



www.pol.org.br



O NOVO DIREITO DOS PORTADORES DE TRANSTORNO MENTAL: O ALCANCE DA LEI 10.216/2001

Apresentação:

O advento da Lei 10.216/2001 marca uma nova etapa na luta pela cidadania dos portadores de transtornos mentais.

Ao publicar o Parecer dos Constitucionalistas Menelick de Carvalho Netto e Virgílio de Mattos, o Conselho Federal de Psicologia insere-se nos esforços por tornar mais conhecido o alcance desta Lei e contribuir para a sua aplicabilidade. E o faz marcado por seu compromisso inarredável com a garantia dos Direitos Humanos dos portadores de transtornos mentais.

Conselho Federal de Psicologia

Consulente:

Conselho Federal de Psicologia

Consultado:

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
Prof. Ms. Virgílio de Mattos

Questionamento:

Indaga-nos o Conselho Federal de Psicologia acerca da constitucionalidade da aplicação da denominada Medida de Segurança, instituída pelo Código Penal Brasileiro, Decreto de 1940, modificada pela Lei n 7.209/84, na ordem constitucional inaugurada em 1988, em especial, após a aprovação da Lei n° 10.216, de 6 de abril de 2001.

1. Considerações Preliminares

A própria possibilidade de postular uma questão já indica a capacidade de ver, de identificar, um determinado problema, condição primeira e inafastável para que se possa buscar o seu enfrentamento.

A questão que o Conselho Federal de Psicologia nos formula, diretamente vinculada aos direitos do portador de sofrimento ou transtorno mental, é dessas questões-limite, a requerer não apenas do saber “psi” de hoje a sua completa revisão com a incorporação de uma complexidade doutrinária bem maior, assim como a conseqüente adoção de um instrumental analítico mais sofisticado, mas igualmente do atual Direito Constitucional, considerado aqui, é claro, não somente em termos de textos positivados, mas no que se refere à capacidade de reconstrução renovada e adequada dos textos constitucionais e legais positivos.

1.1. A irracionalidade da racionalidade

A inaceitabilidade, hoje manifesta, da pretensão iluminista de uma racionalidade humana capaz de iluminar todas as dimensões da vida e do mundo, eliminando totalmente as trevas, assenta-se na constatação, resultante do duro processo de aprendizado histórico neste campo, do truísmo segundo o qual todo saber humano assenta-se em pré-compreensões, em preconceitos, histórica e socialmente determinados, pois toda e qualquer luz projeta sombras e se, por um lado, nos permite ver muito bem o que ilumina, por outro, nos cega para tudo o que se encontra mergulhado nas sombras por ela geradas.

A renovação operada nas últimas décadas, em ambos os campos do saber, foi de tal ordem que requer, preliminarmente, que recordemos que um saber para ser hoje qualificado de científico tem que se saber precário, refutável.

De início, é preciso recordar a superação do próprio conceito clássico de ciência, ou seja, da crença segundo a qual seríamos capazes de produzir um saber que, ainda que limitado ao mundo tangível, fenomênico, acreditava-se absoluto, neutro, asséptico, eterno e imutável. Cumpre lembrar o abandono da renitente herança iluminista que se infiltrara no

próprio conceito de ciência do positivismo ao buscar combater e eliminar todos os mitos racionalistas.

Uma vez desnudada a natureza mítica do conceito positivista de ciência, resta-nos agora saber como podemos lidar plausível e cientificamente com a questão, hoje visível para nós, da irracionalidade inafastavelmente presente na racionalidade humana.

Longe de acolhermos o credo daqueles que se denominam pós-modernos, que, sentindo-se traídos pela razão, magoados por não sermos capazes de produzir um conhecimento eterno, perfeito e imutável, afirmam não haver qualquer distinção entre a postura científica e a ideológica ou a religiosa, acreditamos ser preciso, com Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, iluminar o Iluminismo, ou, para dizer com Jürgen Habermas, retomar e buscar levar a termo o projeto inacabado da modernidade.

O próprio avanço da ciência no último século e meio, sobretudo da Física, ou melhor, das três físicas hoje vigentes, contraditórias entre si e igualmente válidas, provocou a crise do conceito de ciência e fez com que o estudo das suas condições de possibilidade, da sua justificação e dos seus riscos e limites se tornasse um tema de importância central para o pensamento filosófico. Thomas Kuhn se destaca entre os autores que desenvolveram doutrinas significativas na seara da filosofia da ciência. Para ele, a ciência apresenta duas características básicas: ela é, a um só tempo, criação coletiva e produto histórico-social.

Com base nesses supostos, Kuhn buscou demonstrar a relação de interdependência entre a prática científica e as condições do momento histórico-social no qual ela é desenvolvida. Ao ver de Kuhn, o progresso científico se dá por saltos, apresenta um caráter revolucionário, implicando a substituição de uma estrutura teórica por outra incompatível com a precedente. Assim, a ciência não evolui em uma linha de continuidade pelo simples acúmulo de descobertas individuais. Pelo contrário, revela-se como uma tarefa coletiva, desenvolvida por comunidades de pesquisadores estruturadas segundo representações simbólicas e modelos herdados das gerações anteriores. É por meio da sua formação científica que o pesquisador adquirirá os padrões que determinarão, a um só tempo, as investigações a fazer, o modo de a elas proceder, o seu curso e os seus resultados. Os cientistas nunca aprendem isoladamente. O instrumental

conceitual e pré-conceitual (supostos, conceitos, leis e teorias) empregado na pesquisa científica é vivenciado pelo cientista sob a forma de uma unidade histórica naturalizada e fundada na crença de seu poder explicativo, ou seja, nas suas possibilidades de explicação e de aplicação. A crença nesse instrumental constitui um paradigma enquanto elemento integrador e orientador da pesquisa científica daquela comunidade. Para Kuhn, o paradigma é o fator de estruturação da própria comunidade científica: "as tradições científicas são mantidas na medida que um conjunto de problemas e de soluções modelares são aceitos como guia para a ação de todos os membros da comunidade" (KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas, passim). No entanto, é precisamente o esgotamento da força explicativa de um paradigma por sua incapacidade de responder às novas questões postas pelo próprio desenvolvimento da ciência que marca a crise do paradigma até então em vigor e o surgimento de um novo assentado em supostos opostos. Há assim uma tensão entre o caráter dogmático do paradigma vigente e a necessidade de flexibilidade para responder a novas situações que não podem ser resolvidas segundo as regras desse paradigma. Verifica-se então uma tensão essencial entre um pensamento convergente (ciência normal) e um renovado pensamento divergente (ciência extraordinária). Para Kuhn, a existência de um pensamento convergente é tão importante para o desenvolvimento científico como o divergente, pois o cientista fundamentará necessariamente a sua pesquisa em uma tradição e só em diálogo com ela poderá desenvolver seu trabalho ainda que posteriormente ele venha a significar uma ruptura com essa mesma tradição.

O projeto moderno iluminista, cartesiano, ao considerar o indivíduo o seu ponto de partida, como um dado pronto e acabado, isolado e capaz de se manter acima de seu próprio contexto mediante a adoção de um método que, por si só, revelaria a verdade desse objeto de uma vez por todas, fundava-se na mitificação da possibilidade de enfrentamento racional dos problemas.

Se a razão, por si só, não é capaz de garantir de forma heurística por meio de métodos científicos, supostamente assépticos, a sua própria racionalidade, isso não significa que o projeto deva ser de todo abandonado. Pelo contrário, pois é exatamente com o reconhecimento do caráter historicamente datado e socialmente situado do conhecimento humano, da sua natureza de processo permanente de aprendizado, que

podemos lidar racionalmente com os riscos inerentes à nossa própria racionalidade, ou seja, procedermos ao iluminismo do iluminismo.

Somente a constante tematização dos riscos e limites a que nossa racionalidade se encontra sujeita e a permanente possibilidade de crítica, de revisão e de aprimoramento aberta por um saber que se saiba precário, que exponha os seus fundamentos à refutação, pode fornecer os critérios de verificação de uma verdade que sempre será, para nós, válida enquanto for crível, precária e provisória, posto que socialmente situada e historicamente datada, e, nem por isso, menos verdadeira. A única verdade a que, enquanto homens e não deuses, podemos ter acesso, um constructo social.

Para respondermos adequadamente à indagação formulada pelo Conselho Federal de Psicologia é necessário, portanto, tematizarmos a questão dos riscos e dos limites da racionalidade aplicada ao campo do Direito Constitucional. Quais excessos de confiança na racionalidade possibilitaram abusos no campo do Direito Constitucional e no de sua ciência? Com esse rápido exercício de Teoria da Constituição poderemos compreender porque a leitura a ser feita dos textos constitucionais não mais pode deixar de levar a sério os direitos dos portadores de sofrimento ou transtorno mental, sob pena de ser a leitura mesma inconstitucional. Bem como compreender porque a leitura clássica, ao contrário, permitia que o Direito pudesse ser empregado, ironicamente em nome do interesse público, do interesse de todos, contra essas pessoas. Possibilitava-se que, na prática, elas fossem excluídas de toda e qualquer proteção jurídica. Destruía-se, assim, o que se alegava preservar, o espaço público, o respeito aos direitos fundamentais de todas as pessoas. Privatizava-se, desse modo, a própria dimensão pública ao exatamente não se reconhecer a essas pessoas os mais básicos e fundamentais direitos e garantias, tornando a todos os destinatários, ao final, potencialmente vulneráveis e passíveis de sofrer os mais graves abusos (a esse propósito, recorde-se as experiências da Casa Verde - ao cientista, "tudo quanto pediu, deu-se-lhe" - no grande conto de Machado de Assis, "O Alienista").

Para tanto buscaremos reconstruir o sentido que hoje porta o princípio da igualdade, enriquecido pelos distintos sentidos a ele atribuído nos paradigmas constitucionais anteriores, bem como o papel estrutural por ele exercido, ao lado do princípio da igualdade, na móvel, complexa e rica arquitetura do constitucionalismo.

1.2 O princípio constitucional da igualdade de todos diante da lei como a garantia do reconhecimento público do direito à diferença

Como vimos, para responder à indagação de quais seriam os contornos de uma doutrina constitucionalmente adequada às exigências hoje postuladas ao Direito Constitucional será necessário procedermos a um breve exercício de teoria da Constituição. O Direito Constitucional, tanto como vivência prática quanto como doutrina, já apresenta uma história passível de ser apreendida em períodos, em distintos paradigmas.

Essa reconstrução histórica permite o delineamento de mudanças e rupturas passíveis de serem enfocadas como um processo de aprendizado e que, hoje, nos possibilitam reconhecer uma linha tendencial de continuidade subjacente às significativas rupturas temporais e à diversidade vivencial nas distintas latitudes geográfico-espaciais, que, com Maurizio Fioravanti e Michel Rosenfeld dentre outros, denominamos constitucionalismo. Em última instância, esse constitucionalismo consubstancia-se na permanente e constante tentativa de se instaurar e de se efetivar a exigência idealizante que inaugura a modernidade, enquanto tempo de uma sociedade que se tornou complexa, que não mais pode lançar mão de fundamentos absolutos inquestionáveis (religiosos) para legitimar a sua organização política e o seu sistema de direitos: a institucionalização da crença de que constituímos uma comunidade política de sujeitos livres e iguais, co-autores das leis que regem o nosso viver em comum.

Constitucionalismo marcado, desde a sua origem, por duas grandes tradições em tensão que, por sua vez, perpassam os paradigmas constitucionais. De um lado, a tradição liberal, a considerar os direitos individuais à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade (na esteira de John Locke, por exemplo) direitos naturais egoísticos, anteriores a qualquer socialização dos indivíduos. Do lado oposto, a tradição republicana, defendendo o império impessoal da lei e de instituições sólidas em uma comunidade política que, por compartilhar vivências e valores, engendra e cultiva nos indivíduos as virtudes cívicas necessárias e adequadas à vida pública (como em Jean Jacques Rousseau, por exemplo).

Com Jürgen Habermas, podemos reconhecer três grandes paradigmas que tendencialmente se sucedem na história do constitucionalismo. Para a denominação desses paradigmas adotou-se o nome dado pelas próprias constituições ao tipo de organização política que elas instituíam. As constituições do primeiro paradigma afirmavam instituir um “Estado de Direito”; as do segundo, um “Estado Social” ou de “Bem-estar Social”; e, as do terceiro e atual, um “Estado Democrático de Direito”.

Na vivência inaugural do constitucionalismo, sob o paradigma do Estado de Direito, afirma-se, pela primeira vez na história, que todos os homens são livres e iguais por nascimento. E, por isso mesmo, também pela primeira vez na história, uma vez reconhecida a todos os membros da sociedade a titularidade aos direitos de igualdade e de liberdade, é possível um ordenamento jurídico único, constituído por leis gerais e abstratas, válidas para a sociedade como um todo. Nessa sociedade todos devem ser reconhecidos como iguais diante da lei, todos devem ser reconhecidos como sujeitos de direito. A escravidão, a servidão e as ordens de privilégios, ou seja, os ordenamentos hierarquizados e excludentes entre si das distintas castas e corporações de ofício devem ser abolidos. Todos são iguais porque agora são proprietários, no mínimo de si próprios, ninguém mais pode ser propriedade de outrem e, assim, todos são sujeitos de Direito.

John Locke, em seu Segundo Tratado sobre Governo, afirma poder ver que os homens são diferentes; são altos, baixos, gordos, magros, ricos, pobres, mas, na verdade, esclarece ele que ao declarar o princípio universal da igualdade de todos afirma que, não importando as diferenças, todos devem ser iguais diante da lei, diante das oportunidades da vida. A lei não deve obrigar ninguém em razão de sua condição de nascimento, deve exatamente ao contrário, eliminar os privilégios de nascimento. É essa a grande primeira função do princípio da igualdade formalmente afirmado, colocar fim às ordens escalonadas de privilégios das castas, às corporações de ofício, à rígida hierarquia e imobilidade sociais. Uma igualdade que se assenta no fato de, como vimos, pela primeira vez na história, todos nessa sociedade serem proprietários, no mínimo, de si próprios. Mesmo o sujeito mais pobre dessa sociedade é proprietário e, portanto, é capaz de realizar atos jurídicos, de comprar, de vender, e de, assim, comparecer cotidianamente ao mercado, para vender a mercadoria que possui, que, no mínimo, é a sua própria força de trabalho.

Esse paradigma que demarca a primeira vivência constitucional revela, para dizer com Raffaele De Giorgi, o imenso processo de esclerose que marca a inauguração da sociedade moderna; uma sociedade que chega a ponto de não se reconhecer como tal, de ter como seu problema básico, exatamente, o de como se instituir em sociedade: como eu, um indivíduo, poderia suportar a convivência com outro, ou para dizer com Descartes, o problema de se delimitar onde termina a minha liberdade e começa a do outro.

É claro que essas pessoas já viviam e vivem em sociedade quando colocam o problema, o enorme problema de como a sociedade deveria se constituir, de como viver em conjunto. Inventava-se o indivíduo, a pessoa pode ser vista agora como uma mônada isolada, cheia de apetites e plena de egoísmo na sociedade civil, e não mais como um microcosmo que só adquiriria sentido como parte de um todo, a sociedade. A própria invenção das Constituições formais, um pouco posterior, já com os norte-americanos, é uma invenção que se dá ainda nesse processo de instituição da modernidade.

O princípio da igualdade formal articula-se com a concepção que contemporaneamente se tem do princípio da liberdade, entendida então, no dizer de Montesquieu e do próprio Locke, como a possibilidade de o indivíduo fazer tudo o que um mínimo de leis não lhe proibissem. Portanto, quanto menos leis incidissem sobre o comportamento dos indivíduos mais livres eles seriam.

Daí a idéia de um Estado mínimo que deveria garantir o máximo de liberdade formal aos indivíduos, o livre curso da sociedade civil, dos egoísmos, um Estado-polícia, encarregado apenas de zelar para que as pessoas não invadissem a esfera de liberdade das outras. Privado é assim o terreno naturalizado do nascimento e da luta cotidiana pela vida das pessoas, a sociedade civil, espaço social onde deveria ser assegurado o “natural” e livre curso das diferenças entre elas com base na afirmação de sua igualdade garantida por leis gerais e abstratas, acreditando-se que, assim, a sociedade se tornaria cada vez melhor. O público, por outro lado, é visto aqui como a dimensão estatal, como o espaço social artificialmente criado do qual apenas a “melhor sociedade”, a denominada sociedade política, censitariamente selecionada, poderia e deveria participar em graus diferenciados segundo o seu nível de renda anual.

A exploração do homem pelo homem que se seguiu, conduziu a uma riqueza e a uma miséria sem precedentes na história da humanidade, bem como a toda uma luta bastante conhecida do operariado e dos demais deserdados sociais pelo reconhecimento de um novo conteúdo de sentido para os direitos de liberdade e de igualdade.

Pois bem, a experiência constitucional sob o paradigma do Estado de Direito rapidamente nos demonstrou de forma dolorosamente vivencial e crescente todo o potencial de exclusão social presente na afirmação, de início, inclusiva do reconhecimento dos direitos de igualdade e de liberdade formais a todos os membros da sociedade, minando, dessa forma, cada vez mais o poder de convencimento de seus supostos. Assim, esses pressupostos são desnaturalizados pela crítica que emerge do sofrimento acumulado pela imensa desigualdade social por eles gerada e perdem a sua força explicativa.

Desse modo, a crise de paradigma iniciada em meados do século XIX, promove o surgimento de um novo, gestado com a crítica da efetivação histórica dos potenciais excludentes do primeiro antes vistos como inclusivos, desnaturalizando-os, constituindo-se como contra-ponto ao anterior e apresentando-se como a alternativa plausível e correta.

Após a I Guerra Mundial, os novos textos constitucionais configuram expressamente um novo tipo de constitucionalismo e mesmo os antigos textos serão lidos à luz desse novo paradigma. É o constitucionalismo social ou do paradigma do Estado Social, que redefine os direitos fundamentais de liberdade e de igualdade, materializando-os, e ao fazê-lo, amplia a tábua de direitos.

Assim é que, na verdade, não há uma mera adição de um segunda geração de direitos aos individuais, que seriam os sociais e coletivos, mas verifica-se toda uma mudança de paradigma que redefine os próprios conceitos dos denominados direitos individuais. Liberdade e igualdade ganham novo sentido resultante do duro processo de aprendizado consubstanciado na vivência anterior.

O princípio da igualdade não mais pode ser entendido como a garantia da igualdade meramente formal e nem, tampouco, o da liberdade como a ausência de leis. A idéia de liberdade agora se assenta na exigência de uma

igualdade tendencialmente material, mediante o reconhecimento em lei das diferenças materiais entre as pessoas, buscando proteger o lado mais fraco das várias relações. É precisamente essa mudança básica que será traduzida na afirmação constitucional dos direitos sociais e coletivos, dos denominados direitos de segunda geração. O princípio da liberdade requer agora a densificação do mínimo de tratamento desigual dos desiguais exigindo leis que, embora gerais e abstratas, reconheçam as diferenças materiais mais marcantes, promovendo a emancipação do campo do Direito civil, por exemplo, do Direito do trabalho e da previdência social. Mesmo o direito de propriedade privada, se admitido, é condicionado à uma função social e não mais visto como direito natural e absoluto.

É a transformação que Hans Kelsen muito bem observa e descreve quando afirma que o Direito público e o privado não mais poderiam ser vistos como categorias ontologicamente distintas. Para ele, a distinção meramente didática entre Direito público e Direito privado poderia ser mantida, desde que se veja que, na verdade, todo Direito é ontologicamente público, estatal, convencional, criado em um parlamento. Inclusive a quantidade de esfera privada que se deixa aos particulares é uma convenção pública, todo o Direito é convencional (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra: Armênio Amado, 1978).

As Constituições consagram, por exemplo, o direito à saúde e à educação para todos, mas precisamente o que não há nesse momento é o acesso de todos às condições e serviços de saúde e de educação. O Estado assumirá agora o papel do Leviatã capaz de produzir um tal programa de ações que viabilizasse as condições materiais para que a massa de desvalidos atingisse a cidadania. Se antes a cidadania censitária envolvia apenas o direito de voto, enquanto cidadania restrita e formal, agora, com o sufrágio universal, requer-se igualmente a materialização das condições para o seu bom exercício. Paradoxalmente, muito embora a nova concepção de liberdade e de igualdade ou, em termos práticos, de cidadania constitucional, passasse assim a exigir o direito de acesso à saúde, à educação, à cultura, ao trabalho, à previdência ou mesmo à seguridade social, enfim, aos direitos sociais e coletivos, ela também aporta, como consequência perversa, a suposição subjacente de que, precisamente em razão da absoluta carência da população em geral de todos esses direitos materializantes da cidadania, conquanto essa população agora votasse, a

cidadania propriamente dita só poderia ser uma distante promessa, reduzindo a população à condição de um dos elementos constitutivos do Estado, o objeto pessoal do seu domínio, a massa carente da tutela estatal, o objeto dos programas sociais, jamais seu sujeito. O público continua a ser, portanto, reduzido ao estatal, e o privado, ao egoísmo, somente que o sinal de valoração passa a ser o inverso.

A massa alcança o direito de voto, mas, ao mesmo tempo, requer-se que os direitos que lhe são atribuídos sejam materializados para que ela, transformada então em cidadania, pudesse algum dia vir, de fato, a definir as políticas que lhe são destinadas.

Outra vez, a própria atuação do Estado Social produziu os problemas que minaram a força explicativa do paradigma. Torna-se claro que a burocracia encastelada no poder estatal por ela privatizado jamais produz cidadania, apenas dependência e o seu correlato, a clientela.

O advento do paradigma do Estado Democrático de Direito é marcado pela retomada crítica das experiências anteriores, pela recriação de um novo pano-de-fundo de compreensão do Estado, dos direitos fundamentais e da cidadania bem mais rico e complexo. A doutrina constitucional passa a ter então de enfrentar o desafio de incorporar reflexivamente todo esse saber geracional difusamente compartilhado. Sabemos hoje, por experiência própria, que a tutela paternalista elimina exatamente a cidadania que ela prometera realizar. Pois o paternalismo subtrai dos cidadãos nada menos do que a sua autonomia, do que o respeito à sua capacidade de autogestão, não lhes permitindo aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de não-cidadania), manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se apresentam como os seus tutores, como os seus defensores.

Tutores que, na melhor das hipóteses, no mínimo de forma inconsciente, crêem a priori e autoritariamente na sua própria superioridade em relação aos tutelados e, assim, os desqualificam como possíveis interlocutores. O debate público e os processos constitucionais de formação de uma ampla vontade e opinião públicas foram e correm o risco permanente de serem assim privatizados. Foi exata e precisamente essa a lição que os excessos do Estado Social, em todos os vários matizes que essa forma de

legitimação do poder político foi capaz de assumir ao longo do século XX, nos ensinaram.

A doutrina e os textos constitucionais atuais, como os da Constituição da República de 1988, tiveram e têm que aprender a ver e a lidar racionalmente com esse risco. As clássicas dicotomias que marcaram toda a construção e as distintas vivências constitucionais nos últimos dois séculos e meio de constitucionalismo não mais podem ser vistas como constituídas por pólos antagônicos e excludentes entre si.

Ao contrário, todas as dicotomias clássicas, como republicanism e liberalism, igualdade e liberdade, público e privado, soberania popular e constitucionalism, e assim por diante, apenas aparentemente apresentam uma natureza paradoxal.

Na verdade, seus pólos, embora efetivamente sejam opostos um ao outro, são também, a um só tempo, constitutivos um do outro, de tal sorte que instauram uma rica, produtiva e permanente tensão, capaz de dotar o Direito e a doutrina constitucionais da complexidade necessária para enfrentar os riscos que agora somos capazes de ver e tematizar como problemas. Ou seja, de se dotar do instrumental teórico e científico necessário para buscar prevenir e coibir a possibilidade sempre presente do abuso, da privatização, da manipulação que procura empregar os próprios conceitos e normas fundamentais e estruturantes do constitucionalism contra o constitucionalism. Problemas que essa doutrina antes nem era capaz de ver.

Não há espaço público sem respeito aos direitos privados à diferença, nem direitos privados que não sejam, em si mesmos, destinados a preservar o respeito público às diferenças individuais e coletivas na vida social.

Não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria, pois aí há, na verdade, ditadura; nem constitucionalism sem legitimidade popular, pois aí há autoritarism.

A igualdade reciprocamente reconhecida de modo constitucional a todos e por todos os cidadãos, uma vez que, ao mesmo tempo, a todos e por todos é também reconhecida reciprocamente a liberdade, só pode significar a igualdade do respeito às diferenças, pois embora tenhamos diferentes

condições sociais e materiais, distintas cores de pele, adotemos formas de vida diversas, diferentes credos religiosos, pertencamos a gêneros distintos ou não tenhamos as mesmas opções sexuais, nos respeitamos ainda assim como se iguais fôssemos, não importando todas essas diferenças.

Se a todos devem ser asseguradas oportunidades mínimas para alcançarem as condições materiais necessárias ao pleno exercício dos seus direitos constitucionais fundamentais de liberdade e de igualdade, precisamente em razão de já serem cidadãos, é que o exercício da cidadania não pode continuar a ser condicionado à efetividade dessas prestações públicas materializadoras. Pelo contrário, já são cidadãos desde o início, livres e iguais, respondendo por suas opções e com elas aprendendo. E essa cidadania necessariamente envolve a permanente reconstrução do que se entende por direitos fundamentais consoante uma dimensão de temporalidade que abarque as vivências e exigências constitucionais das gerações passadas, das presentes e das futuras.

Assim, somente uma identidade do sujeito constitucional complexa, aberta e sempre incompleta pode agasalhar e nutrir o constitucionalism, pois não há ditadura que possa plausivelmente preparar para o exercício da cidadania, somente o exercício da cidadania produz cidadãos.

O paradigma do Estado Democrático de Direito, enquanto um paradigma constitucional que, distintamente dos anteriores, sabe dos paradigmas e das limitações que esses nos impõem, requer uma doutrina que incorpore a complexidade suficiente para lidar com as tensões e os riscos que somente um saber que se sabe precário é capaz de ver.

Os paradigmas constitucionais precedentes comungavam da fé iluminista na fórmula da regra elevada à condição de lei geral e abstrata capaz de prever e regular as suas próprias condições de aplicação. A aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade reciprocamente reconhecidos a todos dependia e mesmo poderia ficar condicionada ao advento de legislação infraconstitucional. A norma jurídica, por excelência, seria a norma dotada de sanção, ou melhor, aquela que buscasse regular as suas condições de aplicação. Os princípios abertos e indeterminados não tinham propriamente lugar no ordenamento para a doutrina anterior.

Para a atual doutrina constitucional, ao contrário, os princípios

constitucionais condicionam não somente a validade de uma lei, mas a própria aplicação das normas válidas às situações concretas, sempre complexas e ricas (Carvalho Netto, Menelick. Requisitos pragmáticos de interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. Revista de Direito Comparado, vol. 3. Belo Horizonte: Del Rey/UFMG, 2000).

Assim, vemos hoje que as normas constitucionais apresentam, a princípio, uma textura própria, diferenciada das dos demais ramos do Direito que nelas encontram o seu fundamento.

No âmbito do Direito Constitucional, torna-se muito difícil imaginar agora que algum dia o conceito de norma jurídica possa ter sido reduzido ao de regra, ou seja, ao das normas dotadas de sanções explícitas, das normas que buscam regular mais especificamente a sua própria aplicação. Para quem lida com o Direito Constitucional é, no mínimo, incômodo ainda acreditar em normas que sejam auto-aplicáveis.

Dado ao alto grau de complexidade em termos de abertura, repercussão e abrangência inerentes a essas normas, ou seja, ao seu caráter principiológico em relação a todo o demais ordenamento, esse operador jurídico sabe perfeitamente que uma norma, por si só, não se autoaplica. Ela sempre requererá a mediação da sensibilidade do intérprete para avaliar as especificidades concretas da situação de aplicação e encontrar no ordenamento a norma adequada a regê-la.

Os princípios, enquanto normas literalmente fundamentais, encontram-se na base de todas as demais normas daquele ordenamento, não buscam regular a sua própria aplicação, são normas sem sanção expressa e essa sua característica, ao contrário do que a doutrina clássica acreditava, não somente não as inviabiliza como, ao contrário, possibilita que assumam efetivamente a natureza de normas estruturantes de todo o ordenamento, condicionando a validade de todas as demais normas e regendo a sua aplicação aos casos concretos, de sorte que só se apliquem quando pertinentes às especificidades próprias do caso em questão.

Enquanto tais, os princípios, por sua natureza universal e abstrata, por seu caráter aberto e indeterminado, são capazes de exercer força regente sobre todas as demais normas do ordenamento que apenas neles podem encontrar a condição não somente de sua validade considerada em

abstrato, como de aplicação nos casos concretos, pois se destinam a densificá-los.

Para muito além disso, os princípios fundamentais são também capazes de encontrar aplicação imediata, ou seja, de reger diretamente situações concretas de aplicação normativa (estabelece o § 1º do art. 5º da Constituição: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”). Aí, os princípios apresentam-se diretamente em concorrência com as regras, com as normas mais concretas, dotadas de sanção, sempre densificadoras de algum outro princípio, disputando com elas a regência de situações concretas, sempre complexas, muito mais ricas do que a nossa capacidade de prevê-las nos textos legais ou, mais precisamente, do que a esquematização prévia e abstrata das condições de aplicação em concreto de uma norma universalmente válida, ou seja, potencialmente aceita por todos os afetados.

A própria conquista evolutiva moderna consubstanciada na criação de leis gerais e abstratas se, por um lado, possibilitou de forma bastante eficaz o fim da estratificação social em castas e o combate aos privilégios de nascimento, bem como pôde, até certa medida, instrumentalizar políticas públicas de materialização dos direitos de igualdade e de liberdade reconhecidos a todos, por outro, é, ela própria, um fator de incremento de complexidade na tarefa de aplicação das normas jurídicas. A norma *prima facie* aplicável a uma determinada situação, pode, naquela específica, não ser absolutamente a norma adequada a regê-la. Isso ocorrerá sempre que a cuidadosa análise das distintas reconstruções do evento em disputa, feitas por todos os afetados, demonstrar que a norma *prima facie* aplicável jamais regerá efetivamente o comportamento dos afetados e nunca servirá de base para os compromissos assumidos por e entre eles.

Tornamo-nos capazes de ver, portanto, o risco bastante plausível de uma das partes levantar judicialmente a pretensão de que uma norma seja aplicada ao caso exclusivamente com o fito de obter vantagem a ela absolutamente indevida, tão somente porque essa norma se encontra abstratamente prevista em uma lei para potencialmente reger aquele tipo genérico de situação de aplicação. Mas, com base na análise do caso dado, das peculiaridades específicas do evento ocorrido pode-se verificar que essa situação de aplicação determinada requer a regência do princípio

que efetivamente rege os compromissos assumidos, ou seja, da norma adequada a se aplicar a essa situação sem gerar resíduos de injustiça.

Essa prioridade dada aos princípios, inclusive no campo da aplicação do Direito, exigiu uma alteração igualmente profunda na concepção do próprio ordenamento e de sua dinâmica como ordem que não pode se fechar. Pelo contrário, ao garantir o pluralismo também em termos temporais essa ordem tem que permanecer aberta à dinâmica ínsita ao constitucionalismo e adequada à mutável sociedade cada vez mais complexa inaugurada na modernidade.

Um dos autores que mais contribuíram para essa alteração foi, sem dúvida, Ronald Dworkin.

Em seu *Law's Empire*, Dworkin afirma que "O Direito como integridade (...) insiste que as pretensões jurídicas são juízos interpretativos e, portanto, combinam elementos pretéritos e elementos futuros, elas interpretam a prática jurídica contemporânea como uma narrativa em desenvolvimento, em construção" (Dworkin, Ronald. *O império do Direito*. LE: 225).

Dworkin reinterpreta a trajetória moderna no campo do Direito como um processo de criação e permanente reconstrução de uma comunidade de princípios, ou seja, de uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como pessoas livres e iguais e que vivem sob a égide de leis que elas próprias aprovaram para reger a sua vida em comum. Igualdade significa aqui que todos devem ser tratados com a mesma dignidade e respeito. A integridade do Direito requer que se leve a sério esses direitos fundamentais reciprocamente reconhecidos e que, por seu caráter abstrato, admitem muitas concepções no interior do mesmo conceito, como vimos no breve excuro histórico acima delineado.

Aqui Dworkin emprega a metáfora do romance literário escrito por vários autores mas que mantém a sua unidade. Cada geração escreve da melhor forma que pode o seu capítulo e, como vimos, é a partir do capítulo anterior que pode dar continuidade à saga. A integridade do Direito verifica-se, assim, para Dworkin, tanto em termos sincrônicos quanto em termos diacrônicos. Há, portanto, uma coerência interna também no processo de aprendizagem que hoje nos permite entender os direitos fundamentais de liberdade e de igualdade que mutuamente nos reconhecemos de forma muito mais matizada, rica e complexa do que aqueles que iniciaram essa trajetória. A compreensão que atualmente compartilhamos desses direitos

é fruto das vivências anteriores e, a um só tempo, como essas vivências anteriores, compõe a dinâmica estrutural inerente e constitutiva da sociedade moderna. Os cidadãos modernos do Estado não são meros súditos mas cidadãos portadores de direitos; o sistema jurídico os cultiva, promove sua mediação e constitui suas posições no corpo social. Sem uma imagem de integridade nós nos perderíamos a modernidade se desequilibraria. (DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins fontes, 2000, pp. 217-250. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Op.cit., p. 213 a 332).

A noção de uma comunidade de princípios e a da história de seu Direito como integridade em Ronald Dworkin permite que se aborde toda a história constitucional da sociedade moderna como um processo de reconhecimento e proteção institucional das diferenças (liberdade) como igualdade (como respeito às diferenças). No entanto, Como salienta Raffaele De Giorgi

"É necessário refletir sobre o fato de que os sistemas sociais da sociedade moderna, quando funcionam racionalmente - ou seja, quando funcionam com base em seus pressupostos estruturais - produzem exclusão porque operam com base na inclusão universal, em condições estruturalmente determinadas pelo sistema. Nova inclusão significa, então, nova exclusão. Inclusão significa outra marginalidade" (DE GIORGI, Raffaele, *in Direito e modernidade*).

Assim, o constitucionalismo revela-se como um processo de inclusão que gera e revela permanentemente a exclusão. A cada vez que se afirmam os detentores dos direitos constitucionais, tacitamente define-se a quem os mesmos não são reconhecidos.

Desse modo é que Michel Rosenfeld, ao tratar teoreticamente da complexidade que recobre o tema da identidade do sujeito constitucional, retoma esse mesmo processo de inclusão que sempre aponta para exclusões antes invisíveis, para os movimentos de luta por novas inclusões, para concluir que se a identidade constitucional de um povo se fechar sobre si mesma ela já não mais seria constitucional, mas sim despótica, autoritária. O constitucionalismo requer o pluralismo em todos os níveis, inclusive na dimensão temporal (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003).

Como demonstraram as lutas sociais por reconhecimento das últimas décadas do século XX a justiça pode requerer mais do que a distribuição equânime de bens materiais. Comentando essas lutas afirma Charles Taylor “o devido reconhecimento não é apenas uma cortesia com que devemos tratar as pessoas. É uma necessidade humana vital” (TAYLOR, Charles. *The politics of recognition*, in *Multiculturalism and the politics of recognition*. Amy Gutmann (ed.). Princeton, N. J., Princeton University Press, 1992).

Axel Honneth, ao analisar esses movimentos atuais ressalta a importância das relações sociais para o desenvolvimento e a manutenção da identidade de uma pessoa. Com base nesse nexo entre os padrões sociais de reconhecimento e os pré-requisitos individuais para a auto-realização e com a referência constante às descobertas empíricas das ciências sociais ele desenvolve tanto um quadro para se interpretar as lutas sociais, quanto uma avaliação normativa das pretensões levantadas nessas lutas, perfeitamente consentânea com as lições incorporadas pelo Direito Constitucional. Honneth constata que a possibilidade de formação de uma identidade pessoal depende crucialmente do desenvolvimento da autoconfiança, do auto-respeito e da auto-estima. Essas habilidades de auto-relacionamento só podem ser adquiridas e desenvolvidas intersubjetivamente, é mediante o reconhecimento dos outros que essa pessoa também se reconhece. Assim é que as condições de auto-realização dependem do estabelecimento de relações de reconhecimento mútuo. Essas relações compreendem, além das relações íntimas de amor e amizade, as relações constitucionais e legalmente institucionalizadas de respeito universal pela autonomia e dignidade das pessoas, espraiando-se em redes de solidariedade e de valores compartilhados no interior das quais o valor específico dos membros individuais de uma comunidade pode ser reconhecido. Essas relações não são dadas de forma ahistórica, mas devem ser estabelecidas e ampliadas nas lutas sociais, que não podem ser reduzidas a conflitos de interesses. A gramática de tais lutas envolve os direitos fundamentais no sentido de que os sentimentos de ultraje e de indignação que as guiam são gerados pela rejeição das pretensões de reconhecimento levantadas e assim colocam em xeque a legitimidade dos arranjos sociais. Desse modo é que as lutas históricas por reconhecimento confirmam empiricamente o ideal de uma sociedade justa. (HONNETH, Axel. *The struggle for recognition*. Cambridge, MIT Press., 1998).

2. O direito à igualdade do portador de sofrimento ou transtorno mental na atual ordem constitucional

Por todo o exposto, podemos agora compreender bem melhor o que dispõe o parágrafo segundo do art. 5º da Constituição da República:

Art. 5º, § 2º “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Esse dispositivo acolhe claramente no nosso ordenamento jurídico positivo os direitos fundamentais como um permanente processo de inclusão, de exclusão, ou seja, em síntese, de aprendizado. Assim é que definições institucionais infraconstitucionais podem legitimamente renovar, atualizar e incrementar a nossa compreensão, a leitura que fazemos dos direitos fundamentais na Constituição, tornando-os vivos na dinâmica cada vez mais complexa e abrangente desses princípios no regime constitucional concreto.

Desse modo é que as Constituições não são meros textos, mas a leitura e a compreensão que somos capazes de fazer desses direitos que reciprocamente nos atribuímos em nossas vidas cotidianas, sempre dependentes das inclusões decorrentes das lutas pelo reconhecimento.

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

“Se olharmos as constituições do mundo não vamos encontrar uma só que faça referência à saúde mental como alguma coisa especial que mereça destaque constitucional. Por que razão será que se considera menos importante a questão da saúde mental?”

Assim é que a afirmação acima deve ser entendida apenas como um registro, já histórico, da falta de atenção das constituições anteriores em relação aos direitos fundamentais do portador de sofrimento mental;

contudo, o lamento então proferido já revelava que o portador de sofrimento mental não mais poderia ter a sua cidadania desconhecida; a eles deveria ser reconhecido o respeito a sua condição de ator na construção da cidadania, ou seja, a garantia da sua titularidade aos direitos fundamentais, exatamente na mesma medida em que são direitos da titularidade de todos os cidadãos.

Em outras palavras o que agora, por força de lei, se exige em relação ao portador de sofrimento ou transtorno mental é o direito constitucional à igualdade na sua diferença.

Antes mesmo da promulgação da Lei nº. 10.216/01, com base em uma leitura adequada do princípio constitucional da igualdade aplicada aos portadores de sofrimento ou transtorno mental, já se registrava a construção judicial inteiramente pertinente, segundo a qual a medida de segurança, tal como concebida no Código Penal (art. 26), e até então praticada, não poderia encontrar amparo na ordem constitucional inaugurada em 1988.

Assim é que as decisões a seguir transcritas já não consideravam recepcionado o artigo 26, do CP, por configurar inadmissível prisão perpétua, supostamente “em defesa da sociedade”, violando, na prática, os direitos mais elementares de qualquer membro da sociedade do qual se alegasse ser portador de sofrimento ou transtorno mental.

Reconhecia-se, desse modo, a impossibilidade de se deixar de observar, também em relação aos portadores de sofrimento mental, os princípios basilares da igualdade, do devido processo legal e da ampla defesa.

Exemplificativamente:

“1. Imposição de Medida de Segurança à réu/paciente já a ela submetido. Impossibilidade. Bis in idem. 2. A internação psiquiátrica judiciária é medida extrema como a pena privativa de liberdade. Só pode ser tolerada em casos excepcionalíssimos e por pequeno período. 3. Tendência mundial da responsabilização penal do portador de sofrimento mental infrator, para que este possa contar com benefícios legais mínimos (progressão de regime, liberdade condicional etc.). 4.

Sentença absolutória imprópria, manutenção. 5. Leitura de princípios constitucionais e sua inserção no princípio da economia processual (TAMG-AC-329.375-0. Relator: Juiz Erony da Silva).”

1. Sanidade mental, laudo nulo por haver nítido prejuízo ao réu. A saúde mental é dever constitucional do Estado, que dele não se pode esquivar sob velhos argumentos de “não há verbas, não há vagas”. 3. Encaminhamento a serviço especializado não manicomial (TAMG-AC-321.202-0 Rel: Juiz Erony da Silva).

Fruto da luta pelo reconhecimento, travada inclusive pelos próprios afetados, organizados em movimentos sociais, a Lei n 10.216/2001, expressa claramente a inclusão do portador de sofrimento ou transtorno mental no elenco daqueles a quem, pública e juridicamente, reconhecemos a condição de titular do direito fundamental à igualdade, impondo o respeito de todos à sua diferença, ao considerar a internação, sempre de curta duração em quaisquer de suas modalidades, posto que, necessariamente vinculada aos momentos de grave crise, uma medida excepcional ao próprio tratamento.

O **tratamento** enquanto tal, segundo o disposto no § 1º do art. 4º, em consonância com o direito assegurado ao portador de sofrimento mental no inciso II do Parágrafo Único do art. 2º, terá como sua **finalidade permanente**, a reinserção social do paciente em seu meio. A internação, assim, em rigor, só é excepcionalmente admitida, para os momentos de grave crise, quando os recursos extra-hospitalares revelem-se insuficientes, e, muito embora o § 2º do art. 4º se refira ao “tratamento em regime de internação”, à luz dos demais dispositivos da Lei, essa expressão apenas pode significar a admissão da internação, em quaisquer de suas modalidades, como uma medida excepcional, temporária e de curta duração, para possibilitar a continuidade do efetivo tratamento, que sempre promoverá a reinserção social do portador de sofrimento ou transtorno mental e não o seu isolamento.

Não é outro o entendimento da mais recente jurisprudência:

“INTERDIÇÃO - INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO CURADOR A INTERDITO INDEFERIMENTO MANUTENÇÃO PROCESSUAL CIVIL. INTERDIÇÃO PRETENSÃO DE INTERNAÇÃO DA INTERDITANDA ATRAVÉS DE DETERMINAÇÃO

JUDICIAL. LAUDO MÉDICO QUE NÃO O RECOMENDA E MEDIDA QUE SE INSERE NO ÂMBITO DE A TRIBUIÇÃO DO CURADOR NOMEADO. RECURSO ADESIVO PRETENDENDO O MESMO QUE O RECURSO PRINCIPAL POSTULA. NÃO CONHECIMENTO IMPROVIMENTO DO APELO PRINCIPAL. I Os destinos dados ao tratamento da pessoa e dos bens de um interditando são de responsabilidade de seu curador, sob a fiscalização da Curadoria de Interditos, não cabendo nos autos de uma interdição ordenar-se a internação de quem quer que seja, mormente quando o laudo no qual se baseou a decretação não o recomenda; II - O art. II, do Decreto n.º 24.559, de 3 de julho de 1934, que dispõe sobre a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, preceitua que a internação de psicopatas, toxicômanos e intoxicados habituais em estabelecimentos psiquiátricos, públicos ou particulares será feita por ordem judicial ou a requisição da autoridade policial, a pedido do próprio paciente ou por solicitação do cônjuge, pai ou filho ou parente até o 4º grau, ou até mesmo por algum interessado, nas hipóteses previstas nos arts. 9 e 10 do mencionado diploma, ou seja, quando for inconveniente a conservação do psicopata em domicílio, ou aquele que atentar contra a própria vida ou a de outrem, perturbar a ordem ou ofender a moral pública, ocasião até em que se pode nomear curador provisório conforme decidiu a colenda Quinta Câmara no julgamento do AI 120/97, em que foi relatar o insigne Desembargador Marcus Faver, em julgamento de 06.05.1997, o que não é o caso dos autos, onde há curador nomeado. **A Lei nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, estatui, em seu art. 6º, que a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos e o seu art. 4º é expresso no sentido de que a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, e que o tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio;** III - Caracteriza a falta de interesse em recorrer quando o recurso adesivo postula o mesmo a que se almeja no recurso principal; IV- Improvimento do apelo e não conhecimento do recurso adesivo. Tipo da Ação: APELAÇÃO CÍVEL Número do Processo: 2002.001.14550. Data de Registro: 02/09/2003. Órgão Julgador: DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. DES. ADEMIR PIMENTEL. Julgado em 19/02/2003.

Na fundamentação do voto cita a legislação de reforma psiquiátrica --- Apelação Cível nº 2002.006188-9, de Criciúma.Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben. ENFERMO MENTAL - PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERNAÇÃO DEFINITIVA EM HOSPITAL ESPECIALIZADO - INADMISSIBILIDADE - LAUDO PERICIAL RECONHECENDO A GRAVE PATOLOGIA PSÍQUICA DO DOENTE, MAS RECOMENDANDO O SEU TRATAMENTO NO SEIO DA FAMÍLIA E DA SOCIEDADE, SOB ORIENTAÇÃO DE GRUPOS DE APOIO - POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO INTENSIVO NAS FASES DE REAGUDIZAÇÃO DA DOENÇA - APLICAÇÃO DAS MODERNAS TÉCNICAS DA PSIQUIATRIA (TJSC. Data da Decisão: 15/08/2002).

A vedação legal-constitucional à internação como uma forma de

tratamento permanente ou continuado, reconhecida inclusive no âmbito cível, com muito maior razão se impõe como garantia básica do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei. Aqui os princípios do devido processo legal e da ampla defesa impedem a aplicação a ele de uma penalidade perpétua e indefinida, posto que não mais procede legalmente considerar-se o isolamento como algum tipo de tratamento.

A Lei denuncia assim a noção mesma de periculosidade como conceito operável juridicamente, pois a exigência de um atestado de que qualquer um de nós jamais representará risco para a sociedade é absurda. O risco é inerente a nossa sociedade e pode-se buscar controlá-lo, nunca eliminá-lo. Trata-se, portanto, de se buscar promover a reinserção social do portador de sofrimento mental, ainda que em conflito com a lei.

A medida de segurança, a par de revelar-se instituto não passível de haver sido recepcionado na ordem constitucional de 1988, após o advento da Lei é, não somente ilegal, mas claramente inconstitucional.

Menelick de Carvalho Netto
Virgílio de Mattos