em certas distorções. E isto não se deve apenas a uma convivência insuficiente, visão distorcida ou qualquer tipo de preconceito. O que posso conhecer do outro depende de um esforço de 're-criação'. Isto ocorre, segundo o autor, porque não podemos representar completamente uma individualidade que não seja a nossa própria. Neste sentido, toda 're-criação' de uma pessoa ou de um objeto é determinada pela capacidade intelectual dos indivíduos, no sentido de manipularem um modelo construído a partir de semelhanças e dessemelhanças que estes indivíduos estabelecem entre si e entre as coisas ao seu redor. Não se pode conhecer completamente a individualidade do outro. É precisamente por isso, ou seja, por esta singularidade de todo ser, que o sujeito do conhecimento produz uma representação que não é idêntica ao ser representado, mas que, ao mesmo tempo, não coincide com o tipo gerado. SIMMEL, Georg. How is Society Possible? In: DONALD N., Levine. **On individuality and social forms**. Chicago: The University of Chicago Press, 1971. p. 9-10.

²³⁶ AMARAL, Ligia. **Conhecendo a deficiência**: em companhia de Hércules. São Paulo: Robe, 1995. p. 9.

²³⁷ ADORNO, Theodore; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro, Zahar, 1985. p. 173.

antagônicos. Os indivíduos são categorizados, segundo o problema que causam à sociedade: pobreza, delinquência, loucura, deficiência e tantos outros²³⁸.

Devemos frisar, nesse contexto, que o hospital psiquiátrico possui papel bastante significativo para a ressocialização do ex-internado, no seio da sociedade. É deveras importante considerar que, assim como o ex-internado, o próprio hospital de custódia passa a ser rotulado como responsável pelo enclausuramento dos doentes, na medida em que os isolam do convívio social.

Como bem observa Lougon, entretanto, atualmente essa mesma instituição quer devolvê-los, com a proposta de que a comunidade redefina as concepções sobre a loucura e os acolham novamente de modo espontâneo²³⁹. Aliás, para Sadikurszky e Tavares, “[...] este é um aspecto que necessita ser trabalhado na sociedade pois, o ideário sobre a loucura é o da incurabilidade e periculosidade, estigmas que são difíceis de serem revertidos de uma hora para outra²⁴⁰”.

Ao citar Mauricio Lougon, Sadikurszky e Tavares²⁴¹ informam que ao se colocar o hospital como único culpado por esse estado de degradação em que se encontram os doentes mentais, não se reconhece a importância da evolução de certas "doenças" que estes indivíduos apresentavam, antes de serem internados. Assim, eles acreditam que desconhecer a existência de comportamentos que fogem aos padrões comuns, considerados pela clínica como doença, é o que pode gerar uma série de equívocos. O maior deles, provavelmente, é a idéia de que basta colocar o indivíduo na sociedade, para ele, automaticamente, readquirir sua condição de cidadão.

Mesmo assim, existe uma grande desvantagem de uma internação de longo prazo, posto que os pacientes ficam isolados de seu ambiente social, interrompendo suas atividades (sendo necessário um período de readaptação). Isso se associa ao fato de que eles têm pouca ou nenhuma oportunidade, para treinar suas habilidades de lidar com as situações de risco, no seu cotidiano.

²³⁸ TOMASINI, Maria Elisabete Ascher. Expatriação social e a segregação institucional da diferença. In: BIANCHETTI, Lucídio, FREIRA, Ida Mara. **Um olhar sobre a diferença**: Interação, trabalho e cidadania. Campinas: Papyrus, 1998. p. 114.

²³⁹ LOUGON, Maurício. Desinstitucionalização da assistência psiquiátrica: uma perspectiva crítica. **Revista Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p.137-164, 1993.

²⁴⁰ SADIGURZKY; CARVALHO, 1998.

²⁴¹ SADIGURZKY; CARVALHO, 1998. p. 5, apud LOUGON, 1993. p. 163.

Por esses motivos, aliado pelo estigma de uma internação psiquiátrica e pelos altos custos desse recurso, para a família ou para o Estado, muitos países têm optado pelo tratamento ambulatorial, no qual o paciente fica em casa, medicado, tendo a possibilidade de manter suas atividades, fazendo freqüentes visitas a um ambulatório especializado, para acompanhamento terapêutico.

Por outro lado, dentre as principais desvantagens do tratamento ambulatorial encontra-se: maior risco de abandono do tratamento ou a não aceitação integral das regras que o envolvem.

Como anota Luiz Paulo Bechelli,

[...] no que se refere ao paciente, são observadas, por exemplo, as condições intrínsecas à própria psicopatologia (desorganização, idéias delirantes - principalmente de cunho paranóide - hostilidade, déficit cognitivo, falta de motivação e de iniciativa) e a gravidade da doença. A falta de *insight*, ou seja, a dificuldade em compreender e reconhecer os sintomas e a doença induz muitos pacientes a considerarem que não necessitam de tratamento. Ao mesmo tempo, determinado número deles não conseguem estabelecer a associação entre interrupção da medicação e recaída. Outros, ao se recuperarem adequadamente, não reconhecem os efeitos benéficos do medicamento, levam em conta o custo do tratamento (efeitos adversos, estigma e aspectos econômicos), o quanto de fato estão doentes e se têm, realmente, necessidade de tratamento. Na seqüência, manifestam o desejo de permanecer sem medicamento. Porcentagem determinada de doentes refere não tomar o medicamento devido ao esquecimento ou porque deseja de outro tipo de tratamento. A dificuldade em estabelecer aliança terapêutica contribui para irregularidade do comparecimento a consultas e do seguimento da conduta. Os pacientes que fazem uso de álcool e drogas são mais propensos a não tomar o medicamento²⁴².

²⁴² BECHELLI, Luiz Paulo. Antipsicóticos de ação prolongada no tratamento de manutenção da esquizofrenia. Parte I. Fundamentos do seu desenvolvimento, benefícios e nível de aceitação em diferentes países e Culturas. In: **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 11, n. 3, Junho, 2003.

4 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS DA INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA

4.1 UM BREVE APANHADO HISTÓRICO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Na verdade, a medida de segurança nasceu de com o positivismo calcado no século XIX, mas, desde tempos remotos, já era utilizada, mesmo sem a denominação e a função atuais. Em verdade, ela é medida recente na doutrina penal.

Segundo Moacir Benedicto de Souza,

[...] embora as medidas de segurança, com a estrutura com que são acolhidas nos códigos modernos, tenham sua elaboração iniciada a partir do século XIX, os estudiosos da matéria têm procurado surpreender nas legislações de povos antigos alguns exemplos de providências penais que se assemelham, ainda que rudimentarmente, àquelas sanções. As Leis de Manu – ensinam eles – continham dispositivos de caráter preventivo que não se assimilavam às penas, enquanto que nas antigas leis romanas já aparecia, entre outros, o instituto da relegação, e que, segundo FOINISTSKY, era aplicado pelo poder consular com a finalidade de afastar os indivíduos perigosos à ordem pública²⁴³.

O imperador romano Julio César, por exemplo, teria ordenado “apenas” a custódia de um indivíduo que cometera parricídio²⁴⁴, por entender que ele estava fora de seu estado de “normalidade”.

Para Sérgio Carrara²⁴⁵, ainda no Direito Canônico, os ausentes de discernimento eram considerados irresponsáveis pelos seus atos e, em seguida, eram enviados a asilos. No ano de 1800, o então Rei Jorge III teria

²⁴³ SOUZA, Moacir Benedicto de. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**. São Paulo: Bushatsky, 1979. p. 22.

²⁴⁴ É considerado parricida aquele que atenta contra a vida de seus pais ou ascendentes, praticando assim o homicídio, que se comprovado o dolo, além da previsão em nosso CP, pode haver também a deserdação, ficando impedidos de receber a herança, dependendo da decisão judicial.

²⁴⁵ CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura**: o surgimento do manicômio judiciário na passagem do século. Rio de Janeiro. EDUERJ/EDUSP, 1996.

lançado o *Criminal Lunatics Act*, para fins de internar em um manicômio um indivíduo que teria atentado contra a vida dele.

No Código Penal Francês de 1810, existiam disposições referentes aos menores de 18 anos que tivessem agido sem discernimento, os quais, livres de pena, eram submetidos a medidas tutelares²⁴⁶.

A incorporação da medida de segurança, em um Código Penal normatizado, foi feita somente com o Código Zanardelli, na Itália, mais especificamente em 1889. Neste código havia medidas, como a vigilância de vagabundos. No ano de 1893, foi incorporada ao Código Penal Suíço, idealizado por Karl Stoos, que a definiu como um conjunto sistemático de procedências de cunho preventivo individual.

O “Projeto Stoos” foi inteiramente concebido no esquema conciliador da União Internacional de Direito Penal e inaugurava o sistema dualista²⁴⁷, ou seja, reconhecia a diferença entre imputáveis e inimputáveis, destinava a pena à retribuição da culpa moral e as medidas de segurança, para os inimputáveis e perigosos.

O “Projeto Stoos” influenciou largamente as reformas legislativas posteriores, como se a Suíça gozasse do prestígio intelectual, político e militar outrora desfrutado pela França. Com efeito, o projeto de reforma germânico o tomou como exemplo, em muitos países.

Nesse sentido, Silvio Longhi, ainda em 1911, anotou “[...] que *este projeto, elaborado mais especificamente por Stoos, salvo algumas variações secundárias, será o código modelo de nosso século, junto às nações civis que renovarão a sua legislação penal*”²⁴⁸.

²⁴⁶ Segundo Heleno Fragoso, “[...] as medidas de correção e disciplina eram aplicadas desde o século XVI a vagabundos e mendigos. O CP francês de 1810, que previa para os menores de 13 e 18 anos, que atuassem sem discernimento, medidas educativas (art. 63), ordenava a segregação indefinida de vagabundos (art. 271), colocando-os, depois de cumprida a pena, à disposição do governo, pelo tempo que esse determinasse. A partir de 1832, os vagabundos liberados eram submetidos à vigilância especial de polícia.” FRAGOSO, Heleno Cláudio. “**Sistema do duplo binário**: vida e morte. Studi in Memória di Giacomo Delitala. v. 3. Milão: Ed. Giufrè, 1984. p. 1907.”

²⁴⁷ Para Heleno Fragoso, “[...] o grande mérito de Stoos não foi apenas o de realizar, por primeira vez, uma sistematização das medidas de segurança, mas também o de introduzir o critério vicariante, adotado pelas legislações modernas, que permite substituir a pena pela medida.” FRAGOSO, 1984. p. 1909.

²⁴⁸ No original: *Questo progetto, devoto pia specialmente allo Stoos, salvo variazioni secondarie, sarà il codice tipo del nostro secolo, presso tutte le nazioni civili che vorranno rinnovare la loro legislazione penale.* LONGHI, Silvio. **Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale.** Milano: Soc. Ed. Libreria, 1911. p. 726.

Já em 1930, foi criado o Código Rocco, na Itália, onde a medida de segurança fora finalmente consolidada, tendo influenciado diversos diplomas penais, inclusive o CP brasileiro de 1940.

Já no Brasil,

[...] o instituto da medida de segurança prende-se a velhas legislações. Já nos Códigos de 1830²⁴⁹ e 1890, e outras leis que se lhe seguiram, encontram-se diversas providências relativas a inimputáveis, estendendo-se, ao depois, a outros tipos de delinqüentes, como os vadios, os anarquistas, os toxicômanos, etc., que ora se apresentavam como penas principais ora como penas acessórias, ou ainda como meios processuais, mas que, substancialmente, pouco se diferenciavam das modernas medidas de segurança²⁵⁰.

No Código do Império (1830), mais especificamente nas normas dos arts. 12 e 13, são encontradas providências sobre a questão dos inimputáveis, quando os loucos eram recolhidos para casa que lhes era destinada, ou entregues às suas famílias, sendo que os menores de 14 anos que houvessem agido sem discernimento seriam recolhidos às casas de correções.

Com o declínio do Império, o Brasil assistiu à proclamação da República em 15 de novembro de 1889.

Desse momento, Aníbal Bruno relata que

[...] sobreveio, então, a proclamação da República, mas o governo republicano, pelo seu ministro CAMPOS SALES, renovou a BATISTA PEREIRA o encargo de preparação do

²⁴⁹ Aníbal Bruno assim resumiu a elaboração do primeiro Código Criminal brasileiro: "Da elaboração do novo Código passou a ocupar-se a Câmara dos Deputados desde a sessão de 04 de maio de 1.827, quando Bernardo Pereira de Vasconcelos apresentou o seu projeto, que havia de servir de fundamento à preparação do Código. A este seguiu-se o trabalho de José Clemente Pereira, que a 15 do mesmo mês oferecia um projeto de bases para a formação do Código e, no dia seguinte, o projeto mesmo do Código Criminal, projeto que, embora aceito e louvado como o de Bernardo de Vasconcelos, pouco veio a influir sobre a redação final. Preferido pela Comissão da Câmara o projeto Vasconcelos, sobre este assentaram os trabalhos da comissão mista da Câmara e do Senado e, por fim, o projeto que saiu desta Comissão e que, estudado por outra de três membros, discutido e emendado, veio a aprovar-se a 23 de outubro de 1.830 e a ser sancionado como Código Criminal do Império da 16 de dezembro seguinte". BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.v. 1, Tomo 1. p. 164.

²⁵⁰ SOUZA, 1979. p. 27.

novo Código. Em pouco tempo foi o projeto organizado e entregue ao Governo, que o submeteu ao juízo de uma comissão presidida pelo ministro da Justiça. E a 11 de outubro de 1.890 foi o projeto transformado em Código Penal²⁵¹.

O Código da República (1890), na norma do art. 30, estabelecia, assim como o Código do Império, medidas tutelares aos menores de 18 anos que tivessem agido com discernimento, determinando que lhes fossem recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais e, na norma do art. 29, prescrevia que os inimputáveis por “afecção mental” seriam entregues à família ou internados em hospitais de alienados.

Ainda sobre o Código da República, Heleno Fragoso mencionara que,

[...] elaborado às pressas, antes do advento da primeira Constituição Federal republicana, sem considerar os notáveis avanços doutrinários que então já se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Código Zanardelli, o CP de 1.890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo. Foi, por isso mesmo, objeto de críticas demolidoras, que muito contribuíram para abalar o seu prestígio e dificultar sua aplicação²⁵².

Já para Aníbal Bruno,

[...] o primeiro Código Penal da República foi menos feliz que o seu antecessor. A pressa com que foi concluído prejudicou-o em mais de um ponto, e nele a crítica pôde assinalar, fundadamente, graves defeitos, embora muitas vezes com excesso de severidade. Não tardou a impor-se a idéia da sua reforma, e menos de três anos depois da sua entrada em vigor já aparecia o primeiro projeto de Código para substituí-lo. Por muito tempo as idéias de reforma ficaram sem êxito, e o Código se foi acrescentando de alterações e aditamentos, para sanar-lhe os defeitos, completá-lo ou ajustá-lo às novas condições práticas ou científicas. Essas leis esparsas retificadoras ou complementares do Código o desembargador

²⁵¹ BRUNO, 1959. p. 165.

²⁵² FRAGOSO. Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 60.

Vicente Piragibe compilou e sistematizou em um corpo de dispositivos que denominou Consolidação das Leis Penais, tornada oficial por decreto de 14 de dezembro de 1932²⁵³.

O projeto do jurista Sá Pereira, em 1927, foi o primeiro projeto do Código Penal brasileiro que incluiu as medidas de segurança, todavia denominadas de “medidas de defesa social”. Quando revisado o projeto (na revisão fora denominado de “Segundo Projeto Sá Pereira”), porém o nome passou a ser o mesmo que hoje adotamos no ordenamento jurídico penal, qual seja, medida de segurança.

Todavia, tal projeto teve seu curso interrompido, devido a fatores políticos. Nesse sentido, Aníbal Bruno escreveu que

[...] esse projeto foi em 1.930 submetido à apreciação de uma Comissão especial da Câmara dos Deputados, que não chegou a concluir os seus trabalhos. Uma subcomissão legislativa designada pelo governo provisório da Revolução e constituída por SÁ PEREIRA, como presidente, EVARISTO DE MORAIS e MARIO BULHÕES PEDREIRA, prosseguiu nesses estudos, daí resultando o projeto revisto de 1935. O golpe de Estado de 10 de novembro de 1937 interrompeu a marcha do projeto, já aprovado pela Câmara dos Deputados e então submetido à apreciação da Comissão de Justiça do Senado²⁵⁴.

O atual CP brasileiro é de 1940, fruto dos trabalhos da comissão constituída por Nelson Hungria, Roberto Lira, Narcélio de Queiroz e sob a presidência do Ministro Francisco Campos. A Parte Geral fora modificada em 1984, na Reforma Penal.

Ressalte-se que a Reforma Penal de 1984 nascera com o advento das Leis nºs. 7209 e 7210, ambas de 11 de junho de 1984, quase, portanto, ao findar do regime autoritário e com expressões filosóficas de preservação da dignidade humana, que mais tarde seria consagrada pela Constituição Federal de 1988, como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

²⁵³ BRUNO, 1959. p. 166-167.

²⁵⁴ BRUNO, 1959. p. 168.

Após a Reforma Penal de 1984, aparece um novo direito penal - subsidiário - atuando somente quando outras medidas de controle social não funcionarem, denominando-o de "ultima ratio".

Nessa senda, o Jurista Santiago Mir Puig esclarece que “[...] essa intervenção mínima estatal se trata de una exigencia de economia social coherente com la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social com el menor costo social²⁵⁵.”

Para Heleno Fragoso, “[...] embora elaborado durante um regime ditatorial (o chamado Estado Novo, que vigorou no Brasil de 1.937 a 1.945), o CP de 1.940 incorpora fundamentalmente as bases de um direito punitivo democrático e liberal²⁵⁶.”

Para Zaffaroni e Pierangelo,

[...] o texto que compõe a nova parte geral constitui uma verdadeira reforma penal e supera amplamente o conteúdo tecnocrático da frustrada tentativa de reforma de 1.969, posto que apresenta uma nova linha de política criminal, muito mais de conformidade com os Direitos Humanos. De uma maneira geral, o neo-idealismo autoritário desaparece do texto, apresentando apenas uma isolada amostragem do neo-hegelianismo, ao cuidar da imputabilidade diminuída²⁵⁷.

Nesse contexto, a melhor disciplina do instituto da medida de segurança veio exatamente com a Reforma da Parte Geral do CP em 1984, que será abordada a seguir no próximo item.

4.2 O TRATAMENTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO ATUAL DIREITO PENAL

A medida de segurança adotada atualmente pelo CP acabou por retornar o seu caráter meramente preventivo, de cunho assistencial, sendo

²⁵⁵ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. Barcelona: Ed. PPU, 1985. p. 73.

²⁵⁶ FRAGOSO, 1995 p. 63.

²⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 225.

aplicada única e exclusivamente aos inimputáveis, recaindo, pois, quanto à sua periculosidade²⁵⁸.

Tal retorno se deu exatamente pelo fato de, no período pretérito à Reforma Penal de 1984, o CP adotar a medida de segurança, como uma forma de sanção penal, diferentemente de como é aplicada hoje. Na verdade, tratava-se de um reforço à prevenção já antevista na pena.

Com efeito, antes da Reforma Penal de 1984, adotava-se, no Brasil, o sistema do duplo binário, ou seja, a aplicação da pena e da medida de segurança, para os imputáveis e semi-imputáveis. Para Cezar Bitencourt, “[...] *a aplicação conjunta da pena e medida de segurança lesa o princípio do ne bis in idem, pois, por mais que se diga que o fundamento e os fins de uma e outra são distintos, na realidade é o mesmo indivíduo que suporta as duas conseqüências pelo mesmo fato praticado*²⁵⁹.”

Atualmente, não há como se confundir pena e medida de segurança. Tratam-se, pois, de conceitos, pressupostos e finalidades diversas. Não podemos deixar de afirmar, todavia, que a natureza jurídica da medida de segurança seja de sanção penal. Desta forma, insere-se ela “[...] *no gênero sanção penal, no qual figura como espécie, ao lado da pena*²⁶⁰.”

Tal raciocínio pode ser embasado através da leitura da própria norma do art. 26 do CP, que estabelece a isenção de pena para o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao

²⁵⁸ O CP de 1940, na norma do art. 76, II, previa a aplicação da medida de segurança quando da confirmação da periculosidade do agente. As normas dos arts. 77 e seguintes estabeleciam a verificação da periculosidade com base nos antecedentes e personalidade do agente, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, bem como os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpas, ou, caso fosse revelado na prática do ato, perversão, malvadez, cupidez, insensibilidade moral e torpeza. Periculosidade, portanto, seria, para a maioria da doutrina penal, a potência, a capacidade, a aptidão ou a idoneidade que um homem tem para converter-se em causa de ações danosas. A verificação da periculosidade se faz por intermédio de um juiz sobre o futuro, ao contrário do juízo da culpabilidade, que se projeta sobre o passado. Portanto, vale-se o juiz de fatores e indícios do estado perigoso. Fatores da periculosidade são os elementos que, atuando sobre o indivíduo, o transformam nesse ser com probabilidade de delinquir, de ordem interna ou externa, referentes às condições físicas individuais, morais e culturais, condições físicas do ambiente, de vida familiar ou de vida social, reveladores da sua personalidade. A periculosidade pode ser real ou presumida. Ela é real quando deve ser verificada pelo juiz. Cuida-se da periculosidade presumida nos casos em que a lei a presume, independentemente da periculosidade real do sujeito. O atual CP, na norma do art. 97, presume a periculosidade dos inimputáveis.

²⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 4. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 323.

²⁶⁰ PRADO, Luiz Régis. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 251.

tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O parágrafo único dessa mesma norma reza que a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardo, não for inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

No artigo 26²⁶¹ do CP de 1940, no que tange à imputabilidade (uma das áreas de intersecção entre as ciências jurídica e psicológica), o legislador adotou quatro termos técnicos: Desenvolvimento Mental Retardado, Desenvolvimento Mental Incompleto, Perturbação da Saúde Mental e Doença Mental. Ressalte-se, todavia, que tais pontos já foram tema de debate no presente trabalho.

Com propriedade, Nelson Hungria, ainda em 1959, apesar de no CP da época vigorar o sistema do duplo binário (anterior à Reforma penal de 1984), fizera lúcida diferenciação entre pena e medida de segurança, ao prescrever que

[...] formula-se na doutrina a teoria das medidas de segurança distinguindo-se da pena porque esta se funda na culpabilidade do agente, e por ela se mede, aplicando-se aos inimputáveis, ao passo que as medidas de segurança se fundam na periculosidade, e por ela se medem, aplicando-se tanto aos imputáveis quanto aos inimputáveis. A pena, em consequência, se funda na justiça, como justa retribuição, ao passo que a medida de segurança se funda na utilidade. A pena é sanção e se aplica por fato certo, o crime praticado, ao passo que a medida de segurança não é sanção e se aplica por fato provável, a repetição de novos crimes. A pena é medida aflitiva, ao passo que a medida de segurança é tratamento, tendo natureza assistencial, medicinal ou pedagógica. O caráter aflitivo que esta última apresenta não é um fim pretendido, mas meio indispensável à sua execução finalística. A pena visa à prevenção geral e especial, ao passo que a medida de segurança visa apenas à prevenção especial, consistente na recuperação social ou na neutralização do criminoso²⁶².

²⁶¹ Até a Reforma Penal de 1984 era a norma do art. 22.

²⁶² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1959. v. 3. p. 11.

Aplica-se, nos tempos atuais, o sistema vicariante, ou seja, aquele que for considerado imputável receberá somente pena. Já o inimputável, somente medida de segurança, ao passo que o semi-imputável, também denominado de fronteiroço, poderá receber pena ou medida de segurança, todavia em nenhuma hipótese poderá sofrer as duas concomitantemente, como no sistema pretérito, onde o sujeito, *terminada a pena privativa de liberdade, continuava detido até que houvesse o exame da cessação da periculosidade*²⁶³.

Para o semi-imputável, deverá ser observado o disposto na norma do art. 26 do CP mais especificamente em seu parágrafo único, que estabelece que haverá redução de pena se o agente, em razão de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto, ou, ainda, por retardo, não for inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento²⁶⁴.

Ainda com foco nessa norma, mais especificamente em seu *caput*, verifica-se que se considera o isento de pena inimputável. Já o parágrafo único propicia a aplicação de medida de segurança, nos termos do artigo 97 do CP. Na conformidade da lei, pode ser determinada a internação, em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou tratamento ambulatorial, dependendo do caso. Aos agentes imputáveis, cabe somente aplicação da pena, e não de medida de segurança.

Enfim, são requisitos para aplicação de medida de segurança, que o agente seja inimputável ou semi-responsável e que tenha praticado fato típico à lei penal, apresentando, ainda, periculosidade. A Lei de Execuções Penais (LEP), nos seus artigos 99²⁶⁵ a 101²⁶⁶, fala do hospital de custódia, tratamento psiquiátrico e ambulatorial. Faz referência ao artigo 88²⁶⁷, que estabelece que o

²⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte especial. 2. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 519.

²⁶⁴ Discorremos sobre os indivíduos com desenvolvimento mental incompleto no item 1.3.2.5.

²⁶⁵ A norma do art. 99 da LEP estabelece, *verbis*: "O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal".

²⁶⁶ A norma do art. 101 da LEP estabelece, *verbis*: "O tratamento ambulatorial, previsto no art. 97, segunda parte, do Código Penal, será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada".

²⁶⁷ A norma do art. 88 da LEP estabelece, *verbis*: O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração,

condenado será alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Esse é um dos tantos dispositivos penais que não saem da esfera do abstrato.

Cezar Bitencourt, à luz do novo sistema adotado, também procede a diferenciação entre pena e medida de segurança. O doutrinador gaúcho assim leciona:

[...] a) as penas têm caráter retributivo-preventivo; as medidas de segurança têm natureza eminentemente preventiva; b) o fundamento da aplicação da pena é a culpabilidade; a medida de segurança fundamenta-se exclusivamente na periculosidade; c) as penas são determinadas; as medidas de segurança são por tempo indeterminado. Só findam quando cessar a periculosidade do agente; d) as penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-imputáveis; as medidas de segurança são aplicáveis aos inimputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis, quando estes necessitarem de especial tratamento curativo²⁶⁸.

O jurista Luiz Flávio Gomes²⁶⁹ traz mais duas diferenças, quais sejam: a pena é proporcional à infração, sendo que a proporcionalidade das medidas de segurança está na periculosidade. A pena está voltada para o passado (crime-culpabilidade-retribuição), e a medida de segurança se direcionam para o futuro (cura-prevenção).

De fato, e como já salientou Cezar Roberto Bitencourt, a aplicação do sistema do duplo binário fere demasiadamente o princípio do *ne bis in idem*²⁷⁰.

insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6 m² (seis metros quadrados)".

²⁶⁸ BITENCOURT, 2007. p. 323.

²⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. Duração das medidas de segurança. **Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 5, p. 15-24, jan./mar., 1990.

²⁷⁰ Tal princípio está previsto expressamente na norma do art. 20 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que estabelece: "1) Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal. 3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça." Ressalte-se, ainda, que pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, que inseriu o parágrafo 4º na norma do art. 5º da CF/88, ficou o Brasil submetido à jurisdição do Tribunal

Esse princípio, segundo Damásio de Jesus, reza que “[...] *ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo crime*”²⁷¹.

Importante mencionar que, além da proibição de receber duas punições pelo mesmo crime, não é possível, no mesmo sentido, que também aja um duplo processo judicial pelo mesmo crime. Logo, e por corolário lógico,

[...] poderíamos afirmar que o *ne bis in idem*, em sua vertente criminal, situa-se na esfera dos direitos fundamentais análogos, em razão de sua inegável essencialidade (seja qual for o conceito material que adotemos)(...). Sua presença é indispensável em um estado democrático de direito, fundado na dignidade da pessoa humana. De outra forma essa restaria gravemente vulnerada em razão do estado de terror psicológico dos cidadãos, decorrente do fundado receio de que o poder punitivo do estado, qual verdadeira espada de Damôcles, a qualquer tempo poderia sujeitá-los a uma nova punição ou à renovação da tensão processual, por hipótese pela qual já haviam sido anteriormente punidos ou julgados²⁷².

No atual CP dispõe sobre as medidas de segurança, no Título VI, que compreende as normas dos arts. 96 ao 99.

Dentre as espécies de medida de segurança ali estabelecidas, encontram-se a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (medida aplicada aos inimputáveis e aos semi-imputáveis, que necessitem de tratamento curativo especial) e a sujeição a tratamento ambulatorial, que pode substituir a internação, se o delito cometido pelo indivíduo for punido com detenção, nos termos do parágrafo 4º da norma do art. 97 do CP.

Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. Ainda no âmbito internacional, visualizamos a proibição do *ne bis in idem* no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU (Cláusula 7ª, art. 14), e no Pacto de São José da Costa Rica (cláusula 8ª, item 10), ratificado e promulgado no Brasil através do Decreto nº. 678/92. Existe, ainda, sua previsão expressa na legislação ordinária brasileira, em especial: a) Lei Federal nº. 6815/80, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, onde veda a extradição se o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado (art. 77, III). A norma legal veda sua concessão, também, quando o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido (art. 77, IV); b) no CPP, em especial na norma do art. 110, em seu parágrafo segundo, que prevê que a exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença.

²⁷¹ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 11.

²⁷² MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. In: **Boletim Científico**, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília: ESMPU, a. 4, n. 16, p. 53-54, jul/set., 2005.

Apesar dos apontamentos antes mencionados, em especial com relação às diferenças existentes entre os tipos de pena e os de medida de segurança, uma análise mais detida e crítica de tais institutos aponta que essa última, em razão da privação de liberdade que oferece, acaba por possuir, além do caráter preventivo, um forte viés retributivo.

O que gera alguma controvérsia é a tentativa de vinculação do conceito de periculosidade única e exclusivamente para os inimputáveis e semi-imputáveis, visto que os imputáveis, de uma certa forma, também podem ser considerados perigosos, em razão da reincidência em determinado delito. Jamais seria concebido conceberíamos, na atual conjuntura, aplicar concomitantemente pena e medida de segurança para um mesmo fato, como no regime de outrora.

Ademais, calha sublinhar que as medidas de segurança, assim como as penas, também estão voltadas para o passado, não sendo essa característica exclusiva das segundas, visto que as primeiras também são aplicadas ao depois do cometimento de um delito.

Mais um ponto relativo às medidas de segurança merece atenção especial: a extinção da punibilidade. A extinção da punibilidade quanto às medidas de segurança – ligada diretamente ao conceito de periculosidade - está prevista no parágrafo único da norma do art. 96 do CP. A característica primordial no qual diz respeito às medidas de segurança relacionam-se ao fato de serem indeterminadas, ou seja, elas perduraram, enquanto não cessada a periculosidade do agente, cessação essa consubstanciada através de laudo pericial que, por sua vez, não tem o condão de vincular o Juízo²⁷³.

Na própria exposição de motivos do CP restou consignada tal indeterminação, ao estabelecer que “[...] o prazo tornar-se-á indeterminado, perdurando a medida enquanto não for verificada a cessação da periculosidade por perícia médica. A perícia deve efetuar-se ao término do prazo mínimo prescrito e repetir-se anualmente.”

A LEP estabelece também os parâmetros para execução das medidas de segurança. As normas dos arts. 171 a 173 impõem o início da medida de segurança. A norma do art. 176 mantém vínculo com o § 2º do artigo 97 do CP,

²⁷³ Sobre a desnecessidade de tal vinculação, vide item 1.3.2.3 do presente estudo.

que estabelece a perícia médica. A norma do art. 178, também da LEP, faz referência à desinternação ou liberação condicional (norma do art. 97, § 3º, CP), reportando-se às normas dos arts. 132 e 133.

Assim, todas as causas de extinção da punibilidade²⁷⁴ incidem sobre as medidas de segurança, uma vez que, de acordo com a norma do art. 96, em seu parágrafo único, “[...] *extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança.*”

O fato das medidas de segurança terem como uma de suas características a indeterminação, entretanto, parece que faz entrar em choque tal questão com a própria extinção da punibilidade na espécie de prescrição²⁷⁵. Isso ocorre até porque, apesar de elas serem passíveis de todas as espécies de extinção da punibilidade, estão umbilicalmente ligadas ao pressuposto da periculosidade, e não da culpabilidade.

A periculosidade é pressuposto da aplicação da medida de segurança, sendo que a sua avaliação é feita via laudo psiquiátrico, que atestará se o inimputável possui a probabilidade de voltar a delinquir, a prescrição, como causa de extinção da punibilidade, possui o condão de fazer com que desapareça a periculosidade sem um laudo pericial, aliado ao fato de restar também por demais desarmoniosa com o próprio instituto da prescrição, exatamente pelo fato da indeterminação temporal que caracteriza as medidas de segurança.

²⁷⁴ Desta forma, aplica-se às medidas de segurança o previsto na norma do art. 107 do CP, que prescreve: “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III pela retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição, decadência ou preempção; V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código; VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração; IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei. (Redação dada ao artigo pela Lei nº. 7209, de 11.07.1984)”.

²⁷⁵ No que se refere à prescrição, os prazos são os mesmos das normas dos arts. 109 e 110 do CP. Tratando-se de prescrição da pretensão punitiva, suas três subespécies (em abstrato, retroativa e intercorrente) podem ocorrer em relação ao semi-imputável; quanto ao inimputável, apenas a primeira, pois, sendo absolvido, não terá pena concretizada. Se for o caso de prescrição da pretensão executória, para o inimputável, o prazo será regulado pelo máximo da pena cominada em abstrato; para o semi-imputável, como o juiz aplica uma pena e depois a substitui pela medida, o prazo regular-se-á por essa pena.

Nessa esteira de pensamento, poderíamos supor o caso de um inimputável que, depois de ter recebido medida de segurança pelo delito cometido, cuja pena seja compatível com a reclusão, reste foragido. Nesse caso em particular, apesar de ter de começar a cumprir sua medida de segurança recluso, por tempo indeterminado, em razão de sua periculosidade, com o advento da prescrição, a periculosidade acabaria por se perder.

Ainda com relação à indeterminação da medida de segurança, reforçando o que já fora dito anteriormente, parece que a mesma acaba por possuir um caráter de perpetuidade²⁷⁶, situação essa vedada pela própria CF²⁷⁷ vigente.

Boa parte da doutrina entende que a duração da medida de segurança não pode ultrapassar o máximo da pena abstratamente cominada. Na verdade, o prazo fixado em lei de um a três anos (art. 97, §1o) é apenas para delimitar quando o primeiro exame pericial deve obrigatoriamente ser feito. O juiz, todavia, não pode estabelecer prazo além do máximo ou aquém do mínimo estabelecido em lei.

Na medida de segurança, também incide o instituto da detração²⁷⁸, de modo que se computa, na contagem do prazo mínimo, o período de prisão provisória ou de internação, consoante dispõem as normas dos arts. 41 e 42 do CP.

O que também pode se dar é que, durante o cumprimento da pena, o sentenciado apresente distúrbios mentais. Somente nesse caso o juiz da execução pode substituir a pena por internação, para o tratamento que se fizer

²⁷⁶ Com relação à duração da pena, a Exposição de Motivos do CP assim dispõe: o Projeto baliza a duração máxima das penas privativas de liberdade, tendo em vista o disposto no artigo 153, § 11, da Constituição, e veda a prisão perpétua. As penas devem ser limitadas para alimentarem no condenado a esperança da liberdade e a aceitação da disciplina, pressupostos essenciais da eficácia do tratamento penal. Restringiu-se, pois, no artigo 75, a duração das penas privativas da liberdade a 30 (trinta) anos, criando-se, porém, mecanismo desestimulador do crime, uma vez alcançado este limite. Caso contrário, o condenado à pena máxima pode ser induzido a outras infrações, no presídio, pela consciência da impunidade, como atualmente ocorre. "Daí a regra de interpretação contida no artigo 75, § 2º: "sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, computando-se, para esse fim, o tempo restante da pena anteriormente estabelecida".

²⁷⁷ A norma do art. 5º, XLVII, "b" da CF, estabelece que não haverá pena de caráter perpétuo.

²⁷⁸ Conforme ensinamento de Fernando de Almeida Pedroso, "[...] consiste a detração, deessarte, no desconto ou compensação de índole aritmética que se procede no total da pena definitiva para subtrair-lhe a parcela de tempo em que o sentenciado esteve preso provisoriamente." PEDROSO, Fernando de Almeida. Detração Penal: compensação na pena do tempo de prisão relativo a outro processo. **Revista Jurídica Quanto é Possível**. Rio de Janeiro, n. 202, p. 26, ago. 1994.

necessário (art. 183²⁷⁹ da LEP). Se isso ocorrer, quando for verificada a recuperação do interno, ele deverá retornar ao presídio e continuar a cumprir sua pena. Nesse caso, o período de internação é contado como tempo de cumprimento de pena. Ressalte-se que o tratamento não poderá exceder, de forma alguma, o tempo de pena que o sentenciado tinha a cumprir. Assim, se a pena terminar sem que o tratamento tenha surtido efeitos, o sentenciado terá que ser posto em liberdade, porque estará extinta sua punibilidade e o Estado não tem mais poderes para mantê-lo sob sua custódia.

Para fins de segurança jurídica, teria sido de bom alvitre que o legislador da Reforma Penal tivesse deixado claro, na norma do art. 183 da LEP, o limite de tempo para cumprimento da medida de segurança depois de sua conversão²⁸⁰.

O prazo mínimo para cumprimento deve ser estabelecido pelo juiz que aplica a medida de segurança: de um a três anos (art. 97, § 1º, do CP). Não foi previsto, pelo CP, um prazo máximo de duração.

Como a CF determina que no Brasil não haverá pena de caráter perpétuo e que o tempo de prisão não excederá 30 anos (art. 75 do CP), é possível afirmar que a medida de segurança não pode ultrapassar 30 anos de duração. Mesmo porque, se o que se busca com a internação é o tratamento e a cura, ou recuperação do internado e não sua punição, 30 anos é um prazo assaz razoável para tal intento. Apesar disso, o STJ vem julgando pela indeterminação do lapso temporal da medida de segurança²⁸¹.

²⁷⁹ A norma do art. 183 da LEP estabelece, *verbis*: “Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança”.

²⁸⁰ O STJ já firmou posicionamento quanto a este tópico, sendo pertinente a transcrição de trecho de tal julgamento, *verbis*: “Mister se faz ressaltar a diferença entre a medida de segurança prevista no Código Penal aos inimputáveis e a medida de segurança trazida pelo art. 183 da Lei de Execução Penal. Para os inimputáveis a lei prevê que medida de segurança terá tempo indeterminado, durando enquanto perdurar a periculosidade do réu. Ao passo que a medida de segurança substitutiva é aplicada a quem julgado como imputável e no decorrer da execução da pena foi acometido de doença mental, estando, portanto, adstrita ao restante de cumprimento da pena” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Hábeas Corpus 12.957**. São Paulo. Ministro Felix Fischer. Diário da Justiça 04 de setembro de 2000.

²⁸¹ RECURSO ESPECIAL. PENAL. INIMPUTÁVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. TEMPO INDETERMINADO. PRAZO MÍNIMO DE 1 (UM) A 3 (TRÊS) ANOS. CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE. 1. Nos termos do art. 97, § 1º, do Código Penal, a medida de segurança, na modalidade internação ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante laudo pericial, a cessação de periculosidade, sendo o prazo mínimo estabelecido entre 1 (um) a 3 (três) anos. 2. Recurso

Conforme já dito, o CP, após a Reforma Penal de 1984, adotou um sistema alternativo, segundo o qual aplica-se pena ou medida de segurança, jamais as duas juntas. Cabe ao Estado zelar pelo cumprimento adequado, quer na medida de segurança, quer na pena.

No caso de, no cumprimento integral da pena, restar verificado que o preso possui doença mental, gerando uma possibilidade real de voltar a delinqüir, a sua submissão à internação, para tratamento, só seria possível, se a periculosidade tivesse se manifestado antes do término da pena, diagnosticada por meio de laudo médico encaminhado ao juiz de conversão (de cumprimento de pena para internação para tratamento).

A norma do art. 10 da LEP diz que, cabe ao Estado, fornecer tratamento adequado à cura ou recuperação do detento, mas não pode garantir a cura de doenças mentais, até porque há algumas incuráveis. Mas vale lembrar: a internação não pode ultrapassar o limite da pena original.

A partir de agora, será apresentada uma breve análise do instituto da culpabilidade para, mais adiante, trazer a abordagem do instituto da periculosidade, que funciona como verdadeiro pressuposto para a aplicação da medida de segurança.

4.2.1 Culpabilidade

Crime, no ponto de vista analítico, é um fato típico, ilícito e culpável. A culpabilidade, como pressuposto da pena, é um juízo de censura ou de reprovação, que recai sobre o injusto penal (fato típico e ilícito). Para a aplicação da pena, é necessário se faz que o sujeito seja imputável e que tenha a potencial consciência da ilicitude de seu ato (elementos da culpabilidade). Na verdade, a imputabilidade é uma espécie de capacidade para fins penais. É a capacidade do agente, no sentido de ser-lhe atribuído um fato de que resulte sua responsabilização penal. O imputável é o sujeito que,

no momento da ação, é capaz de entender o caráter ilícito do fato, determinando-se de acordo com esse entendimento²⁸².

A potencial consciência da ilicitude pressupõe que o agente tenha a possibilidade de conhecimento de que sua conduta é contrária ao direito. Como se verifica, a consciência não precisa ser efetiva, bastando ser potencial, ou seja, o autor do fato deve saber que o fato praticado é ilícito. Tal requisito, que não se confunde com o desconhecimento da lei, torna possível a exclusão da culpabilidade, nos casos em que o agente não tenha condições de saber que sua conduta era proibida (erro de proibição direto) ou que tivesse razões para crer que sua conduta fosse permitida (erro de proibição indireto ou erro de permissão).

A culpabilidade, todavia, não é o centro de estudo desse trabalho, posto que não possui relação com a aplicação da medida de segurança, mas sim com a pena. Apesar disso, far-se-á uma breve análise de tal instituto.

Segundo Zaffaroni, o conceito de culpabilidade é mais debatido da teoria do delito e preleciona que, em linhas gerais,

[...] um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável, quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse, demonstrando, assim, uma predisposição contrária ao direito²⁸³.

²⁸² São condições necessárias para que seja imputado a alguém um crime: 1. Uma conduta humana dolosa ou culposa; 2. Resultado (se for o caso, pois há crimes que se consumam somente com a conduta); 3. Nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; 4. Perfeito enquadramento da conduta, do resultado e do nexo causal em uma norma que descreva um crime. A pena a ser aplicada é aquela prevista abstratamente como decorrente do crime descrito na lei. Ademais, estabelece a norma do art. 5º, XXXIX da CF que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Assim, presentes os elementos antes descritos, teremos a caracterização de um fato denominado de “típico”, visto que enquadrado num dos tipos penais previstos do CP. A ocorrência desse fato típico é condição necessária, todavia não suficiente, para que haja um crime. Para tanto, é necessário que a conduta seja ilícita, ou seja, que contrarie ao Direito. Existem hipóteses em que o sujeito pratica a conduta dirigida à obtenção do resultado, o qual vem a ocorrer, e ainda assim não há crime, pois as circunstâncias que o levaram a agir são, de certo modo, justificáveis, tornando lícita a ação. A norma do art. 23 do CP diz que não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, sendo que esta última hipótese de exclusão da ilicitude é relevante para o estudo da responsabilidade penal do médico.

²⁸³ ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999. p. 598.

Menciona ainda Figueiredo Dias que

[...] a verdadeira função da culpabilidade no sistema punitivo reside efetivamente numa incondicional proibição de excesso; a culpabilidade não é o fundamento da pena, mas constitui o seu limite inultrapassável: o limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações ou exigências preventivas – sejam de prevenção geral positiva de integração ou ante a negativa de intimidação, sejam de prevenção especial positivista de socialização ou antes negativa de segurança ou de neutralização. A função da culpabilidade, deste modo inscrita na vertente liberal do Estado de Direito, é, por outras palavras, a de estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de Direito democrático²⁸⁴.

Assim, em razão de seu caráter extremamente perscrutativo, a culpabilidade, como pressuposto da pena e não como elemento do crime – visto que o juízo censurativo incide sobre o fato culpável e não sobre o sujeito culpável – acabou por dar azo ao nascimento de algumas teorias, como a superada Teoria Causal da Ação, que alocava o dolo e a culpa na própria culpabilidade, e a atual Teoria Finalista da Ação, que aloca o dolo e a culpa na tipicidade (conduta).

Ao se analisar a questão da responsabilidade penal do médico, voltar-se-á a tratar, mais especificamente, à culpabilidade desse profissional.

Passa-se a analisar, a partir de agora, a periculosidade, visto ser elemento essencial à aplicação da medida de segurança.

4.2.2 Periculosidade

²⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 134.

Se a culpabilidade é requisito essencial para a aplicação da pena, a periculosidade²⁸⁵ o é para a aplicação da medida de segurança.

Para Guilherme de Souza Nucci, a periculosidade “[...] significa um estado mais ou menos duradouro de anti-sociabilidade, em nível subjetivo. Quanto mais fatos considerados como crime o inimputável comete, mais demonstra sua anti-sociabilidade²⁸⁶.”

A periculosidade dos doentes mentais é definida como a probabilidade que estes apresentam de cometerem atos violentos e delituosos²⁸⁷. A legislação penal em torno da questão da loucura-criminosa se utiliza deste conceito, de forma explícita, para justificar o tipo de sanção penal que é aplicada aos doentes mentais²⁸⁸.

A inimputabilidade e a semi-imputabilidade (nos casos de necessidade de especial tratamento curativo) possuem ligação com a periculosidade do sujeito, sujeitando-o à medida de segurança pertinente ao caso.

Como foi visto, a doutrina majoritária entende que a periculosidade refere-se ao futuro, ou seja, é uma probabilidade de que novos crimes venham a ser cometidos pelo inimputável e, por isso, teria o objetivo de prevenir a ocorrência dessas novas ações delituosas.

Sobre ela, Luiz Regis Prado destaca que

[...] para a sua aferição implica um juízo naturalístico, um cálculo de probabilidade, que 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 sujeito (prognose criminal)²⁸⁹.

Para a averiguação da periculosidade, o perito tem um papel extremamente importante, uma vez que, suspeitada a existência de doença

²⁸⁵ A periculosidade pode ser real ou presumida. É real, quando reconhecida pelo próprio julgador, nos termos do parágrafo único da norma do art. 26 do CP; é presumida, quando afirmada pela própria lei, como no caso do *caput* da mesma norma.

²⁸⁶ NUCCI, 2006. p. 523.

²⁸⁷ Nesse sentido: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

²⁸⁸ Nesse sentido: DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. São Paulo: Renovar, 1991.

²⁸⁹ PRADO, 2006. p. 324.

mental, o juiz solicita o exame pericial para comprovação ou não da suspeita. É este último, contudo, quem, com a sua prerrogativa, toma a decisão final do caso, determinando ou não a internação compulsória, estabelecendo o tempo mínimo de sua duração e determinando a alta do paciente.

Ao médico, cabe apenas a realização das atividades periciais, para auxiliar o juiz em sua decisão, o qual pode não considerar as recomendações feitas pelo perito. Para que o doente entre neste processo, é necessário a existência de uma denúncia formal de um ato definido legalmente como crime. Trata-se de um procedimento rígido, no qual o médico tem baixo poder de interferência, não lhe sendo possível negar a internação, por ordem judicial, quando esta lhe parece desnecessário, e nem dar alta, quando esta lhe parece necessária. Cabe ao juiz os momentos de decisão.

Por outro lado, destaca Paulo José da Costa Junior que

[...] o juízo da periculosidade, que Garofalo chamava de temibilidade, lançando-se sobre o futuro e assentando-se em hipóteses, não pode conduzir a um grau de certeza jurídica. O julgador se assenta sobre as areias movediças dos indícios e das presunções [...] É um termo vago e recebendo significados exagerados²⁹⁰.

A norma do art. 97 do CP, em seu parágrafo segundo, estabelece que a cessação da periculosidade dar-se-á através de perícia médica, devendo a mesma ser realizada ao fim do prazo mínimo fixado e ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se assim determinar o juiz da execução. Pode, entretanto, o juiz da execução determinar, de ofício, a repetição do exame a qualquer tempo, desde que transcorrido o prazo mínimo. Permite-se, porém, uma exceção à determinação legal de que as medidas de segurança devem durar, no mínimo, um ano. Antes de escoado esse prazo, o exame poderá ser realizado mediante provocação do MP ou do interessado, seu procurador ou defensor, mas nunca de ofício pelo magistrado.

Outro ponto que merece destaque é a questão da permissão para a interveniência de um médico particular, no exame de verificação da cessação de periculosidade. Na verdade, a lei silencia sobre esse tema. Entendemos

²⁹⁰ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal comentado**. 8. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 300.

todavia que a participação de assistente técnico seria recomendável inclusive, para homenagear o princípio constitucional da ampla defesa, ainda mais com base no preceituado na norma do art. 43 da LEP²⁹¹.

Neste tópico em particular, Bruno de Moraes Ribeiro destaca que o exame deve ser remetido ao juiz, pela autoridade administrativa competente, em forma de minucioso relatório, instruído com laudo psiquiátrico, em virtude de ser o diagnóstico da periculosidade tarefa difícil e imprecisa. Daí a razão porque o exame só poderá ser realizado por médicos especializados, cujas conclusões deverão se basear em rigorosas provas, após detida ponderação²⁹².

Assim, se verificada a cessação da periculosidade, mediante laudo pericial específico, o juiz da execução determinará a revogação da medida de segurança, com a desinternação do agente em caráter provisório, aplicando, ao beneficiário, as condições próprias do livramento condicional, tudo conforme disposto na norma do art. 178 da LEP²⁹³, que remete às normas dos arts. 132²⁹⁴ e 133²⁹⁵ da mesma lei.

Dessa maneira, pode-se falar não em revogação, mas em suspensão da medida de segurança, uma vez que o liberado só terá efetivamente revogada a medida a que estava submetido, se durante um ano não praticar fato indicativo de persistência da periculosidade.

²⁹¹ A norma do art. 43 da LEP dispõe, *verbis*: “Art. 43. É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento. Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo juiz de execução”.

²⁹² RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Medida de segurança**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2000. p. 75-89.

²⁹³ A norma do art. 178 da LEP dispõe, *verbis*: “Art. 178. Nas hipóteses de desinternação ou de liberação (artigo 97, § 3º, do Código Penal), aplicar-se-á o disposto nos artigos 132 e 133 desta Lei”.

²⁹⁴ A norma do art. 132 da LEP dispõe, *verbis*: “Art. 132. Deferido o pedido, o juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento. § 1º. Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes: a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho; b) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; c) não mudar do território da comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste. § 2º. Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional entre outras obrigações, as seguintes: a) não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; b) recolher-se à habitação em hora fixada; c) não freqüentar determinados lugares”.

²⁹⁵ A norma do art. 133 da LEP dispõe, *verbis*: “Art. 133. Se for permitido ao liberado residir fora da comarca do Juízo da Execução, remeter-se-á cópia da sentença do livramento ao juízo do lugar para onde ele se houver transferido e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção”.

O simples não-comparecimento ou o descumprimento, pelo agente, das condições impostas não é algo suficiente para se restabelecer a medida de segurança. Geralmente, os pacientes que são autorizados pelo juiz da execução a saírem do estabelecimento segregador, logo após exibem melhora significativa em seu quadro mental. Na mesma senda, os pacientes que desfrutam de saídas terapêuticas regulares têm maior chance de sucesso na reinserção sócio familiar do que aqueles que não passam por esse processo.

Devemos clarificar que esses tipos de saídas pressupõem necessariamente avaliação e indicação, por parte da equipe responsável pelo atendimento ao paciente, e são encaminhados à Vara de Execuções Penais, cabendo sempre à decisão judicial a liberação ou não do paciente, sendo recomendável, todavia, que a mesma seja balizada no laudo pericial correspondente.

Legalmente, os exames de cessação de periculosidade são previstos na LEP, na norma do art. 26²⁹⁶. Devem ser realizados anualmente, em todos os pacientes que cumprem medida de segurança, sendo que o serviço de assistência social colaborará com o egresso para a obtenção de trabalho, conforme disposto na norma do art. 27 do mesmo diploma legal²⁹⁷.

A LEP ainda prescreve que, após a obtenção do benefício da alta, esta se torna condicional, isto é, a alta resta subordinada a acompanhamento ambulatorial compulsório, por um ano, tendo o paciente de comparecer ao ambulatório semanalmente, quinzenalmente ou mensalmente. Nesse período, se a família não souber administrar o paciente em sua residência ou se ele tiver piora do quadro clínico, ou, ainda, se ele cometer novo delito, deverá ser

²⁹⁶ A norma do art. 26 da LEP dispõe, verbis: “Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei: I - o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento; II- o liberado condicional, durante o período de prova”.

²⁹⁷ O STJ já decidiu, *verbis*: HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE. QUADRO DE SAÚDE DEBILITADO. ABANDONO FAMILIAR. IMPOSSIBILIDADE DO PACIENTE SE PROVER. ORDEM CONCEDIDA. 1. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a cessação da periculosidade, atestado por laudo médico, enseja a imediata desinternação do paciente do estabelecimento psiquiátrico. 2. Evidenciando-se que o paciente se encontra com mais de 64 anos, saúde debilitada e desprovido de qualquer apoio familiar, e que não teria, além, as mínimas condições de prover-se sozinho, é de ser deferida a liberação condicional a que alude o artigo 97, parágrafo 3º, do Código Penal, somente após obtida a assistência social e médica de que depende. 3. Ordem concedida. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 33909**. Ministro: Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Rio de Janeiro, 04 de agosto de 2008.

novamente internado compulsoriamente, até que seja feito novo laudo de cessação da periculosidade.

Dentre fatores que podem ser associados à reinternação do paciente, é possível destacar o pedido dos próprios familiares, em razão da dificuldade que esses possuem, ao lidar com esse paciente em seu meio, eis que, algumas vezes ele é retirado desse convívio por um longo período e a família acaba por se adaptar à sua ausência. Além disso, e conforme já se discorreu anteriormente, o estigma do paciente que cumpriu medida de segurança, aliado ao fato da problemática de funcionamento dos acompanhamentos ambulatoriais externos, acaba por favorecer a piora do quadro clínico e a sua reinternação em hospital de custódia.

4.3 A INTERNAÇÃO COMO MODALIDADE DE MEDIDA DE SEGURANÇA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Quando se fala em pena, fala-se, ao mesmo tempo, em privação do direito à liberdade do sujeito. No mesmo sentido, quando se fala em internação, como modalidade de medida de segurança, tal conceito de privação da liberdade deve ser mantido em sua íntegra.

O resultado final – e não o fim - da pena e da internação, como modalidade de medida de segurança, é o mesmo: a violação ao direito de liberdade.

A norma do art. 96, I do CP, ao estabelecer quais são as espécies de medida de segurança, informa que a internação se dará em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado.

Assim, sendo a medida de segurança do tipo detentivo, irá o réu cumpri-la em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, como é, por exemplo, o Instituto Psiquiátrico Forense (IPF), de Porto Alegre. Se for do tipo restritivo, terá caráter ambulatorial, prescindindo, portanto, de internação.

O hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, local em que devem ser feitas as internações, acabou por substituir os antigos manicômios judiciais

presentes na legislação de 1940. Diante da ausência de estabelecimentos do gênero, no entanto, acabou-se por recorrer à utilização dos antigos manicômios.

De acordo com a legislação acima mencionada, acaso o local não esteja adequadamente aparelhado, para prover assistência médica psiquiátrica, a mesma pode ser prestada em outro lugar, mediante autorização da direção do estabelecimento. É também assegurada a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado, a fim de que acompanhe o tratamento, tanto nos casos de internação, quanto nos de tratamento ambulatorial²⁹⁸.

Os hospitais de custódia destinam-se à custódia e tratamento de pacientes que cometeram delitos, em virtude de serem portadores de condutas anti-sociais, doenças mentais, desenvolvimento mental incompleto, dependência química, sendo, pois, considerados de alta periculosidade. Na prática, sua população é oriunda de delegacias, presídios e hospitais, internados por determinação judicial para tratamento e exames de sanidade mental, por peritos forenses.

Cabe ao juiz absolver o paciente da responsabilidade penal, aplicando-se como medida de segurança a internação, por um prazo variável de um a três anos, que só poderá ser cumprida em hospital que assegure a dupla função de custódia e tratamento, já que, por serem tais pacientes duplamente estigmatizados - pela doença e pelo delito cometido -, estarão sujeitos ao hospitalismo, ao abandono familiar e a inúmeros outros problemas, como a dificuldade para obter a aceitação da família, ou para a reintegração na sociedade.

Consoante já foi dito, esses hospitais devem manter um bom nível de relacionamento entre o médico, o paciente e a família.

A legislação brasileira considera não responsável o inimputável, que, do ponto de vista jurídico, é o indivíduo diagnosticado como doente mental. Nestes casos, eles não podem ser condenados à pena de detenção ou reclusão.

Através de laudo psiquiátrico devidamente fundamentado, eles acabam por receber um “suposto benefício” de serem encaminhados para a internação em hospitais de custódia e tratamento. São examinados por um profissional da

²⁹⁸ Nesse sentido: PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 524-539.

área de saúde mental, que determina o seu grau de periculosidade. O profissional expede um laudo de avaliação, cabendo, ao Juiz, fixar o tempo de tratamento a ser aplicado.

De forma pragmática, o tratamento se converte em pena e se transforma, em muitos casos, numa espécie de prisão perpétua.

A permanência da pessoa sujeita ao cumprimento de medida de segurança ocorre em local destinado apenas como “fachada” à execução da medida, visto que o sistema público de saúde é praticamente desprovido de estrutura de pessoal especializado. O fim passa ao largo da reinserção social, traduzindo-se como um regime penitenciário equivalente ao do cumprimento de pena privativa de liberdade, todavia em estabelecimento totalmente inapropriado.

O sistema prisional de execução de medida de segurança é utópico. Na verdade, é impossível se falar em tratamento adequado, sem a coleta de dados próprios, de uma correta observação criminológica, os quais devem envolver informe jurídico-penal, o exame morfológico, o exame clínico, o exame neurológico, exame eletroencefalográfico, o exame psicológico, exame psíquico e o exame social²⁹⁹.

A desestrutura do sistema é visível. Não há pessoal especializado para o trato com pessoas sujeitas à internação. O sistema promoveu uma verdadeira troca de rotulagem (de pena, para medida de segurança), onde o caráter terapêutico e ressocializador da medida ficam no plano programático. O internado recebe o mesmo tratamento que o delinqüente imputável, embora com denominação formalmente diversa, numa tradução significativa do desinteresse estatal, na escorregada execução da medida de segurança.

Existe, de fato, um “pseudo-tratamento”, intensivo e individualizado, numa verdadeira afronta à Justiça, mais especificamente ao direito de liberdade da pessoa humana. Assim, “[...] sem a indispensável equipe

²⁹⁹ ROSSETTI, Janora Rocha; ALVIM, Rui Carlos Machado. **Das medidas de segurança:** Jurisprudências. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1994. p. 427-430.

interdisciplinar e sem o necessário acompanhamento judicial, as medidas de segurança tornam-se, em mero “meio de neutralização e marginalização”.³⁰⁰

Como menciona Frederico Marques, no limiar do Terceiro Milênio, em plena era da cibernética, dos avanços da tecnologia e da conquista espacial, não se pode admitir tanta ilegalidade e imoralidade. Ele refere como inconcebível o tratamento desumano e medieval, a que são submetidos os doentes mentais recolhidos na mais absoluta indignidade, longe dos olhos da sociedade, esquecidos em celas comuns, alguns em inegável prisão perpétua, lá estando presos já há mais de uma década³⁰¹.

Com fulcro nas normas dos art. 23, II³⁰² e 24, XIV³⁰³, ambos da CF, o legislador brasileiro editou também a Lei nº. 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), instituindo a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplinando a atuação do MP e definindo crimes. Pela letra da referida legislação, há a prioridade, pelos órgãos da Administração Pública, ao apoio e integração social das pessoas portadoras de deficiência, inclusive com a criação de uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação das mesmas.

Denota-se, pois, que a pessoa portadora de deficiência mental – leia-se inimputável - deve receber tratamento prioritário por todos os órgãos da Administração Pública. Por seu turno, pelos princípios legais, a medida de internação, aplicada ao doente mental, deverá ser executada em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado. Em hipótese alguma, a LEP autoriza a execução da internação em penitenciária.

O fim da internação em hospital de custódia é a recuperação do internado, com fins de ulterior reinserção do mesmo à sociedade e ao seio de sua família. Para tanto, urge a necessidade de eficaz tratamento

³⁰⁰ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millenium, 1999. p. 240-292.

³⁰¹ MARQUES, 1999. p. 240-292.

³⁰² A norma do art. 23, II da CF estabelece: Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

³⁰³ A norma do art. 24, XIV da CF estabelece: art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

psicoterapêutico, tratamento esse que praticamente inexistente na rede pública de saúde.

[...] O Estado Democrático de Direito elenca como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988). Portanto, o homem deve ser a medida primeira para a tutela do Estado, alcançando ainda maior destaque no Direito Penal onde o condenado será encarado como sujeito de direitos e deverá manter todos os seus direitos fundamentais que não forem lesados pela perda da liberdade em caso de pena privativa. Note-se que a pena é privativa da liberdade, e não da dignidade, respeito e outros direitos inerentes à pessoa humana. No mesmo sentido dispõe a Constituição Italiana em seu art. 27, n. 2, que a pena não pode consistir em tratamento contrário ao senso da humanidade, assim como a medida de segurança³⁰⁴.

Existem hospitais de custódia e tratamento que podem ser comparados a verdadeiros campos de concentração, onde milhares de pessoas são confinadas e afastadas definitivamente do convívio social, sem o benefício de qualquer tipo de tratamento. Nesses ambientes, impera a violência, o abandono e o descaso das autoridades.

Não raras vezes, o próprio Judiciário contribui sobremaneira para este estado de coisas, acabando por concorrer para que essas medidas de segurança não tenham a sua revisão executada nos prazos previstos. Assim,

[...] a ausência da revisão das medidas de segurança, que é um direito dos internos, coloca-se como uma exigência fundamental. Em vários casos, constatados na prática, boa parte deste internos já haviam cumprido o período da medida de segurança e não foram alvo da revisão, à vezes por negligência judiciária, por falta de recursos técnicos ou por pressão de pessoas interessadas em perpetuar aquela situação. Medida de segurança não pode ser prisão perpétua. Deve-se lutar pela imediata revisão dos processos de todos os internos dos manicômios judiciários³⁰⁵.

³⁰⁴ ALVES, Lindgren. **Os Direitos Humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994. p. 4-7.

³⁰⁵ AMARANTE, Paulo. **Asilos, Alienados e Alienistas**: uma pequena história da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994. p. 73-84.

Como bem afirma Rômulo Andreucci,

[...] as sabidas deficiências do sistema prisional agravam-se nos manicômios judiciários, sendo que a suposta função de tratamento é meramente evocada como meio de justificar essa cruel exclusão. As condições físicas são de abandono e a ausência de recursos humanos técnicos é grave. As condições destes estabelecimentos conseguem fazer destas instituições a pior das prisões e o pior dos hospícios, com exclusão social e radical³⁰⁶.

Para Jorge Birman, evidentemente,

[...] a justiça não é cega, mas algumas vezes, é imperfeita. Muita gente que é louca vai parar na cadeia comum, e acaba solta depois de um certo tempo, como aconteceu com o Bandido da Luz Vermelha. Outros não são insanamente violentos, mas vão parar no manicômio judiciário e lá ficam esquecidos do mundo. Como consequência de erros como esses, e dos abusos rompantes contra os direitos humanos que prevaleciam, e ainda prevalecem, em muitos hospitais psiquiátricos, que mantêm seus pacientes em condições sub-humanas, houve um movimento antipsiquiátrico muito importante no passado, o que levou a uma mudança significativa nos critérios de internamento de psicopatas. Como resultado desse movimento, dezenas de milhares de casos irrecuperáveis foram jogados nas ruas, à sua própria sorte, num dos episódios mais estarrecedores da história moderna da medicina. Uma parcela considerável dos loucos de rua e andarilhos que vagam por aí saíram dessa multidão de desassistidos e sem esperança. Sabe-se que os manicômios judiciários são depósitos de indesejáveis, e os loucos a parte mais frágil desse sistema³⁰⁷.

Complementa Bruno Ribeiro, ao discorrer que

³⁰⁶ ANDREUCCI, Rômulo A. **Manicômio Judiciário e medidas de segurança alternativas**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1981. p. 53-61.

³⁰⁷ BIRMAN, Jorge. **A psiquiatria como discurso da moralidade**. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. 112-127.

[...] os manicômios judiciais são casas de abandono e violência, os pacientes não são tratados, aliás não são sequer concebidos como pacientes. Ficam trancafiados em celas imundas e fétidas, a maioria deles completamente isolados. De acordo com relatos de funcionários de um manicômio judicial do Estado do Amazonas, os pavilhões onde estão amontoados os internos são prédios inabitáveis, lúgubres e pestilentos. Em muitas celas, os internos convivem com seus próprios dejetos, a maioria deles é obrigada a dormir no chão, os banheiros são imundos e em alguns não há sequer água. A cada corredor, portas e mais portas, todas chaveadas. Cada novo espaço, cada movimento e novas chaves. Vê-se, na verdade, a prevalência de um concepção bastante comum ainda segundo a qual os pacientes devem ser, sobretudo, vigiados. O que espera-se deles, antes de tudo, é a sujeição, que tomem seus remédios, que estejam calmos, que permaneçam em seus leitos e nos espaços que lhes foram reservados³⁰⁸.

Na mesma linha adotada pela doutrina brasileira, o STJ afirma que

[...] não pode o interno ficar recolhido à prisão comum, sem um mínimo de assistência médica e em ambiente inadequado. Dessa forma, vemos que a realidade se mostra muito distante do que consta nas legislações, ficando os direitos dos internos relegados a segundo plano. Há que se prezar pela dignidade e respeito aos direitos humanos, em especial dos internos, que cometeram ato infracional, os quais em razão de distúrbios mentais não têm condições de perceber o explícito vilipêndio à sua própria dignidade humana³⁰⁹.

A lei não define o que seja “estabelecimento adequado”. Todavia, deixa a entender que o internado tem direito de ser recolhido em estabelecimento dotado de características hospitalares, conforme a norma do art. 99 do CP³¹⁰. Ocorre que, ironicamente, por apresentarem “características hospitalares”, os manicômios judiciais têm sido considerados “estabelecimentos adequados” para a internação. O Brasil, do ponto de vista da saúde pública, não está

³⁰⁸ RIBEIRO, 2000. p. 75-89.

³⁰⁹ MOURA, Luiz. A Imputabilidade, Semi-imputabilidade e Inimputabilidade. São Paulo: Edusp, 1996. p. 85-109.

³¹⁰ A norma do art. 99 do CP estabelece: Art. 99. O internado será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento

preparado para lidar com o doente mental internado. Não há a piedade da espera, até que nosso sistema penal possa lidar com tal tipo de pessoa.

A LEP, na norma do art. 3º, impõe que, ao condenado e ao internado, serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença. Evocável, ainda, é o disposto nos artigos 41³¹¹, 42³¹², 99³¹³ a 101³¹⁴, todos da LEP.

É desconfortável comparar-se a redação do artigo 41, que estabelece os direitos do preso, com a realidade carcerária do Brasil. Ao mesmo tempo que a lei impõe cela individual e higiênica, constata-se que, na prática, os presídios não passam de meros depósitos de homens acuados, onde se disputa não só metros, mas centímetros quadrados de chão.

A internação, como modalidade de medida de segurança, pressupõe um requisito básico: a possibilidade do inimputável de ser tratado. Ocorre que a rede pública não oferece essa possibilidade, gerando verdadeira privação da liberdade, sem nenhum resultado positivo, para o sujeito submetido à medida de internação.

A seguir, apresenta-se a análise do tipo de cárcere privado, cotejando-o com a capacidade e autonomia de indivíduos sujeitos à medida de segurança na modalidade de internação.

³¹¹ A norma do art. 41 da LEP estabelece: Art. 41. Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - previdência social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivador do diretor do estabelecimento.

³¹² A norma do art. 42 da LEP estabelece: Art. 42. Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção.

³¹³ A norma do art. 99 da LEP estabelece: Art. 99. O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal.

³¹⁴ A norma do art. 101 da LEP estabelece: Art. 101. O tratamento ambulatorial, previsto no art. 97, segunda parte, do Código Penal, será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada.

4.4 CÁRCERE PRIVADO

A norma do art. 148 do CP³¹⁵ tutela a liberdade física individual de locomoção, de modo que se liga diretamente à norma do art. 5º, XV, da CF³¹⁶. Assim, aquele que priva a liberdade de ir e vir de outrem, mediante seqüestro ou cárcere privado, sofrerá pena prevista no tipo penal mencionado³¹⁷.

Para Isaiah Berlin,

[...] a liberdade de locomoção, assim impropriamente chamada, pois é o direito de ir, vir e também de ficar – jus manendi, ambulandi, eundi ultro citronque -, é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para o outro, ou em permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça³¹⁸.

O seqüestro consiste, na verdade, em privar uma pessoa de sua própria liberdade, ao passo que o cárcere privado é o confinamento de um sujeito, em um cômodo isolado particular. Com efeito, o CP equipara as duas modalidades, sendo que ambos os crimes podem se dar por comissão, no caso de detenção do sujeito, ou por omissão, quando se retém o sujeito.

³¹⁵ A norma do art. 148 do CP estabelece, *verbis*: Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 1º. A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos: I - se a vítima é ascendente, descendente ou cônjuge do agente; II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital; III - se a privação da liberdade dura mais de 15 (quinze) dias. § 2º. Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

³¹⁶ A norma do art. 5º, XV da CF estabelece, *verbis*: Art. 5º, XV - É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

³¹⁷ O ECA estabelece dois tipos penais especiais para o delito em questão. Encontram-se previstos, nas normas dos arts. 230 e 234, que estabelecem: "Privar a criança ou o adolescente de sua liberdade, procedendo à sua apreensão sem estar em flagrante de ato infracional ou inexistindo ordem escrita da autoridade judiciária competente: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que procede à apreensão sem observância das formalidades legais. Art. 234. Deixar a autoridade competente, sem justa causa, de ordenar a imediata liberação da criança ou adolescente, tão logo tenha conhecimento da ilegalidade da apreensão: Pena - detenção de seis meses a dois anos".

³¹⁸ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução: Humberto Hudson Ferreira. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981. p. 136.

O sujeito dos crimes de seqüestro e cárcere privado é comum. Se praticado por funcionário público, por exemplo, caracterizar-se-á, em tese, o cometimento do crime de abuso de autoridade. O sujeito passivo, assim como o ativo, também pode ser qualquer pessoa, sem nenhuma restrição, incluindo, dentre esse rol, os doentes mentais.

Tratam-se de crimes permanentes, que se perduram no tempo, cuja consumação se dá com a mera privação da liberdade (crime material). O exaurimento se dá no mesmo momento da consumação, diferentemente do crime de extorsão mediante seqüestro (crime formal), que se dá em momentos diferentes, na medida em que somente em eventual recebimento de valor ou objeto que represente pecúnia por parte do sujeito ativo é que se desencadeará o exaurimento.

Para Nelson Hungria, são elementos essenciais do crime de cárcere privado “[...] a detenção ou retenção de alguém em determinado lugar; o dissentimento, explícito ou implícito do sujeito passivo; a ilegitimidade de retenção ou detenção e o dolo³¹⁹.”

Evidente que pessoas paralíticas, estropiadas e com doenças graves também se enquadram como sujeitos passivos de tal crime, mesmo que, aparentemente, a sua liberdade de ir e vir esteja afastada da tutela jurisdicional.

Ainda o jurista Nelson Hungria apresenta posição antagônica, diversa da proposta por Von Liszt, para quem, nos casos acima mencionados, o crime de cárcere teria como fundamento a liberdade de locomoção. O jurista brasileiro entende que a liberdade de locomoção não é somente aquela liberdade de mover-se por si mesmo, mas também o de fazer-se mover ou poder ser movido por outra pessoa³²⁰.

Ressalte-se, ainda, que sujeitos que não detêm capacidade de compreensão ou entendimento são tidos como sujeitos passivos do crime, como, por exemplo, crianças, embriagados inconscientes, pessoas que dormem em estado de torpor e os enfermos mentais.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) já decidiu sobre o tema: “Sujeito passivo do delito de cárcere privado é todo aquele que sofre

³¹⁹ HUNGRIA; FRAGOSO, 1978. p. 192.

³²⁰ Nesse sentido: HUNGRIA, 1959. p. 193.

privação de sua liberdade. Inclusive a criança. E o delito se consuma ainda que a vítima seja restituída do local do cárcere pelo acusado, por se tratar de crime permanente³²¹.”

No mesmo contexto, Nelson Hungria prescreve que pode

[...] replicar-se, com vantagem, que, ao proteger a liberdade física do indivíduo, a lei não leva em conta o grau de sua maturidade ou saúde mental e, quando se segrega uma pessoa, mesmo a *son insu*, tirando-lhe a possibilidade de ser ajudada ou socorrida por outrem, não há de se negar que está sendo privada ou restringida na sua liberdade pessoal³²².

Para Alberto Silva Franco e Rui Stocco,

[...] a ação consiste em privar alguém de sua liberdade física ou de locomoção, vale dizer, despojar, impedir o exercício do direito de se mover no espaço, não se exigindo uma privação absoluta total [...]. Pode se comissiva ou omissiva, compreendendo, assim, tanto o que seqüestra como o que encarcera, impedindo a locomoção, como o que omite a restituição à liberdade, por exemplo, do enfermo mental que recuperou a saúde³²³.

O tipo omissivo, na visão de Hungria, é claro na medida em que “[...] se *deixa de pôr em liberdade um louco restabelecido*³²⁴.”

Os meios de se manter um sujeito em cárcere privado são diversos. Engloba-se desde o uso de narcóticos induzidos até a violência propriamente dita. O que deve ficar presente é que o ato, para fins de tipicidade, deve necessariamente tolher, mediante cárcere privado, a liberdade de movimento.

Vê-se que, neste delito, não se questiona a capacidade do sujeito passivo. A sua autonomia gerencial dos próprios atos da vida em sociedade não é questionada, para a consumação do delito. O bem jurídico protegido é a

³²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível**. Relator: Desembargador Gonçalves Sobrinho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 560, p. 307, 2001.

³²² HUNGRIA, 1959. p. 193.

³²³ FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 2366.

³²⁴ HUNGRIA, 1959. p. 194.

liberdade, sendo que essa é atributo de todos, independente se sujeitos autônomos ou não.

O dolo, no crime de cárcere privado, é elemento subjetivo essencial. Deve-se ter, de uma certa forma, consciência da ilicitude do fato, todavia não requerendo dolo específico para a consumação.

Destaque-se que a internação de um sujeito em hospital psiquiátrico, de forma indevida é a maior tradução da má-fé e maldade humanas. Conforme diz Cezar Bitencourt, “[...] é indiferente que a internação ocorra em casa de saúde ou em hospital, pois não é a natureza do local que agrava o crime, mas sua destinação de cura e tratamento³²⁵.”

O que deve ficar claro é que a punibilidade é extinta, por total ausência de dolo, se o sujeito ativo, pensava que o sujeito passivo efetivamente necessitava de tratamento em hospital psiquiátrico.

Conforme ensinamento de Magalhães Noronha,

[...] a internação em casa de saúde ou em hospital é prescrição que se avizinha da do Código Penal Suíço, art. 182, nº. 2, segunda parte, mais ampla, já que esse se limita à internação por doença mental. Vê a lei no fato maior periculosidade do agente, revelada na fraude empregada, pois difícil seria a consecução sem artifício ou ardil³²⁶.

É importante mencionar que o crime de cárcere privado praticado, mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital, o qualifica, conforme estabelecido na norma do art. 148, parágrafo primeiro, II, do CP³²⁷.

³²⁵ BITENCOURT, 2001. p. 446.

³²⁶ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 165.

³²⁷ O TJRS já decidiu, recentemente, a respeito da matéria: APELAÇÃO-CRIME. SEQÜESTRO E CÁRCERE PRIVADO DUPLAMENTE QUALIFICADO. VÍTIMA MAIOR DE SESSENTA ANOS E CRIME PRATICADO MEDIANTE INTERNAÇÃO EM CASA DE SAÚDE. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO VISANDO ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. A existência do fato restou demonstrada por meio das comunicações de ocorrência policial e dos documentos juntados ao feito, assim como pela prova oral colhida. Quanto à autoria, outrossim, é inequívoca. Dois dos denunciados a sobrinha da vítima e seu convivente, em acordo de vontades com a irmã do ofendido mãe de sua referida sobrinha, entraram em contato com um médico psiquiatra, e apesar de possuírem ciência da boa saúde mental da vítima a qual restou incontestavelmente comprovada mediante os dois laudos psiquiátricos juntados ao feito, sendo um destes inclusive de lavra do departamento médico judiciário relataram-lhe, dolosamente, com o intuito de forçar sua internação involuntária, que o ofendido estava com comportamento diferente do habitual,

O médico ou diretor de hospital que consente na internação criminosa responde pelo crime como co-autor³²⁸.

Além do questionamento criminal, o médico que eventualmente for chamado a responder por uma internação involuntária, efetivada em desobediência aos ditames legais, estará sujeito a defender-se perante o Conselho Regional de Medicina (CRM), posto que a conduta pode configurar infração a diversos artigos do CEM, ensejando punição ético-disciplinar.

Ademais, conforme preceitua a norma do art. 42³²⁹ do CEM, é expressamente vedada ao médico a prática de atos proibidos por lei, sendo-lhe

portando-se de modo agressivo e inconveniente. Neste contexto, foi determinada a remoção do suposto paciente, de sua cidade para a Clínica Pinel, que fora realizada de modo clandestino, visto que o médico particular da vítima, que lhe tratava há vinte anos, bem como os demais familiares, não foram comunicados acerca da aludida internação, que foi descoberta por mero acaso, em razão da suspeita de uma familiar que, para a sorte do ofendido, esteve em sua propriedade pouco após seu internamento e desconfiou da estória que uma das denunciadas irmã da vítima lhe contou acerca de sua ausência naquele momento, assegurando que seu irmão estava internado em face de problemas de saúde. Após investigações os outros familiares (excluídos os imputados) descobriram que o ofendido havia sido internado contra sua vontade no citado manicômio, resgatando-lhe. Desse modo, é impositiva a manutenção da condenação proferida em primeiro grau. APENAMENTO. CONCESSÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PARA UM DOS CONDENADOS. Com relação ao condenado que teve a permuta de sua sanção prisional denegada, de acordo com sua certidão de antecedentes criminais mais recente juntada ao feito, sequer ostenta condenação provisória, respondendo apenas a dois processos, sendo que no primeiro, verificando o acompanhamento processual disponibilizado no site deste Egrégio Tribunal, extraio que já fora prolatada sentença absolutória, sendo baixado o feito, e no segundo, trata-se de crime de ameaça, de baixo potencial ofensivo, além de ter ocorrido após o fato *sub judice*, cuja vítima possui iniciais semelhantes a de um dos familiares do ofendido, que relatou ter sido ameaçado. Desse modo, julgo não haver óbice para a permuta do castigo carcerário, razão pela qual a realize nos termos em que operada para os demais condenados. DECLARADA, DE OFÍCIO, EXTINTA A PUNIBILIDADE DE UMA DAS CONDENADAS. Levando em consideração a pena concretizada para uma das apelantes dois anos de reclusão, o prazo prescricional é de quatro anos, conforme dispõe o art. 109, inc. V, do Código Penal. Ocorre que na época da sentença aquela era maior de setenta anos, razão pela qual, nos termos do art. 115, in fine, da Lei Penal, o prazo prescricional é reduzido pela metade restando em dois anos. Assim, tendo em vista que a denúncia foi recebida 05/10/2005, e a sentença publicada dia 11/10/2007, verifico que o lapso temporal necessário fora superado, ocorrendo a referida causa de extinção da punibilidade. Apelo defensivo parcialmente provido. De ofício declarada extinta a punibilidade de uma das recorrentes. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70023119845**. Primeira Câmara Criminal. Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Julgado em 30 de abril de 2008.

³²⁸ Nesse sentido: COSTA JUNIOR, 2005. p. 452.

³²⁹ A norma do art. 42 do CEM dispõe: Art. 42. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação do País.

proibido limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre o seu bem-estar, conforme preceituado na norma do art. 48³³⁰.

Ao exercer sua profissão, em instituições nas quais o paciente esteja recolhido independentemente de sua vontade, o médico não poderá desrespeitar-lhe o interesse e a integridade, conforme reza a norma do art. 53³³¹ do mesmo Código.

Pode se dar, entretanto, a presença de duas qualificadoras, ao mesmo tempo. Neste caso, segundo lição de Guilherme Nucci, “[...] *a segunda passa a valer como circunstância legal (agravante), se houver, ou como circunstância judicial (art. 59, CP)*³³².”

Se, todavia, esse alguém consentiu no encarceramento, para submeter-se a um tratamento psiquiátrico, o fato não será um ilícito penal, pois a ilicitude se exclui pelo consentimento do ofendido.

Existe a possibilidade, inclusive, de quem já estiver detido se tornar sujeito passivo de tal delito, como, por exemplo, no caso de uma pessoa que esteja cumprindo medida de segurança. Apesar de estar detida, pode a mesma passar a sofrer alguma espécie de restrição, quanto à sua liberdade do local onde cumpre a medida, visto que sofreria uma limitação maior de sua liberdade dentro de um ambiente já limitador da própria liberdade.

Passa-se, agora, a analisar o tipo de constrangimento ilegal, cotejando-o com a capacidade e autonomia de indivíduos sujeitos, à medida de segurança na modalidade de internação.

4.5 CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Assim como o seqüestro e o cárcere privado, o bem jurídico protegido na tipificação do crime de constrangimento ilegal é a liberdade individual. Tal tipo penal está previsto na norma do art. 146 do CP³³³.

³³⁰ A norma do art. 48 do CEM dispõe que é vedado ao médico: Art. 48. Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar.

³³¹ A norma do art. 53 do CEM dispõe que é vedado ao médico: Art. 53. Desrespeitar o interesse e a integridade de paciente, ao exercer a profissão em qualquer instituição na qual o mesmo esteja recolhido independentemente da própria vontade.

³³² NUCCI, 2006. p. 638.

³³³ A norma do art. 146 do CP estabelece, *verbis*: “Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a

Sob o ponto de vista histórico, e valendo-se dos ensinamento de Luiz Régis Prado,

[...] no Brasil, o Código Criminal do Império (1830) consignava o constrangimento entre os crimes contra a liberdade individual (Parte III, Título I). O Código Penal de 1890, a seu turno, inseriu-o entre os crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais (Título IV), mais precisamente no Capítulo relativo aos crimes contra a liberdade pessoal (Capítulo II. Foi, porém, o Projeto Sá Pereira o pioneiro no emprego do nomen iures “constrangimento ilegal”, inculcando esse delito em seu art. 223. O Código Penal atual (1940) disciplinou o constrangimento ilegal entre os crimes contra a pessoa, no Capítulo concernente aos crimes contra a liberdade individual³³⁴.

Tal delito possui ligação umbilical com o Princípio da Legalidade ou da reserva legal, que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei, consoante disposto na norma do art. 5º, II, da CF.

Veja-se que o verbo nuclear do tipo é “constranger”, ou seja, se traduz no ato se de constranger alguma pessoa a fazer ou deixar de fazer determinada coisa. O constrangimento legal não é lido como um ilícito penal, no ordenamento, até porque existem constrangimentos permitidos no próprio texto da norma do art. 146 do CP, em especial, em seu parágrafo terceiro, que determina as hipóteses de atipicidade da conduta, enumerando os casos de forma taxativa em seus incisos.

Aníbal Bruno bem conceitua tal delito, ao afirmar que

[...] o núcleo da ação está em violentar a vontade outro, em submeter ao querer do coator a sua capacidade resolver, decidir e transpor essa decisão em comportamento no meio

capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Aumento de pena. § 1º. As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas. § 2º. Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência. § 3º. Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu responsável legal, se justificada por iminente perigo de vida; I - a coação exercida para impedir suicídio”.

³³⁴ PRADO, 2006. p. 298.

exterior. É um atuar deliberadamente encaminhando a um fim específico, que é a ação ou omissão a que a vítima é levada, uma vez cedendo à compulsão que sobre ela se exercita³³⁵.

Sua consumação se dá quando o sujeito passivo é coagido a fazer o que não deseja, ou quando deixa de fazer o que quer, sendo, pois, um crime material. Se o coator tem por finalidade a defesa de direito próprio, acaba seu ato se enquadrando com o delito do exercício arbitrário das próprias razões, na forma da norma do art. 345 do CP³³⁶.

A pena em abstrato pode ser de três meses a um ano alternativamente à de multa; portanto, via de regra, inexistente a cumulação de penas. Qualifica o crime, contudo, quando, na sua execução, houver participação direta de quatro ou mais pessoas, ou o emprego de armas próprias ou impróprias³³⁷, conforme disposto no parágrafo primeiro da norma do art. 146 do CP.

Logo, a intervenção médica ou cirúrgica, não será considerada típica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se a mesma se justificar por iminente perigo de vida. O mesmo ocorre com a coação exercida para impedir suicídio, desde que haja perigo real de morte. Tais hipóteses são corolários do próprio direito à vida, na medida em que as atitudes previstas nos incisos do parágrafo terceiro denotam-se como verdadeiras excludentes de tipicidade, na modalidade de estado de necessidade.

É importante notarmos que o sujeito passivo no crime de constrangimento ilegal não é comum, como o é quando do crime de cárcere privado, já analisado em item específico do presente trabalho.

Com efeito, para que efetivamente ocorra o constrangimento referido no CP, é necessário que a coação imposta pelo sujeito ativo seja irresistível e inevitável. Isso parece decorrer, de forma lógica, na medida em que quando o coator compelir outrem a praticar crime, sendo a violência empregada

³³⁵ BRUNO, 1959. p. 338.

³³⁶ A norma do art. 345 do CP estabelece: “Art. 345 – Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de 15 dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência”.

³³⁷ “HUNGRIA aponta que as armas às quais o § 1º se refere, são todos aqueles objetos que podem ser usados para a defesa e para o ataque por uma pessoa” GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. Niterói: Editora Impetus, 2005. v. 2. p. 574.

irresistível ou inevitável, o coagido não irá responder por crime algum, haja vista que não teve vontade alguma de praticar o delito. Tratar-se-ia de uma espécie de “autoria mediata”, onde restaria configurado concurso material entre o constrangimento e o crime que vier a ser praticado.

É importante destacar duas questões atinentes ao crime de constrangimento ilegal, fazendo uma co-relação com a questão da capacidade do indivíduo. Para tanto, duas situações se prestam para análise de tal ponto: a primeira relacionada aos menores incapazes e a segunda relacionada aos doentes mentais.

Com relação aos menores, deve-se buscar guarida nos preceitos contidos no ECA, em especial na norma do art. 232³³⁸, que reza é conduta delitiva submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou constrangimento. Deve-se lembrar, todavia, que causa especificadora da norma em questão só valerá se a criança ou o adolescente estiver sob autoridade, guarda ou vigilância do agente. Fora dessas hipóteses, incidirá o sujeito ativo do crime às penalidades da norma do art. 146 do CP.

Se o sujeito passivo do crime de constrangimento ilegal for doente mental, deverá ser verificado se o sujeito detém capacidade de entender o caráter ilícito do fato, de determinar-se de acordo com esse entendimento e de ter totais condições de controle sobre a sua vontade.

A título elucidativo, é causa prescindível para o cometimento do crime em questão, se o sujeito passivo não detiver capacidade de auto-exercício de sua liberdade de ir e vir, como no caso dos deficientes visuais e paráliticos. O estado de doença mental do sujeito passivo, todavia, é determinante específica para a consumação do crime de constrangimento ilegal.

Assim, se a conduta típica consiste em constranger alguém, de forma ilegítima, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda, violentando, com isso, a vontade alheia, submetendo o coato às ordens do coator, devem-se questionar se quem não pode exprimir sua vontade, no sentido de não ter capacidade de se autodeterminar, pode ser sujeito passivo do crime de constrangimento ilegal, ou seja, se o sujeito passivo pode ter sua

³³⁸ A norma do art. 232 do ECA estabelece: “Art. 232 – Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou constrangimento: Pena – detenção de 6 meses a dois anos”.

vontade violada ou se o coato tem discernimento, ao se submeter às ordens do coator.

Referida autodeterminação pode se dar de forma psíquica ou física. Já foi mencionado que a autodeterminação física não é determinante para a não consumação do crime de constrangimento ilegal. A partir de agora, analisar-se-á se a autodeterminação psíquica é determinante para a consumação do referido crime.

A autodeterminação psíquica possui relação direta com a autonomia do sujeito passivo do crime de constrangimento ilegal, ou seja, se ele tem capacidade de, efetivamente, emitir vontades, no sentido que o tornem sujeito passivo do crime propriamente dito. Sem tal autonomia volitiva, o crime de constrangimento ilegal não restaria configurado, na medida em que o sujeito não deterá capacidade de entender o caráter ilícito do fato, tampouco de determinar-se, de acordo com esse entendimento e de ter totais condições de controle sobre a sua vontade.

A abordagem fenomenológica dos atos de vontade, bem como dos instintivos e impulsivos, propostos por Karl Jaspers, pode nos ajudar numa compreensão mais simples de tal situação.

Segundo o autor, os atos de vontade ocorrem com representações conscientes do fim e o devido conhecimento dos meios e das conseqüências, explicando que somente quando se vivencia, de alguma maneira, a escolha e uma decisão, é que falamos de vontade, de ações do arbítrio. À falta dessas vivências, quando, ao invés, os instintos se põem em movimento, sem obstáculos nem atos de vontade, falamos em ação instintiva. Se, neste caso, estiver no segundo plano uma possível vontade, tem-se o sentimento de ser impelido e dominado; se faltar este segundo plano, produz-se um processo biológico automático, sem vontade. Fala-se em ações impulsivas, caso os fenômenos não sejam, não possam ser contidos, controlados. Denominam-se anormais, caso não haja, para nossa empatia, nenhuma possibilidade de compreensão, mediante a qual possam ser reprimidos. São freqüentes em psicoses agudas, em obnubilações da consciência e estados indiferenciados de desenvolvimento³³⁹.

³³⁹ JASPERS, Karl. **Psicopatologia Geral**. Rio de Janeiro: Livraria Atheneu, 1987. v. 1. p. 142-143.

Denota-se que este tipo de noção é de fundamental importância, visto que corresponde a uma espécie de tradução dos principais conceitos e fenômenos psicológicos relacionados ao livre-arbítrio, envolvendo, por consequência lógica, a capacidade de compreender ou não determinado ato.

A análise do processo psíquico, volitivo e intelectual do sujeito passivo do crime de constrangimento ilegal é resultante da interação de todas as funções mentais, na sua relação com o mundo externo. O entendimento e análise das perturbações que podem ocorrer, neste âmbito, são de fundamental importância para a verificação da premissa básica da capacidade do sujeito.

Se o sujeito é desprovido de capacidade, em virtude de doença mental, parece que não ocorreria, em tese, tal delito. Na hipótese de um doente mental, sem condições de expressar atos de vontade própria, ser internado, sendo tal internação feita em desconformidade com as leis postas, o sujeito ativo de tal internação responderia pelo delito de cárcere privado, mas não de constrangimento ilegal, na medida em que o sujeito passivo não teria condições de ser constrangido, exatamente por lhe faltar capacidade para tanto.

Por outro lado, se o paciente já cumpriu todo o lapso da medida de segurança, imposta pela sentença judicial, cessando, com isso, sua periculosidade e, mesmo assim, ficar enclausurado em estabelecimento hospitalar, caracterizar-se-ia o crime de constrangimento ilegal³⁴⁰.

Ainda sob um outro prisma, deve-se ressaltar que se o paciente, depois de já se encontrar internado, tiver tido seu processo suspenso para ser submetido a novo exame de insanidade mental e ficar enclausurado por tempo desarrazoado, sem o Estado, na figura do Poder Judiciário, julgar o processo

³⁴⁰ O STJ já decidiu nesse sentido: CRIMINAL – HC – MEDIDA DE SEGURANÇA – PACIENTE QUE JÁ CUMPRIU O PERÍODO DETERMINADO PELA SENTENÇA MONOCRÁTICA – EXAME DE SANIDADE MENTAL – CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE EVIDENCIADA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA – Evidenciado que o paciente já cumpriu o lapso da medida de segurança determinado pela Sentença monocrática e considerando a cessação de periculosidade atestada pelo laudo de exame de sanidade mental, tem-se a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal na manutenção da internação do paciente. Ordem concedida para, face a extinção do feito, determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, com a ressalva de que os autos devem ser baixados para que o Juiz da Vara de Execuções Penais decida a respeito do tratamento ambulatorial indicado no exame de sanidade mental. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 17085**. Rio de Janeiro. 5ª Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em 08 de outubro de 2001.

no qual é parte, também se caracterizaria, na espécie, o crime de constrangimento ilegal em seu favor³⁴¹.

4.6 RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO

Para Genival Franca, a responsabilidade do médico para com a coletividade sempre existiu, pelo seu papel transcendente e grave, e a medicina não pode ser comparada a nenhuma outra profissão, pois ninguém tem nas mãos, ao mesmo tempo, a vida e a honra das pessoas³⁴².

O profissional da saúde, na sua nobre missão de prevenir, aliviar, tratar e curar o enfermo, está no centro das atividades preservadoras da própria vida. A sua atividade profissional lida com bens supremos do indivíduo, protegidos pela ordem estatal. Daí a estreita relação entre a Medicina e o Direito.

A missão do médico é salvaguardar a saúde das pessoas. Seu conhecimento e sua consciência são dedicados ao cumprimento desta missão.

A Declaração de Genebra, da Associação Médica Mundial, por exemplo, impõe uma obrigação ao médico, por intermédio da frase: *a saúde do meu paciente será minha primeira consideração*. Já o CED declara que, *quando estiver prestando cuidados médicos que possam ter o efeito de enfraquecer a condição física e mental do paciente, um médico agirá somente no interesse do paciente*.

Com efeito, muitos médicos agem de forma pedante, perante seus pacientes, ainda mais quando falamos de pacientes com transtornos mentais. O profissional da saúde parte do pressuposto, parcialmente válido, que, de medicina entende ele, e que não cabe a outrem avaliar o aspecto técnico de

³⁴¹ O STJ já se manifestou nesse sentido: HABEAS CORPUS – TRIBUNAL DO JÚRI – Julgamento suspenso para que o paciente seja submetido a novo exame de insanidade mental. Paciente recolhido a estabelecimento Penal Central há mais de 7 (sete) anos e submetido a exame, há mais de 2 (dois) anos, sem ter o direito de se ver julgado pelo Estado. Constrangimento ilegal caracterizado. Se insano, cadeia pública não é lugar para doente e se imputável, não se justifica uma prisão provisória de mais de 7 (sete) anos. Concessão. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Habeas Corpus 66753-8**. Relator: Desembargador Zamir Fernandes. Diário da Justiça do Estado de Pernambuco, 19 setembro de 2001.p. 177.

³⁴² FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 2. ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk Prociencx, 1978.

suas ações ou omissões. Esquecem esses médicos que, embora detenham o conhecimento técnico qualificado e especializado, o resultado da aplicação de tais técnicas médicas interessa não só aos seus pacientes, mas, sobretudo, à sociedade em geral, a quem o profissional tem o dever moral, ético e legal de prestar contas.

O médico, assim como qualquer cidadão, é responsável por todo o dano produzido a outrem, quando sua culpa for comprovada. A culpa do médico divide-se em três tipos: negligência, imprudência e imperícia.

A negligência se faz presente, quando o médico age com falta de cuidado quando de tratamento aplicado ao seu paciente, não fazendo aquilo que deveria ser feito.

O trabalho do médico está calcado no risco, ou seja, os riscos fazem parte da própria Medicina, como ciência. A conduta do médico, seja omissiva ou comissiva, jamais estará sustentada numa certeza absoluta, posto que o profissional da saúde não detém o poder de, necessariamente e infalivelmente, prever o resultado que almeja.

Como menciona Néri Tadeu Câmara Souza, a cura não pode ser o objetivo maior, devido à característica de imprevisibilidade do organismo humano - mormente em estado de doença, o que se reflete em limitações no exercício da medicina³⁴³.

Nesse contexto, Antônio Evaristo de Moraes Filho preleciona que a Medicina encontra-se em estado permanente de experimentação, não se podendo dela exigir que sempre triunfe sobre algumas leis fatais da natureza³⁴⁴.

Devemos ter em mente que a atuação do médico, nos limites preceituados pela legislação vigente, acaba por tentar excluir sua responsabilidade penal. Todavia, o ponto nevrálgico dessa questão encontra-se exatamente na interpretação desses limites, previstos na legislação brasileira.

³⁴³ SOUZA, Néri Tadeu Câmara. Responsabilidade civil do médico. **Jornal Síntese**, n. 61, São Paulo, 2002. p. 21.

³⁴⁴ MORAIS FILHO, Antônio Evaristo de. Aspectos da responsabilidade penal do médico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 293, 1996.

A Resolução nº. 1627/01, do CFM, em seu anexo contido na Exposição de motivos, estabelece que toda atividade profissional é propulsada essencial e juridicamente pelo que se denomina *lex artis ad hoc*, que presume a diligência, a prudência e a perícia profissionais. Isso ocorre porque estes atributos caracterizam o procedimento profissional. Sua ausência presume a caracterização de conduta transgressora culposa.

Estabelece, ainda, que, na prática, a responsabilidade constitui importante indicador de profissionalidade. A responsabilidade social dos profissionais deve ser avaliada por sua conduta em três tipos de relação: com os clientes, com os colegas e com a sociedade. E em cada um destes planos ela se exerce de maneira diferente e se radica em condutas sociais diversas. Altruísmo, alteridade, tolerância e solidariedade. Dentre as qualidades profissionais, o altruísmo é tido universalmente como mais importante e exigível, principalmente com relação aos médicos. Complementando o altruísmo, existem duas qualidades que são muito esperadas nos médicos: a alteridade e a tolerância. O altruísmo é obrigação de todos os profissionais, em todas as profissões, embora sua exigência possa ser diferente, nas diferentes atividades que merecem esta designação. A alteridade é a maior ou menor facilidade com que alguém se relaciona respeitosamente com os demais, sobretudo com quem é diferente de si em características corporais ou culturais. A tolerância é o respeito pelo direito alheio, pelo direito de alguém ser ou se comportar de modo reprovável pelo agente. A solidariedade é a virtude cívica e civilizada, pela qual as pessoas se obrigam a socorrer quem estiver em risco ou, de qualquer maneira, necessitar de ajuda.

Assim, algumas questões sobre a responsabilidade penal do médico merecem reflexão, em especial sobre a conduta do médico psiquiatra, que exerce sua atividade em clínicas de internação.

Conforme já analisado nos dois últimos pontos do presente trabalho, o médico que realizar uma internação psiquiátrica, quando a mesma não for indicada, cometerá, em tese, o crime de constrangimento ilegal ou cárcere privado, nos termos do CP.

O bem jurídico protegido, tanto no crime de cárcere privado quanto no crime de constrangimento ilegal, é a liberdade individual. Essa liberdade individual, inerente a toda pessoa, pressupõe-se livre também no modo de

dispô-la, prova é que o nosso sistema jurídico não pune a autolesão, tampouco o suicídio.

Ocorre que, depois da internação do paciente em estabelecimento de saúde, a sua liberdade passa a sofrer determinados limites, limites esses que serão dados, necessariamente, pela equipe médica responsável. Logo, se ocorrer um suicídio em uma clínica ou até mesmo se o internado praticar algum tipo de autolesão, a responsabilidade por tais condutas incidirá necessariamente nas pessoas responsáveis por àqueles pacientes.

Tal pensamento se mostra lógico, visto que a responsabilidade médica existe porque o objetivo crucial da internação em psiquiatria é exatamente preservar a saúde do internado. Haveria, no caso, negligência do médico responsável. Será através do caso concreto e de uma leitura humanista da legislação existente, que se formará uma conclusão balizada na equidade.

Aliás, o STJ³⁴⁵ já decidiu que pertence ao Estado o dever de indenizar familiares de paciente que cometeu suicídio em clínica estadual. Tratar-se-ia, aqui de responsabilidade civil. Por conseguinte, e guardada as devidas proporções, caberia também aos proprietários de uma clínica particular arcar com eventuais danos, em decorrência de paciente que cometera suicídio dentro do estabelecimento particular de internação, tendo nosso Tribunal de Justiça³⁴⁶ seguido a mesma linha de raciocínio.

³⁴⁵ “Responsabilidade civil. Suicídio de paciente internada em clínica psiquiátrica. Dano moral. Valor da indenização. I – É inviável o recurso especial quando a deficiência em sua fundamentação impedir a exata compreensão da controvérsia. Tal ocorre quando se diz contrariado determinado dispositivo de lei federal sem que se explicitem argumentos que fundamentem a alegação. Aplicação da Súmula n.º 284 do Supremo Tribunal Federal. II – Não é *extra petita* a decisão pelo simples fato de ter sido fixada indenização em reais quando o autor da ação a tenha pedido em salários-mínimos. III – Conhecer a exata extensão do dano moral sofrido pela vítima e determinar valor indenizatório diverso do que fixado no acórdão recorrido é inviável em recurso especial, mercê da necessidade do reexame de prova. IV – Recurso especial não conhecido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 605420**. Rio de Janeiro. Relator: Ministro Antônio de Pádua. Data do acórdão: 06 de abril de 2004. Publicação: Diário da Justiça, 17 de maio de 2004.

³⁴⁶ “Caso em que a paciente foi internada com risco de suicídio, restando evidenciado que o Centro Clínico demandado não tomou as providências necessárias para conter esse intento. A maioria civil, por si só, não afasta o direito ao pensionamento, o qual se estende até que os filhos da vítima completem 25 anos de idade, nas circunstâncias. A reparação do dano moral há de ser arbitrada em consonância com as peculiaridades de cada caso e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido, evitando-se, porém, que se converta em fonte de enriquecimento ou se torne inexpressiva. Situação em que, à luz de tais aspectos, o valor da indenização merece ser mantido, conforme fixado na sentença”. RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Quinta Câmara Cível n. 70015166739**. Comarca de Porto Alegre, 2006.

No âmbito da responsabilização penal, a conduta do profissional da saúde ao se omitir na guarda e cuidados com o paciente internado, deve ser analisada sob o prisma da Teoria Geral do Crime, mais especificamente na seara da conduta humana, quando da análise do fato típico.

O fato típico é composto pelo resultado do ato, pelo seu nexos causal e pela conduta do agente. Esta última pode se dar de forma comissiva ou omissiva. Conduta comissiva se traduz no agir do agente, já a conduta omissiva de caracteriza pela omissão do agente.

A conduta omissiva, por sua vez, é dividida em duas espécies: conduta omissiva própria e conduta omissiva imprópria.

A conduta omissiva própria envolve aqueles atos em que o agente está juridicamente obrigado a praticar uma conduta, mas não de evitar o seu resultado. Tal hipótese se dá nos casos em que o tipo penal descreve, em seu núcleo, uma conduta negativa (um não-fazer). A consumação do delito se dá exatamente com a omissão, como, por exemplo, nos casos dos tipos penais previstos nas normas dos arts. 135³⁴⁷, 168-A³⁴⁸ e 359-F³⁴⁹, todos do CP.

³⁴⁷ A norma do art. 135 do CP estabelece: “Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte”.

³⁴⁸ A norma do art. 168-A do CP estabelece: Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. § 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. § 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. (AC) BRASIL. Código Penal. Artigo acrescentado pela **Lei nº. 9.983**, de 14 de julho de 2000. Diário Oficial da União, 17 de julho de 2000.

³⁴⁹ A norma do art. 359-F do CP estabelece: Art. 359-F. Deixar de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. (AC) BRASIL. Código Penal. Artigo acrescentado pela **Lei nº. 10.028**, de 19 de outubro de 2000. Diário oficial da União, 20 de outubro de 2000.

Aliás, nossa jurisprudência já se manifestou expressamente quanto à omissão de socorro praticada por médico³⁵⁰.

Já a conduta omissiva imprópria possui uma outra interpretação³⁵¹. Os atos omissivos impróprios são aqueles em que o agente está juridicamente obrigado a praticar uma conduta e, se possível, a evitar o resultado. Assim, o Estado acaba por policiar, *também, a abstenção face ao dever jurídico. É o que se denomina "omissão". A pessoa obrigada a agir deixa de fazê-lo, ou, então, não impede, como seria de sua obrigação, que o fato aconteça*³⁵². Trata-se de casos em que o omitente possui uma espécie de dever diferenciado de agir, funcionando como verdadeiro garantidor, nos termos da norma do art. 13, § 2º do CP³⁵³, que se mostra como uma verdadeira norma de adequação típica.

Nessas hipóteses, apesar de a omissão não causar naturalmente nenhum resultado, visto que do nada, nada advém, o legislador, por verdadeira ficção jurídica, fez com que o omitente respondesse pelo tipo penal previsto no resultado causado pela omissão, como se por ação lhe houvesse causado.

³⁵⁰ "OMISSÃO DE SOCORRO – Médico plantonista que se recusa a atender criança doente, sem sequer avaliar seu estado, alegando não ser caso urgente. Configuração. Caracteriza o delito de omissão de socorro, a hipótese em que médico plantonista se recusa a atender criança doente, sem sequer avaliar seu estado, alegando que o horário era inadequado para o atendimento de mais um caso, uma vez que o art. 135 do CP incrimina a simples abstenção de uma conduta socialmente útil, ou seja, a assistência aos doentes necessitados de verificação médica quanto ao perigo de saúde do ofendido". No mesmo sentido: "OMISSÃO DE SOCORRO – Caracterização na forma qualificada. Médico que deixa de fornecer ambulância para a transferência de doente. Transporte efetuado por terceiros. Morte da vítima. Obrigatoriedade do profissional em preservar a vida do enfermo cercado-o de todos os cuidados. Condenação mantida. Voto vencido". SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. **Apelação Crime 1147487/7**. 16ª Câmara Criminal. Relator: Juiz Carlos Bonchristiano. Diário Oficial do Estado de São Paulo 03 de agosto de 1999; SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. **Apelação Crime 713.053/3**. 5ª Câmara. Relator: Juiz Ribeiro dos Santos. Julgado em 24 de março de 1993. (02 702/348).

³⁵¹ Os crimes omissivos impróprios também são chamados pela doutrina de crimes impuros ou comissivos por omissão.

³⁵² CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Crimes comissivos por omissão. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, n. 7, p. 16, abr./mai., 2001.

³⁵³ A norma do art. 13 do CP estabelece: Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Superveniência de causa independente § 1º. A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou. Relevância da omissão § 2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Redação dada ao artigo pela Lei nº. 7.209, de 11.07.1984).

Note-se que o nexo causal da conduta comissiva, por omissão, é meramente jurídico, e não naturalístico³⁵⁴.

As alíneas do § 2º da norma do art. 13 do CP estabelecem, àqueles que têm o dever legal de agir, aliado ao fato, a real possibilidade em agir.

O médico responsável por um paciente internado em hospital de custódia e tratamento tem o dever legal de agir para a preservação da vida do interno, dentro, evidentemente, de possibilidades reais, conforme previsto no próprio texto normativo em questão. No caso de impossibilidade, o fato omissivo deixa de ser típico.

Cumpra assinalar que é determinada ao médico, quando o paciente é internado, a obrigação de garantir a sua integridade física, a fim de que este, por suas características físicas e mentais, não sofra lesão corporal ou a morte. A ele, o Direito impõe um dever jurídico (nos termos do CP, acrescento, para o mesmo efeito, a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado).

Neste caso, todos os requisitos jurídico-penais fazem-se presentes: ilicitude, culpabilidade, punibilidade.

³⁵⁴ O STJ já decidiu a respeito: “PENAL E PROCESSUAL. MAUS TRATOS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DENÚNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE. INÉPCIA. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. Ao sócio que exerce a gerência de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, dedicada à exploração, com fins lucrativos, de clínica médica, é cabível a imputação de autoria do delito tipificado no art. 136 do Código Penal. Não é inepta a denúncia que descreve adequadamente a conduta incriminada, ainda que não detalhada individualmente, se é possível ao denunciado compreender os limites da acusação e, em contrapartida, exercer ampla defesa. O nexo causal que resulta da omissão é de natureza normativa e não naturalística, de sorte que a omissão é erigida pelo Direito como causa do resultado porque quem tem o dever legal de evitá-lo, não o faz. Incabível, em habeas corpus, o exame de questões inerentes à comprovação da materialidade do crime, quando o deslinde da questão demande dilação probatória. Ordem denegada”. (HC nº. 23362 / RJ. Ministro Paulo Medina. DJ 01/08/2005). Ainda nesse contexto, o TJRS, em acórdão recente, decidiu: “APELAÇÃO OMISSÃO MÉDICA ç DEVER DE ATENDIMENTO DA PACIENTE MORTE DO NACITURO CULPA LESÃO CORPORAL ARTIGO 129, § 2º, V, CP. 1- Médico plantonista que chamado por duas vezes ao hospital deixa de atender a gestante com fortes dores, prestes a dar a luz, e ao comparecer horas depois, a examina superficialmente, quando momentos depois, outro médico verifica a ausência de batimentos cardíacos no bebê e a submete a cesárea, nascendo natimorto, pratica crime comissivo por omissão imprópria, previsível o resultado (artigo 129, §2º, V, do CP). 2- O delito do artigo 129, §2º, V, classifica-se como omissivo impróprio, quando o agente tem o dever de prestar atendimento à paciente e não o faz livre e conscientemente e de que de sua omissão previsível o resultado não querido. 3- Se todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são favoráveis a pena deve ficar no patamar mínimo de 02 anos. PARCIAL PROVIMENTO”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70025470378**. Terceira Câmara Criminal. Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos. Julgado em 28 de agosto de 2008.

Assim, se um médico psiquiatra se omite, em atender um paciente em surto psicótico e este vem a falecer, o profissional da saúde responderá por homicídio, nos termos da norma do art. 121 do CP, desde que tivesse possibilidade de agir para evitar o ato.

Já a participação nos crimes comissivos por omissão é questão polêmica e interessante de ser analisada.

Não é passível de dúvidas que a conduta típica praticada por um sujeito é personalíssima.

Mostra-se como um verdadeiro dever jurídico, imposto a alguém, como no ato do médico psiquiatra. Se este profissional não atender, dentro das suas possibilidades, o paciente internado, vindo esse a falecer, ele praticará o crime de homicídio. Já o sujeito sem tal obrigação legal (garantidor) incidirá nas penas do crime de omissão de socorro.

Outra hipótese, todavia, é levantada por Luiz Vicente Cernicchiaro, qual seja, de uma pessoa estranha à referida obrigação de cuidado e atenção (não é, para isso, garantidora), que sugere, insiste, influencia o garante a não cumprir a obrigação jurídica. Não estará, a teor do disposto no art. 29 do CP, "de qualquer modo", concorrendo para o crime?³⁵⁵

A resposta parece positiva. Desta forma, as enfermeiras e demais profissionais que se omitirem poderão ser inseridos na mesma figura típica, numa espécie de participação por omissão, em crime comissivo, visto terem agido por convivência.

³⁵⁵ CERNICCHIARO, 2001. p. 16.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo quis demonstrar, através de uma revisão bibliográfica sobre o tema, que o ser humano, como ente social, ainda tem muito de evoluir. Essa evolução perpassa sobremaneira pelo campo cultural da nossa sociedade, que se mostra hipócrita, elitista e desprovida de qualquer resquício de alteridade para com o Outro.

Vimos que as pessoas são literalmente catalogadas pela legislação, assim como o são os produtos vendidos no varejo. Ora são consideradas capazes, ora consideradas incapazes, no âmbito civil. Por outro lado, são catalogadas como imputáveis, semi-imputáveis ou inimputáveis, no âmbito penal. Tudo isso, para demonstrar um padrão de sociabilidade em que vive o sujeito. Os “diferentes” não são aceitos. São apenas tolerados.

Nossa sociedade entendeu por bem fazer uma classificação expressa de atos de sujeitos considerados “normais” e “anormais”, como se isso fosse possível de ser delimitado ou conceituado.

O legislador simplesmente criou regras, todavia não explicou como as mesmas deveriam funcionar, muito menos como deveriam interagir com as demais ciências afins. Esse mesmo legislador legislou sobre conceitos extremamente complexos, interpretando-os com irresponsável simplicidade.

Para os “anormais”, criou os manicômios judiciários, que, depois da reforma psiquiátrica, restou travestido pelo nome de hospitais de custódia e tratamento. Quis se construir a idéia de que, nos hospitais de custódia e tratamento, os “loucos” seriam recuperados e reinseridos no seio da sociedade. Para galgar esse intento, foi criada uma lei específica, no sentido de proteger esses “anormais” (Lei nº. 10.216, de 06 de abril de 2001, que dispôs sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redirecionou o modelo assistencial em saúde mental).

Criou-se, com isso, mais uma lei, no sentido de “valorizar” aqueles que os próprios seres humanos ditos “normais” rotularam como “anormais”, ou seja, os seres humanos “normais”, ao fazerem nascer tal lei, entenderam que a mesma seria capaz de alterar os aspectos e vícios culturais carcomidos em

uma sociedade com a brasileira. Assim, supostamente, a lei teria o papel mágico de solucionar os problemas culturais.

Na verdade, a sociedade direciona a discriminação no deficiente mental (identifica). Depois, o exclui do âmbito de convívio social, enclausurando-o num ambiente totalmente desprovido de condições de tratamento (exclusão) e, posteriormente, o estigmatiza perante os demais membros da sociedade (rotulação).

Esse discurso é necessário, para manter a falácia de que o tratamento do doente mental, na saúde pública do país, funciona. De fato funcionaria, se as leis fossem efetivamente aplicadas e se a nossa cultura fosse outra, que não a que perdura desde a criação do Estado brasileiro.

Assim como o Código Penal não possui o condão de fazer com que os crimes diminuam, no entanto, a Lei nº. 10.216 também não tem o poder de fazer com que o deficiente mental seja incluído, visto que esse já nasce e perdura pela vida inteira como um excluído, um invisível, um sujeito desprovido de direitos que lhe garantam o mínimo de sociabilidade, diante dos ditos “normais”.

Num sistema de saúde pública como o brasileiro, onde o caos é presença onipresente, o papel do profissional da saúde se mostra importantíssimo. Esse mesmo profissional, contudo, cujo papel se mostra imprescindível, não pode resolver os problemas do sistema de saúde pública, se esse próprio sistema não possui condições de ser resolvido. A situação acaba por se configurar como um círculo vicioso, que atinge sobremaneira o deficiente mental, visto que, além de já estar excluído, ele sequer terá as mínimas condições de tentar ser incluído na sociedade, pois o redirecionamento do modelo assistencial em saúde mental nunca aconteceu.

Evidentemente que, sem um sistema público de saúde sólido, não há como falar em ambiente terapêutico adequado, visto que esse também nunca existiu. Tampouco seria possível considerar, no plano pragmático, a recuperação da saúde mental do deficiente, visto que, na remota hipótese de isso acontecer, a sociedade, por questões culturais, iria excluí-lo de qualquer forma.

Para que esse redirecionamento, de fato, ocorresse, seriam necessários dois acontecimentos: vontade política e mudança de atitudes.

A vontade política, para mudar esse estado caótico, seria verificada, na medida em que as verbas destinadas à saúde fossem efetivamente aplicadas na saúde, e não desviadas, por uma minoria política que legisla em causa própria, com o único objetivo de buscar alguma vantagem pessoal.

Já a mudança de atitude deveria envolver a própria sociedade, que se diz democrática e igualitária. Nesse sentido, fazer com que as leis fossem, de fato, cumpridas, e não relevadas ao plano teórico, já seria um bom início. Igualmente, garantir que os princípios constitucionais fossem realmente aplicáveis também se mostraria como uma atitude positiva e destinada a um fim lúcido.

Tentar, nesse mesmo contexto, fazer com que nasça uma nova perspectiva cultural, nas gerações vindouras, no sentido de se criar, através de programas de inclusão social, o convívio daqueles “descartados” arbitrariamente pela própria sociedade, seria uma forma de resolver o tormentoso problema da inclusão do “diferente” na sociedade atual.

O verdadeiro respeito à dignidade da pessoa humana exige de todos, sobretudo aos membros do Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como da própria sociedade em geral, esforços no sentido de se fazer cumprir as disposições constitucionais vigentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHAVÁL, Alfredo. **Responsabilidad civil del medico**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

ADORNO, Theodore; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Rio de Janeiro, Zahar, 1985.

AFILOSOFIA. Disponível em: www.afilosofia.no.sapo.pt/Hist.htm. Acesso em: 20 set. 2008.

ALVES, Lindgren. **Os Direitos Humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

AMARAL, Francisco. **Os atos ilícitos**. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003. p. 147-163.

AMARAL, Ligia. **Conhecendo a deficiência: em companhia de Hércules**. São Paulo: Robe, 1995.

AMARANTE, Paulo (org). **Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil**. Rio de Janeiro: SDE/ENSP, 1995.

_____. **Asilos, Alienados e Alienistas: uma pequena história da psiquiatria no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994.

ANDREUCCI, Rômulo A. **Manicômio Judiciário e medidas de segurança alternativas**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1981.

APTHEKER, Herbert. **Uma nova história dos estados Unidos: a era colonial**. Tradução: Maurício Pedreira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência**. 3. ed., Brasília: Corde, 2002.

ARGÜELLO, Katie. O mundo perfeito: nem possível, nem desejável. Ética e racionalidade na sociologia jurídica de Max Weber. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.) **Max Weber: direito e modernidade**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 9.

_____. **Weber e o direito: racionalidade e ética**. 1995. Dissertação [Mestrado em Direito] – Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1995.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Tradução: Sérgio Bath. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 1.

ÁVILA S. J., Fernando Bastos de. **Pequena enciclopédia de moral e civismo**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1967.

ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittò. **Distribuição de recursos limitados em saúde**. In: GAUER, Gabriel José Chittò; ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Ciclo de Conferências em Bioética I**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005.

BARROS, Sérgio Resende de. Matrimônio e Patrimônio, **Revista Brasileira de Direito de Família**, Rio de Janeiro, n. 8, p. 5, jan./fev./mar./2001.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BAUMER, Franklin. **O Pensamento Europeu Moderno**. Lisboa: Edições 70. v.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BECHELLI, Luiz Paulo. Antipsicóticos de ação prolongada no tratamento de manutenção da esquizofrenia. Parte I. Fundamentos do seu desenvolvimento, benefícios e nível de aceitação em diferentes países e Culturas. In: **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 11, n. 3, Junho, 2003.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós, 1998.

BENINCÁ, Ciomara Ribeiro. A humanização do currículo médico. In: SCORTEGAGNA, Silvana Alba; BENINCÁ, Ciomara Ribeiro. (Orgs.). **Interface da psicologia com a saúde**. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2001. p. 194-208.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução: Humberto Hudson Ferreira. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

BEUCHAMP, Tom L.; McCULLOUGH, Laurence B. The management of medical information: legal and moral requirements of informed voluntary consent. In: EDWARDS, Rem B.; GRABER, Glenn C. **Bioethics**. San Diego: Harcourt Brace Jovanovich Publisher, 1988. p. 18-19.

_____; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Comentário ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1984.

_____. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. (Edição histórica). Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

_____. **Theoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BEZERRA JUNIOR, Benilton. **Considerações sobre terapêuticas ambulatoriais em saúde mental**. In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson Rosário. (orgs.). **Cidadania e loucura: políticas de saúde mental no Brasil**. Petrópolis: Vozes/Abrasco, 1992.

BICALHO, Pedro. **Subjetividade e abordagem policial**: por uma concepção de direitos humanos onde caibam mais humanos. 2005. Tese [Doutorado em Psicologia]. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2005.

BIRMAN, Jorge. **A psiquiatria como discurso da moralidade**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 4. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

BOLTANSKI, Luc. **As classes sociais e o corpo**. Tradução: Regina A. Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Código Penal. Artigo acrescentado pela **Lei nº. 10.028**, de 19 de outubro de 2000. Diário oficial da União, 20 de outubro de 2000.

_____. Artigo acrescentado pela **Lei nº. 9.983**, de 14 de julho de 2000. Diário Oficial da União, 17 de julho de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 17085**. Rio de Janeiro. 5ª Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em 08 de outubro de 2001.

_____. **Habeas Corpus 33909**. Ministro: Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. Rio de Janeiro, 04 de agosto de 2008.

_____. **Habeas Corpus 12.957**. São Paulo. Ministro Felix Fischer. Diário da Justiça 04 de setembro de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 17964**. São Paulo. 6ª Turma. Relator Ministro Fernando Gonçalves. Diário da Justiça, 04 de fevereiro de 2002.

_____. **Habeas Corpus n. 75238**. São Paulo. Ministro Carlos Veloso. Diário de Justiça, 07 de novembro de 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em **Habeas Corpus n. 64387**. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Francisco Rezek, 04 de novembro de 1986.

_____. **Recurso Especial n. 605420**. Rio de Janeiro. Relator: Ministro Antônio de Pádua. Data do acórdão: 06 de abril de 2004. Publicação: Diário da Justiça, 17 de maio de 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Habeas Corpus 66753-8**. Relator: Desembargador Zamir Fernandes. Diário da Justiça do Estado de Pernambuco, 19 setembro de 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível**. Relator: Desembargador Gonçalves Sobrinho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 560, p. 307, 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70023119845**. Primeira Câmara Criminal. Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Julgado em 30 de abril de 2008

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 15ª Região. **Processo n. 25082/99 – (41152/00)**. 3ª Turma. Relator: Juiz Samuel Corrêa Leite. Diário Oficial do Estado de São Paulo, 06 de novembro de 2000.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1, Tomo 1.

BUCHER, Richard. **Drogas e drogadição no Brasil**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

CABRAL, Gutemberg José da Costa Marques. A Interpretação Zetética do Direito, **Júris Síntese**, São Paulo, n. 19, p. 37-48, set./out., 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por nós, os advogados**, Tradução: Ary dos Santos. 2. ed. Lisboa: Clássica, Ed., 1943.

CAMARGO, Antonio Luis. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia Jurídica: ética e justiça**. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica Ltda., 1996.

CARLINI, Elisaldo et. al. **Primeiro levantamento domiciliar sobre uso de drogas psicotrópicas no Brasil (2001)**. Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID); Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD); Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). São Paulo: Cromossete, 2002.

CARNEIRO, Maria Francisca e PEREIRA, Potiguara Acácio. Considerações sobre o Sujeito de Direito: problemas de conhecimento, objeto e predicados. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998. 1 CD-ROM.

CARRARA, Sérgio. **Crime e loucura: o surgimento do manicômio judiciário na passagem do século**. Rio de Janeiro. EDUERJ/EDUSP, 1996.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por equidade no novo Código Civil**. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código Civil Brasileiro Interpretado: introdução e parte geral**. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1972. v. 1.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittò; FURTADO, Nina Rosa. **Psiquiatria para estudantes de medicina**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

CATALDO, Alfredo; TABORDA, José. Aspectos médico-legais da internação psiquiátrica. **Revista de Psiquiatria**, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 331-334, set./dez., 1987.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Crimes comissivos por omissão. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, n. 7, p. 16, abr./mai., 2001.

CHAVES, Antonio. Capacidade civil. In: FRANÇA, Rubem Limonji. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 13.

CLOTET, Joaquim. **Bioética**: uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

_____. Direitos dos pacientes e o consentimento informado. CLOTET, Joaquim. Direitos dos pacientes e o consentimento informado. In: LOCH, Jussara de Azambuja; GAUER, Gabriel José Chittò; CASADO, Maria. **Bioética**: interdisciplinaridade e prática clínica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

CÓ, Carmem Silva. Aspectos médicos-farmacológicos no uso indevido de drogas. **Fascículo de Ciências Penais: Drogas – Abordagem Interdisciplinar**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, v. 3, n. 2, p. 5, abr./mai./jun., 1990.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal comentado**. 8. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

COSTA, Augusto César de Farias. **Direito, saúde mental e reforma psiquiátrica**. Disponível em: www.saudepublica.bvs.br/itd/legis/curso/pdf/a10.pdf. Acesso em: 18 set. 2008.

COSTA, Jurandir Freire. **História da Psiquiatria no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1980.

CUNHA, Alexandre dos Santos. A Teoria das Pessoas de Teixeira de Freitas: entre individualismo e humanismo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 18, p. 15, 2000.

DE CUPIS, Adriano. **Direitos da Personalidade**. Lisboa. Livraria Moraes, 1961.

DELGADO, Pedro Gabriel. Perspectivas da psiquiatria pós-asilar no Brasil (com um apêndice sobre a questão dos crônicos). In: TUNDIS, Silvério Almeida; COSTA, Nilson Rosário (orgs.). **Cidadania e loucura**: políticas de saúde mental no Brasil. Petrópolis: Vozes/ABRASCO, 1987.

DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. São Paulo: Renovar, 1991.
DESLANDES, Suely. Análise do discurso oficial sobre a humanização da assistência hospitalar. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 7-14, 2004.

DESVIAT, Manuel. **A reforma psiquiátrica**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do Direito Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**. Estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DORNER, Klaus. **Ciudadanos y Locos**. Madrid: Taurus, 1974. Edição original: Frankfurt: Burges und Irre, 1969.

DSM-IV-TR. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**. Tradução: Cláudia Dornelles. 4. ed. Revisada. Porto Alegre: Artmed, 2002.

DUARTE, Wladimir Ribeiro et. al. Prevalência de deficiência visual de perto e fatores associados: um estudo de base populacional. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 551-559, mar./abr., 2003.

DUMONT, Louis. O **Individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. São Paulo: Rocco, 1993.

ELIAS, Roberto João. **Tutela Civil**: regimes legais e realização prática. São Paulo: Saraiva, 1986.

ENGLISH, Abigail. Treating adolescents: legal and ethical considerations. **Med. Clin. North Am.**, Philadelphia, v. 74, n. 5, p. 1097-1112, set., 1990.

FABRO, Leonardo. Aspectos jurídicos dos prontuários médicos e do consentimento informado. **Cadernos de Estudo**, Porto Alegre, Centro de Estudos e Pesquisas da Fundação Irmão José Otão.

FACHIN, Luiz Edson (coord.) et. al. **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Teoria crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000.

FARIA, Bento de. **Código de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960.

FERNANDÉZ, Pedro Lorenzo; LADERO, José Maria; HERNANDÉZ, Ignacio Lizasoain. **Drogodependencias**: farmacologia, patologia, psicopatologia, legislación. Madrid: Editorial Medica Panamericana, 1999.

FERREIRA, Pedro Eugênio Mazzuchi Santana; KESSLER, Felix e ZORATO, Pedro. Álcool e outras drogas depressoras. In: CATALDO NETO, Alfredo; GAUER, Gabriel José Chittò e FURTADO, Nina Rosa. **Psiquiatria para estudantes de medicina**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. p. 331-336.

FERREIRA, Solange Leme. **Aprendendo sobre a deficiência mental**. São Paulo: Memnon, 1998.

FILGUEIRAS-JR, Araújo. **Código criminal do Império do Brazil**. Rio de Janeiro: Casa dos editores proprietários Eduardo & Henrique Laemmert, 1876.

FIÚZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 8. ed. Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FORNEIRO, José Cabrera; ROCAÑIN, José Carlos Fuertes. **La Enfermedad Mental Ante La Ley**: manual de Psiquiatria Forense. Madrid: Libro del Año/S.L, 1994.

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. **Ética e saúde**: questões éticas, deontológicas e legais, tomada de decisões, autonomia e direitos do paciente, estudo de casos. São Paulo: EPU, 1998.

_____. **Ética na assistência à saúde do adolescente e do jovem**. Disponível em www.adolesc.br/bvs/adolesc/P/cadernos/cadernoin.htm. Acesso em: 01 out. 2008.

FOUCAULT, Michel. **A História da sexualidade**. São Paulo: Graal, 2001.

_____. **História da loucura na Idade Clássica**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987

_____. **História da loucura**. Tradução: José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Sistema do duplo binário: vida e morte**. Studi in Memória di Giacomo Delitala. v. 3. Milão: Ed. Giufrè, 1984.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 2. ed. São Paulo: Fundo Editorial Byk Prociencx, 1978.

_____. **Medicina Legal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREUD, Sigmund. **O Ego e o Id**. Edição standard brasileira das obras completas de Sigmund Freud. Tradução: Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996/1923. v. XIX.

_____. **Obras Psicológicas Completas**. Tradução: Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1988. v. XII.

GARCIA, Célio. **O Sujeito "Fora de Si"**. Mímeo, 1994.

GATTAZ, Wagner. Violência e doença mental: fato ou ficção? **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v. 21, n. 4, dezembro, 1999.

GAUER, Gabriel José Chittò et. al. Determinando a competência de pacientes em tomada de decisões quanto a seus tratamentos, **Revista Eletrônica da Sociedade Rio-Grandense de Bioética**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 18-27, 2006.

GAUER, Gabriel José Chittò; ÁVILA, Gerson Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Ciclo de Conferências em Bioética I**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora., 2005.

GAUER, Ruth M. Chittò. Uma leitura antropológica do uso de drogas. **Fascículo de Ciências Penais: Drogas – Abordagem Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, v. 2, n. 2, p. 59-64, abr./mai./jun., 1990.

GIORGIANNI, Michele. Il diritto privato ed i suoi attuali confini, **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, p. 399, Milano: Giuffrè 1961.

GODECHOT, Jacques. **As revoluções**. Tradução: Erothildes Millan Barros da Rocha. São Paulo: Pioneira, 1976.

GOFFMAN, Erwing. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro, Zahar, 1988.

GOLDIN, José Roberto. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia, **Revista AMRIGS**, Porto Alegre, v. 46, n. 3/4, p. 109-116, jul./dez., 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Duração das medidas de segurança. **Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 5, p. 15-24, jan./mar., 1990.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

GRAVEN, Jean. Franz von Lisz, et le nouveau droit pénal Suisse. **Rev. Int. D.**, p. 221, 1951.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. Niterói: Editora Impetus, 2005. v. 2.

GROSSMAN, Herbert. **Manual on terminology and classification in mental retardation**. Baltimore: Pridemax Press, 1973.

HALL, Stuart. **Identidades culturais na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP & A, Editora, 1997.

HAWKING, Stephen. **O universo numa casca de noz**. 2. ed. São Paulo: Mandarin, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

HILL, Christofer. **A revolução inglesa de 1640**. 2. ed. Tradução: Wanda Ramos. Lisboa: Presença, 1981.

HOBBSAWM, Eric. **A era das revoluções**. 2. ed. Tradução: Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1959.

_____; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JAPIASSU, Hinton Ferreira. **A atitude interdisciplinar no sistema de ensino**. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n. 108, p. 83, jan./mar., 1992.

JASPERS, Karl. **Psicopatologia Geral**. Rio de Janeiro: Livraria Atheneu, 1987. v. 1.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Lei das contravenções penais anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil**. Buenos Aires: Bosch, 1950. Tomo 1, v. 1.

KAPLAN, Harold I., SADOCK, Benjamin J. **Tratado de Psiquiatria**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

KENNEDY, Ian e GRUBB, Andrew. **Medical Law**: text and materials. London: Butterworths, 1995.

LAZZARINI, Álvaro Magistratura: Deontologia, função e poderes do juiz. In: NALINI, Jose Renato (coord.); LAZZARINI, Álvaro (colab.) et al. **Curso de Deontologia da Magistratura**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 50-55.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. Revista e atualizada: Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Mauro Gomes Aranha. Internação involuntária em psiquiatria: legislação e legitimidade, contexto e ação. In: ALVES, Luiz Carlos Aiex (Coord.). **Ética e psiquiatria**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2007.

LIMA, Osmar Brina Corrêa; BICALHO, Clóvis Figueiredo Sette. **Loucura e prodigalidade à luz do Direito e da Psicanálise**. Belo Horizonte: Mimeo, 1992.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do após-dever**, In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. **A Sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996.

LLORENTE, Alberca et. al. **Psiquiatria y derecho penal**. Madrid: Technos, s.d.

LOCH, Jussara de Azambuja. **La confidencialidad em la asistencia a la salud del adolescente**: percepciones y comportamientos de um grupo de universitários de Porto Alegre, RS – Brasil. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

LONGHI, Silvio. **Repressione e prevenssione nel diritto penale attuale**. Milano: Soc. Ed. Libreria, 1911.

LOPES JUNIOR, Aury. (Des)velando o risco e o tempo no processo penal. In: GAUER, Ruth Maria Chittô (org.). **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Lúmen Júris Editora. Rio de Janeiro: 2004. p.139-179.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

LORDA, Simon; CANTALEJO, Barrio. La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitárias: um problema ético y jurídico. **Ver. Esp. Pediatr.** v. 53, n. 2, p. 107-118, 1997.

LORENZO, Pedro; LADERO, José Maria; LIZASOAIN, Ignácio. **Drogodependências**: farmacologia, patologia, psicopatologia, legislación. Madrid: Editorial Medica Panamericana, 1999.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Renovar, 2003. v. 1.

LOUGON, Maurício. Desinstitucionalização da assistência psiquiátrica: uma perspectiva crítica. **Revista Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p.137-164, 1993.

LYOTARD, Jean-François. **O Inumano**: considerações sobre o tempo. Tradução: Ana Cristina Seabra e Elizabete Alexandre. Lisboa: Editorial Estampa. 1997.

MACHADO, Roberto et. al. **Da (n)ação da norma**. Medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. In: **Boletim Científico**, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília: ESMPU, a. 4, n. 16, p. 53-54, jul/set., 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Bookseller, 1997. v. 2.

_____. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millenium, 1999.

MARTINS, Pedro Batista. **Recursos e processos de competência originária dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MARTINS-COSTA, Judith (org). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de drogas**: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Método, 2007.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 15, p. 5, jan./fev., 2002

MIOTTO, Norma Griselda. Imputabilidad-Simulación-Peligrosidad Perspectiva Psicológica. In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE PSICOLOGIA JURÍDICA, 1., 1995. Chile. **Anales**. Santiago: Serviços Gráficos J&, 1995.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**: parte general. Barcelona: Ed. PPU, 1985.

MISSE, Michel. **Crime e violência no Brasil contemporâneo**: estudos de sociologia do crime e da violência urbana. Coleção Conflitos, Direitos e Culturas. Coordenadores: Roberto Kant de Lima e Michel Misse. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

MONAHAN, James. A terror to their neighbors': beliefs about mental disorder and violence in historical and cultural perspective. **Bull Am Acad. Psychiatry Law**, Califórnia, n. 20, p. 191-5, 1992.

MONTELONE, Girolamo A. **I limiti soggettivi del giudicato civile**. Padova: Cedam, 1978.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o nome da pessoa humana, **Revista Brasileira de Direito de Família**, Rio de Janeiro, n. 7, p. 38, out./nov./dez. 2000.

MORAIS FILHO, Antônio Evaristo de. Aspectos da responsabilidade penal do médico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 293, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: **Temas**. 3ª série e notas sobre "el contenido, los efectos y la inmutabilidad de la sentencia". Mimeo. p. 105-106.

MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. **A Sociedade em busca de valores**: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996.

MOURA, Luiz. **A Imputabilidade, Semi-imputabilidade e Inimputabilidade**. São Paulo: Edusp, 1996.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil comentado e legislação extravagante:** atualizado até 15 de junho de 2005. 3. ed. ver., atual. e ampl. da 2. ed. do Código Civil anotado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor.** 3. ed. Revista. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORTH, Richard. Legal authority for HIV testing of adolescents. **Health Care,** Baltimore, n. 11, p. 176-87, mar., 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** parte especial. 2. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ONU. Organização das Nações Unidas. **A proteção de pessoas acometidas de transtorno mental e a melhoria da assistência à saúde mental.** Tradução: Dr. Messias Lignori Padrão. Prefeitura Municipal de São Paulo: 1992.

OST, François. **O tempo do Direito.** Lisboa: Piaget, 1999.

PALOMBA, Guido Arturo. **Psiquiatria Forense.** São Paulo: Sugestões Literárias, 1992.

PASSOS, J. J. Calmon de. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil,** São Paulo, nº. 15, p. 5, jan./fev., 2002.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Detração Penal: compensação na pena do tempo de prisão relativo a outro processo. **Revista Jurídica Quanto é Possível,** Rio de Janeiro, n. 202, p. 22-26, ago. 1994.

PEREIRA, Antônio Carlos Stangler. **APC n. 70008448276,** da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Antônio Carlos Stangler Pereira, julgada em 28 de outubro de 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 263.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Todo gênero de louco: uma questão de capacidade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 52, abr./mai./jun. 1999.

PÈREZ-RAMOS, Aidyl de Queiroz. **Diagnóstico psicológico**: implicações psicossociais na área do retardo mental. São Paulo: Cortez: Autores Associados, 1982.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil de 1939**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 16.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsóí, 1954. v. 9.

_____. **Tratado de Direito de Família**. São Paulo. Max Limonad 1947. v. 3.

POTHIER, Robert. **Tratado das obrigações pessoais e recíprocas**. Rio/Paris: Ed. H. Garnier. Tomo 1.

PRADO, Luiz Régis. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Elementos de Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

PURSSEL, Edward. Listening to children: medical treatment and consent. **J. Adv. Nurs**, n. 21, p. 623-624, jan., 1995.

REMEN, Raquel Naomi. **O paciente como ser humano**. São Paulo: Summus, 1993.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Medida de segurança**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Quinta Câmara Cível n. 70015166739**. Comarca de Porto Alegre, 2006.

_____. **Recurso Especial 820330**. Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma. Diário de Justiça do Estado, 07 de abril de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70025470378**. Terceira Câmara Criminal. Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos. Julgado em 28 de agosto de 2008.

RIVEROS, Jaime Náquira. El Psicólogo Forense: campo de acción, formación y rol profesional. In: CONGRESSO IBEROAMERICANO DE PSICOLOGIA JURÍDICA, 1., 1995. Chile. **Anales**. Santiago: Serviços Gráficos J&C, 1995.

REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, v. 90, n. 171.

ROCCA, Encarna. **Bioética e incapacitación**. In: CASADO, Maria. Materiales de Bioética y derecho. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

RODRIGUES, Celso. **O Individualismo Moderno e o Tempo do Direito**, In: Revista de Estudos Criminais, n. 24, JAN-MAR, 2007.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **A parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 13-14.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 3. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1967.

_____. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 4.

_____. **Dos defeitos dos atos jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 1959.

RODRIGUEZ-MARÍN, Jesus. **Psicologia social de la salud**. Madrid: Síntese, 1995.

ROSSETTI, Janora Rocha; ALVIM, Rui Carlos Machado. **Das medidas de segurança**: Jurisprudências. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1994.

SADIGURZKY, Dora; CARVALHO, José Lucimar. Algumas considerações sobre o processo de desinstitucionalização. **Revista Latino Americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 6, n. 2, p. 23-27, abr., 1998.

SADOCK, Benjamin James. **Compêndio de psiquiatria**: ciências do comportamento e psiquiatria clínica. Tradução de Cláudia Dornelles et al. 9. ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

SANTOS, Beatriz Regina Lara dos. et. al. Bioética e o processo de trabalho do enfermeiro. In: LOCH, Jussara de Azambuja; GAUER, Gabriel José Chittò; CASADO, Maria. **Bioética**: interdisciplinaridade e prática clínica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

SANTOS, Cláudia Tavares; SEBASTIANI, Ricardo Werner. Acompanhamento psicológico à pessoa portadora de doença crônica. In: ANGERAMI-CALMON, Valdemar Augusto (Org.). **E a psicologia entrou no hospital**. São Paulo. Pioneira, 2001. p. 147-176.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. **Apelação Crime 1147487/7**. 16ª Câmara Criminal. Relator: Juiz Carlos Bonchristiano. Diário Oficial do Estado de São Paulo 03 de agosto de 1999.

_____. **Apelação Crime 713.053/3**. 5ª Câmara. Relator: Juiz Ribeiro dos Santos. Julgado em 24 de março de 1993.

SAUDEPUBLICA. Disponível em: www.saudepublica.bvs.br/itd/legis/curso/pdf/a10.pdf. Acesso em: 04 set. 2008.

SCHMIDT, Ivan. **A ilusão das drogas**. São Paulo: Editora Casa Publicadora Brasileira, 1980.

SEIBEL, Sérgio Dario; TOSCANO, Alfredo. **Dependência de drogas**. São Paulo: Atheneu, 2001.

SEMINÁRIO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO 6, 1997. **Anais**. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 1997.

SHIRAKAWA, Itiro; GONÇALVES, Eliana Cristina. Assistência psiquiátrica e desinstitucionalização. In: ALVES, Luiz Carlos Aiex (Coord.). **Ética e psiquiatria**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19. ed. Revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Mônica Paraguassu Correia da. A origem do Direito de solidariedade de José Fernando de Castro Farias, **Revista de Direito da UFF**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 18, 1998.

SILVA, Reinaldo Pereira da. **Introdução ao Biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

SIMMEL, Georg. How is Society Possible? In: DONALD N., Levine. **On individuality and social forms**. Chicago: The University of Chicago Press, 1971.

SOBOUL, Albert. **A Revolução Francesa**. Tradução: Rolando Roque da Silva. 3. ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1979.

SOUZA, Moacir Benedicto de. **O problema da unificação da pena e da medida de segurança**. São Paulo: Bushatsky, 1979.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. Responsabilidade civil do médico. **Jornal Síntese**, n. 61, São Paulo, 2002. p. 21.

SOUZA, Ricardo Timm de. **As fontes do iluminismo latino**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil no Código Francês e no Código Civil brasileiro**. Estudos em homenagem ao bicentenário do Código Civil Francês – setembro de 2004. Palestra. Tribunal de Justiça: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 27 setembro de 2002.

SZASZ, Thomas. **A Fabricação da Loucura**: um estudo comparado entre a inquisição e o movimento de saúde mental. Tradução: Dante Moreira Leite. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971.

_____. **O mito da doença mental**. Tradução: Irlev Franco e Carlos Roberto Oliveira. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

TABORDA, José; CHALUB, Miguel; ABDALLA-FIHO, Elias. **Psiquiatria forense**. Porto Alegre: Artmed, 2004.

_____; PRADO-LIMA, Pedro; BUSNELLO, Elis D'Arrigo. **Rotinas em Psiquiatria**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade Civil por erro médico: aspectos processuais da ação. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 4, p. 152, mar./abr. 2000.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: tempo, dromologia, tecnologia e garantismo. 2001. Dissertação [Mestrado em Ciências Criminais] – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

TOMASINI, Maria Elisabete Ascher. Expatriação social e a segregação institucional da diferença. In: BIANCHETTI, Lucídio, FREIRA, Ida Mara. **Um olhar sobre a diferença**: Interação, trabalho e cidadania. Campinas: Papirus, 1998.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

TORRES, Aldo Ayres. **Embargos Infringentes n. 597185271**, do Quarto Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Aldo Ayres Torres, julgado em 19 de setembro de 1997.

TRÍAS, Octavi Quintana. Bioética e consentimento informado. In: CASADO, Maria. **Materiales de Bioética y derecho**. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.
VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 149

VIEIRA, Paulo Roberto. **Políticas e estratégias de saúde no sistema único de saúde, de saúde pública e saúde mental**. Disponível em www.ibemol.com.br/silveira/sus.doc. Acesso em: 12 out. 2008.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. Gênese do Código Penal Brasileiro. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, n. 12, p. 51, fev./mar., 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.