

Revista Portuguesa de
CIENCIA CRIMINAL

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 33 N.º 2 | Quadrimestral | maio - agosto 2023

SEPARATA

Primeiras notas sobre o tratamento involuntário na Nova Lei da Saúde Mental *

Pedro Soares de Albergaria

Juiz desembargador

Presidente do Tribunal da Comarca Açores

I.

1. Proponho-me abordar a Lei n.º 35/2023, de 21.7 ¹, que entrou em vigor no dia 20.8.2023 (art. 55.º), e, com isto, expressamente revogou a Lei n.º 36/98, de 24.7 ² (art. 54.º/a), focando-me, e apenas nos seus traços porventura mais relevantes, no novo regime de tratamento involuntário, nomeadamente naqueles em que a NLSM inovou. Este último vocábulo, uso-o aqui com cautela: as inovações que adiante referirei não implicam ruptura com regime pretérito; antes significam um caminhar na mesma direcção, um aprofundar das orientações de política de saúde mental cujas sementes foram lançadas e longamente feitas germinar pela LSM/98, diploma, de resto, adiantado ao seu tempo. Ou dito outro modo, é precipitado pensar que por a NLSM romper *formalmente* com a LSM/98, na medida em que pura e simplesmente a revogou, implique ela uma verdadeira “reforma” dos fundamentos e objectivos da política de saúde mental, dos direitos e deveres da pessoa com necessidade de cuidados de saúde mental e, enfim, para o que aqui mais nos importa,

* O texto corresponde, no essencial, à intervenção preparada para o evento “A Nova Lei de Saúde Mental — Uma visão interdisciplinar e de Direito Comparado”, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

¹ Nova Lei de Saúde Mental (= NLSM). Menção a preceitos sem outra indicação, entender-se-á como referida à NLSM.

² Lei de Saúde Mental de 1998 (= LSM/98).

do quadro regulamentar das restrições dos direitos dessas pessoas e das respectivas garantias. Tal como noutro local sublinhei ³, mantém-se o *modelo* assumido na LSM/98, com as suas dimensões de *intervenção comunitária*, de vincado *respeito pela autodeterminação* do paciente nos cuidados de saúde, de *decisão mista, médico-judicial*, de tratamento involuntário e, enfim, de consagração de um *processo de feição equitativa* nos termos do qual aquele tratamento pode ou não ser determinado ⁴. Em termos enxutos, tratou-se de variações dentro do mesmo modelo, de “revisão” dos aspectos jurídico-políticos da saúde mental e, para o que aqui nos ocupa, do “tratamento involuntário”, sendo nesse pressuposto que se devem ler as inovações que a seguir se observarão mais de perto, as quais serão apresentadas em tópicos.

II.

2. Primeira, e porventura praticamente mais relevante, novidade aportada pela NLSM é a reconfiguração dos modos de compulsividade, e sobretudo de relação entre eles, mediante os quais se pode sujeitar uma pessoa a tratamento psiquiátrico. Enquanto na pretérita LSM/98 o tratamento ambulatorio compulsivo só podia ser determinado no âmbito de um internamento compulsivo previamente ditado ⁵, na NLSM o tratamento involuntário em ambulatorio pode ser determinado “à cabeça”. Ou dito de outro jeito: enquanto no âmbito da LSM/98 o tratamento (compulsivo) em regime ambulatorio não tinha autonomia em relação ao internamento compulsivo, pressupondo-o, com a NLSM internamento e tratamento ambulatorios são duas espécies do mesmo género que operam em recíproca autonomia. É isto o que logo se extrai da definição de “tratamento

³ PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “A nova Lei de Saúde Mental na Proposta de Lei 24/XV/1.^a: ruptura ou evolução?”, *Julgar Online*, Junho de 2023.

⁴ Por vezes, essa continuidade é assumida, no texto da lei, em termos particularmente expressivos, como sucede com a redação da al. c) do art. 5.º, nos termos da qual é objetivo da política de saúde mental “*concluir a transição* para a prestação de cuidados de saúde na comunidade (...)” (itálico adicionado).

⁵ Arts. 8.º/3 e 33.º LSM/98.

involuntário”, “chapéu” semântico sob o qual se inscrevem as modalidades de *ambulatorio* e de *internamento*, irmanadas naquele conceito legal por serem *decretadas ou confirmadas por autoridade judicial* (art. 2.º**b**). E aqui uma primeira advertência em jeito de parêntese, que nem por ser mais ou menos óbvia deverá ser dispensada: é evidente que, do ponto de vista *fáctico*, pode suceder que tratamento ou internamento sejam impostos por autoridade outra que não um juiz. Mas, tratar-se-á, nesse caso, de decisão ou acto manifestamente *ilícito*, passível de reclamar as responsabilidades (civis, penais e disciplinares) previstas no art. 46.º e o remédio (*habeas corpus*) precavido no art. 45.º. O sentido da definição constante do art. 2.º**b** é, assim, o de contrapor o tratamento involuntário ao tratamento voluntário, que é o que *não requer, para ser lícito*, a intervenção de autoridade judicial — nunca o sentido de insinuar que pode haver *lícito* tratamento involuntário que *não* seja decretado ou confirmado por juiz.

2.1. Todavia, a afirmação de que a NLSM colocou o ambulatorio e o internamento (involuntários) em relação de recíproca autonomia deve ser entendida com a limitação, relevante, decorrente da seguinte injunção normativa: o internamento só pode ter lugar onde ambulatorio se mostrar inadequado ou insuficiente para garantia do tratamento medicamente prescrito (arts. 4.º/1**b** e 15.º/3). Indo um pouco mais longe na destriça do actual regime relativamente ao que resultava da LSM/98, aquela relação de subsidiariedade resolve-se numa *subsidiariedade de segundo grau* do tratamento (involuntário) em internamento: deste em relação ao tratamento involuntário ambulatorio e deste em relação ao tratamento voluntário. Uma relação que não se podia afirmar, em todas as suas implicações, na LSM/98, precisamente porque o tratamento (compulsivo) em ambulatorio pressupunha a determinação prévia do internamento compulsivo.

Trata-se de um passo adiante na lógica de *desinstitucionalização* e *reintegração* que inere ao modelo de intervenção comunitária, decorrente de uma evolutivamente renovada visão do modo de interacção do Estado com o cidadão portador de doença mental, que se liga, pressupondo-o, a um dos outros mandamentos daquele modelo, que é o da efectiva *descentralização* da prestação de cuidados de saúde

mental. Com efeito, a actualização prática de uma solução que, diante da necessidade de impor tratamento, dá inequívoca preferência à modalidade ambulatoria, só é possível mediante a mobilização de relevantes recursos humanos multidisciplinares que, naturalmente, demandam avultados caudais de recursos financeiros ⁶. Esse “estar próximo” e esse “agir local” que é condição de efectivação prática da solução gizada será assegurado pelas chamadas “equipas comunitárias de saúde mental”, que são as entidades cuja criação em quantidade suficiente para cobertura, e cobertura *equitativa* (art. 4.º/1/elf), do território nacional é condição *sine qua non* do sucesso da opção legislativa em matéria de tratamento involuntário ⁷. Não é exagerado afirmar que o sucesso da NLSM se joga, essencialmente, aqui.

3. Segunda alteração de relevo da NLSM resolve-se na eliminação do, assim chamado, *internamento tutelar* previsto no art. 12.º/2 da pretérita LSM/98, de acordo com o qual podia ser internado o “portador de anomalia psíquica grave que não possu[ísse] o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento, quando a ausência de tratamento deterior[asse] de forma acentuada o seu estado”. De acordo com a NLSM o tratamento involuntário requer a verificação daquela falta de discernimento quando, sobre ela, aliada à verificação de doença mental e à recusa de tratamento, se verificar perigo para bens jurídicos da própria pessoa que padece da enfermidade (art. 15.º/1/c).

Esta sensível alteração prende-se com uma opção de fundo, que é a que assenta em que a *carência de cuidados de saúde mental*, sendo

⁶ Estão inscritos no Plano de Recuperação e Resiliência cerca de 88 milhões de euros de investimento público para afectação à política de saúde mental.

⁷ As equipas comunitárias de saúde mental inserem-se nos serviços locais de saúde mental, estando previstas no art. 15.º/3 e 18.º do DL 113/2021, de 14.12, que “estabelece os princípios gerais e regras da organização e funcionamento dos serviços de saúde mental”. Cada uma dessas equipas assegura cuidados a uma população de 50 000 a 100 000 habitantes, sendo que até 2025 serão criadas, por imposição legal, 40 dessas equipas, o que corresponde a uma abrangência populacional de 2 a 4 milhões de habitantes. Depois daquela data o número de equipas a criar será fixado por despacho dos ministros das finanças e da saúde (art. 18.º/1/7, DL cit.).

condição necessária do tratamento involuntário não é, todavia, sua condição suficiente. Todo o tratamento involuntário requer, para se legitimar, a emergência de um *perigo* para bens jurídicos, mas com a seguinte distinção, que é a que agora o legislador quis vincar. Quando o perigo se projectar sobre bens jurídicos de *terceiros*, a intervenção do Estado está legitimada na precisa medida em que é função estadual (básica) a protecção desses bens — em razão do que, compreensivelmente, a falta de discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento não é, aqui, condição necessária (e menos suficiente) do tratamento involuntário. Mas já quando o mencionado perigo se projectar apenas sobre bens jurídicos do *próprio*, a intervenção estadual mediante tratamento involuntário não se legitima sem o apuramento daquela falta de discernimento, assim erigida em condição necessária dele ⁸. Esta opção, de que o art. 15.º/1/c dá basta nota, resolve-se em que a intervenção do Estado sobre a esfera do indivíduo serve, precisamente, para *reposição* da autonomia dele ⁹. Reposta esta, e tal como se ela nunca tivesse sido afectada, cessa a legitimidade da intervenção — ainda que ele crie perigo para bens jurídicos *seus*.

4. A meu ver, as duas alterações que acabei de referir são as que, em sede de condicionantes da heterodeterminação terapêutica regulada nos arts. 14.º ss., se mostram prenes de sentido e consequências, por assim dizer, substantivas ¹⁰. No que se refere a outras, como a substituição do conceito de “anomalia psíquica” (art. 12.º LSM/98) pelo de “doença mental” (art. 2.º/a e 15.º/1/a) e a disjunção do predicado da “gravidade” da doença e da exigência de “relevância” dos bens

⁸ Cf., MARIA JOÃO ANTUNES/MIGUEL XAVIER, “Proposta de Lei n.º 24/XV/1.ª. Discussão na especialidade. Contributo”, e HELENA MORÃO/ANTÓNIO BRITO NEVES, “Parecer sobre a Proposta de Lei n.º 24/XV/1.ª (aprova a Lei de Saúde Mental e altera legislação conexa), ambos *in*: www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=141788, p. 8 s.

⁹ Cf., JOEL FEINBERG, *Harm to Self*, Nova Iorque/Oxford: Oxford Univ. Press, 1986, p. 15.

¹⁰ Ainda que, como já se referiu, a actualização efectiva, prática, da preferência pelo ambulatorio em detrimento do internamento *dependa*, em larguíssima medida, dos meios materiais e humanos postos ao serviço dela (cf. n. 7).

jurídicos relativamente à enunciação dos pressupostos do tratamento involuntário descritos no n.º 1 do art. 15.º, em contrário do que sucedia na lei pretérita (art. 12.º/1 LSM/98), ou, enfim, a expressa referência à finalidade terapêutica do tratamento involuntário (art. 14.º e 15.º/1/d), resolvem-se menos na alteração do anterior *status quo* do que na reorganização (ou no sublinhar precaucionário de alguns) dos condicionalismos do tratamento involuntário.

4.1. Com efeito, impõe-se realçar a preocupação do legislador no sentido de tornar aparente o que na LSM/98 já era considerado latente, que é a que se denota no expreso assinalar de que o tratamento involuntário só é admissível lá onde for dirigido por uma *finalidade terapêutica*. Esta preocupação começa-se a notar logo no próprio *vocabulo* (“tratamento”) que aglutina ambas as modalidades impositivas (ambulatório e internamento) legalmente relevantes (art. 2.º/b), evidencia-se, depois, na norma que enuncia especificamente a *finalidade* do tratamento involuntário (art. 14.º), e, enfim, no erigir de uma tal finalidade em verdadeiro *pressuposto* do tratamento involuntário (art. 15.º/1/d).

Esse explicitar de uma evidência, traduz forte compromisso no afastar qualquer tentação, bem-intencionada que seja, de instrumentalizar o tratamento involuntário para fins de puro controlo (mormente incoizizador) da marginalidade. Um aspecto que será particularmente relevante diante de certos fenómenos aditivos, como precisamente aqueles que hoje atingem com particular virulência as regiões autónomas. Não que a NLSM (como de resto já a LSM/98) e o tratamento involuntário não possam ter aqui uma palavra, nomeadamente em face de surtos psicóticos associados a tais dependências. O que não pode é ir além disto e ser obliquada para fins outros e para uma luta que terá de ser travada com políticas outras, nomeadamente de corte social e, claro, também no âmbito da saúde pública.

A mencionada vinculação teleológica do tratamento involuntário corta cerce, inverificando-se, a própria *admissibilidade* de restrição ou privação da liberdade por via de qualquer das modalidades de “tratamento”. Verificada a finalidade terapêutica, cabe perguntar — e inverificada essa finalidade nem cabe perguntar — sobre a proporcionalidade, *latu sensu*, do tratamento involuntário. Tosando ainda mais as palavras, não há em

caso algum “tratamento” (involuntário) respeitador do preceito da proporcionalidade à margem de uma finalidade terapêutica. A finalidade terapêutica não obedece à lógica de balanceamento inerente ao juízo de proporcionalidade sobre o qual dispõem as várias alíneas do n.º 2 do art. 15, antes este pressupõe aquela. Estou mesmo em crer que alguns dos problemas que se suscitam no plano da elegibilidade de certas perturbações (*v. g.*, da personalidade) no âmbito do conceito amplo de “doença mental” constante dos arts. 2.º/a e 15.º/1/a, só se resolverão, ou poder-se-ão resolver, no limite, à luz da finalidade terapêutica (*rectior*: da falta dela) do tratamento involuntário.

4.2. Tema que gerou acesa discussão no âmbito dos trabalhos conducentes à NLSM, em especial entre psiquiatras, foi o da substituição do conceito de “anomalia psíquica” pelo de “doença mental”. Creio, todavia, que o tema foi sobrevalorizado. Logo à partida, dificilmente se compreende a crítica de que o conceito de doença mental previsto no art. 2.º/a é porventura demasiado vago e abrangente ¹¹, quando a LSM/98 nem definia o que fosse “anomalia psíquica”, deixando a densificação dessa definição inteiramente à ciência médica e ao labor jurisprudencial. E nem mesmo cremos ser atendível a objecção de que aquela (pressuposta) excessiva amplitude devia ter implicado a manutenção do qualificativo “grave” imediatamente associado à “doença mental”, como antes, na LSM/98, se verificava a respeito da “anomalia psíquica” ¹².

Desde logo, não é inteiramente procedente a afirmação de que a definição de doença mental não contenha qualquer nota de “gravidade”. Como se alcança do mencionado art. 2.º/a, a “perturbação” (quer dizer, o “transtorno”, a “desordem”, enfim, digamos assim, com cuidados, a fuga à “normalidade” a respeito do funcionamento) das esferas cognitiva, emocional ou comportamental em que se resolve a “doença mental” terá, para enquadrar o conceito relevante para tratamento involuntário, de ser “significativa”, portanto “relevante”,

¹¹ P. ex., FEDERAÇÃO NACIONAL DOS MÉDICOS — “Parecer”, p. 6, no lugar referido na n. 8.

¹² Entre outros, HENRIQUE PRATA RIBEIRO — “Parecer”, p. 2 s.; GUSTAVO JESUS — “Parecer”, p. 3; CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO — “Parecer”, p. 9 ss., todos no lugar referido na n. 8.

“considerável”, “importante”, enfim, “séria”¹³. Depois, na al. *c*) do n.º 2 do art. 15.º dispõe-se, literalmente, que o tratamento involuntário só pode ter lugar se for proporcionado à “gravidade” da doença.

Daqui, mas também, por exemplo, da dissociação da menção à “relevância” dos bens jurídicos postos em perigo relativamente aos pressupostos do tratamento involuntário, enunciados no n.º 1 do art. 15.º, resulta que o que o legislador terá pretendido foi efectuar um esforço no sentido de (re)organização lógica daqueles “pressupostos e princípios gerais” que regem o tratamento involuntário, tal como discriminados nos n.ºs 1 e 2 daquele preceito, em termos de melhor alinhamento deles com o modelo misto, médico judicial, de decisão em matéria de tratamento involuntário (arts. 20.º/4 e 23.º/2/*b*) e com a regra que subtrai à livre apreciação do juiz o juízo técnico-científico inerente à avaliação clínico-psiquiátrica (art. 20.º/6)¹⁴. Breve, terá ensaiado o legislador delimitar de jeito mais nítido a matéria pertinente às batatas, por um lado, e a matéria pertinente às becas, por outro.

Assim, a “perturbação significativa” das esferas cognitiva, emocional ou comportamental será sempre, atentemos, uma “perturbação [*clínicamente*] significativa”, como tal entregue ao juízo médico e, simetricamente, subtraída ao juízo do juiz; mas o que não está subtraído a este, e antes é sua tarefa nuclear, é verificar como pesa na balança da proporcionalidade a detectada “doença mental” (que pressupõe já a verificação da mencionada perturbação clinicamente significativa) diante da restrição da liberdade inerente a um tratamento imposto. Do mesmo modo, apurando o médico que da doença mental verificada tipicamente dimanam, do ponto de vista clínico, certos perigos para bens jurídicos pessoais ou patrimoniais, não está o juiz desonerado, antes estando obrigado, no juízo de proporcionalidade a que se refere a al. *c*) do n.º 2 do art. 15.º, a ponderar se os bens concretamente em causa têm “relevância” bastante, e se o perigo para eles é suficientemente intenso, para “contrapesarem” suficientemente na

¹³ Além de, claro, ter de enquadrar os critérios da Classificação Internacional de Doenças da OMS — cf. art. 2.º/*a*.

¹⁴ MARIA JOÃO ANTUNES/MIGUEL XAVIER (n. 8), p. 4 e s.

referida restrição da liberdade individual da pessoa carecida de cuidados de saúde mental. Entre, imaginemos, a relativa inofensividade do compulsivo *voyeur* das dunas e a alta danosidade do, igualmente compulsivo, incendiário, medeia, logo se vê, um longo caminho.

Enfim, se no juízo complexo que sustenta um tratamento involuntário, com as suas dimensões clínico-empíricas, por um lado, e normativas, por outro, haverá sempre inelimináveis zonas cinzentas, creio ser louvável, e compreensível, o esforço efectuado no sentido de esbatê-las, torná-las mais acessíveis a uma racionalidade analítica.

4.3. Para fechar as considerações relativamente aos condicionalismos do tratamento involuntário, e em especial quanto ao pressuposto do *perigo para bens jurídicos* que acabei de referir, importa sublinhar que o legislador parece ter querido, expressamente, sancionar a possibilidade de tratamento involuntário sustentado em perigos sensivelmente remotos, como julgo resultar da previsão de que aquele tratamento justificar-se-á, não apenas para “eliminar”, mas também para “prevenir” perigo para bens pessoais ou patrimoniais (arts. 15.º/1/b/c/2/b e 20.º/4). Como do ponto de vista da “potencialidade de perigos” praticamente tudo é possível, o manejo clínico e judicial daquela previsão normativa terá de ser especialmente cauteloso sob pena de se cair naquilo em que, precisamente, uma lei de saúde mental civilizada não pode cair: a associação imediata, “por natureza”, de perigo à doença mental. Aqui o papel do juiz, como juiz das liberdades, será fundamental, no aferir se o perigo clinicamente associado a certa e diagnosticada doença mental se mostra, *face às circunstâncias do caso*, suficientemente relevante para justificar uma restrição ou privação da liberdade com vista a tratamento, impondo-se, dentro de certos limites, uma lógica de “vasos comunicantes” no exercício de ponderação inerente ao princípio de proporcionalidade, tal como regulado no art. 15.º/2/b/c; em termos (e p. ex.) que a concretude do perigo seja tão mais evidenciada quanto menos relevantes os bens jurídicos pessoais e patrimoniais, mediante actualização dele, possam ser atingidos — e vice-versa.

5. Pela primeira vez, e creio ser este aspecto de suma importância, veio o legislador regular o uso de *medidas coercivas* no âmbito da prestação de cuidados de saúde mental. Fá-lo nos arts. 8.º/1/a e 11.º,

sujeitando o uso dessas medidas, nas quais se inclui o isolamento e os meios de contenção físicos ou químicos, à estrita observância dos *princípios da proporcionalidade* (n.º 1 e 2), da *reserva médica* e da *especificidade* (n.º 3) e, enfim, da *documentação* ¹⁵ (n.º 4). Este regime não é específico do tratamento involuntário, antes valendo para qualquer contexto de prestação de cuidados de saúde mental. Todavia, creio especialmente pertinente sublinhá-lo, precisamente, no plano do tratamento involuntário, uma vez que ele *coloca em crise* qualquer tentativa de ver numa decisão que o determine, em particular sob a forma de internamento, *título suficiente* para o uso de medidas coercivas — uma visão que, salvo erro, talvez não se mostre, ainda, aqui e ali, felizmente de modo cada vez mais rarefeito, plenamente postergada, pois tem por si o lastro *histórico-cultural* que fez das instituições psiquiátricas exemplo prototípico das chamadas “instituições totais” ¹⁶.

Precisamente a este respeito, em 2018 o Tribunal Constitucional Federal alemão veio declarar que a autorização de uso de meios de contenção de cinco e de sete pontos constitui uma privação da liberdade e a determinação do respectivo uso não se pode ter como incluída, quer dizer, como inerentemente incluída, numa decisão de internamento em hospital psiquiátrico ¹⁷. Pois bem, com a NLSM fica clara a solução de continuidade entre o tratamento involuntário e o uso de medidas coercivas, não apenas por estas reclamarem um juízo médico *ad*

¹⁵ É patente a ênfase posta pelo legislador no dever de *documentação* de actos especialmente significativos a respeito da intrusão na esfera de liberdades da pessoa carecida de cuidados de saúde mental, que se surpreende não apenas a respeito das *medidas coercivas* (art. 11.º/4), mas igualmente do uso de certos meios terapêuticos como a *electroconvulsivoterapia* e a *estimulação magnética transcraniana* (art. 12.º/2). Naturalmente esse dever prende-se com a necessidade de controlo *a posteriori* dessas medidas, cujo uso indevido não exclui o chamar à colação das responsabilidades previstas no art. 46.º, norma de conteúdo redundante e que só se compreende pelo seu valor de “advertência”.

¹⁶ FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia — O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 376.

¹⁷ Decisão de 24.7.2018, *in*: www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/2018/07/rs20180724_2bvr030915en.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

hoc, que não flui imediatamente da condição compulsiva do tratamento, sendo este o sentido de o recurso às mesmas dever ser “específico”, mas igualmente a respeito de uma certa deslocação do ponto de equilíbrio que condiciona a sua justificação: não já para prevenir perigo para bens pessoais ou patrimoniais, como na decisão de tratamento involuntário (art. 15.º/1/c), mas, mais restritivamente, para prevenir ofensa grave e iminente ao corpo ou à saúde da pessoa carecida dos cuidados de saúde mental ou de terceiro (art. 11.º/1).

III.

6. Não quero fechar estas minhas notas, sem uma ou outra menção ao processo de tratamento involuntário, não crendo que se justifique uma abordagem sistematizada dele, desde logo porque o mesmo se mantém, nos seus traços estruturais, fiel ao figurino que a LSM/98 premeditou para o internamento compulsivo. Quero, assim, deixar uma fragmentária referência ao acrescido dever de fundamentação da decisão de tratamento involuntário, às condições de conversão do tratamento involuntário em internamento em tratamento involuntário em ambulatório, ao regime diferenciado do tribunal competente para determinação do tratamento, ao aparente alargamento dos legitimados a recorrer das decisões em matéria de tratamento involuntário, à supressão da menção à natureza secreta do processo de tratamento involuntário e, enfim, consignar uma observação final sobre a questão da voluntariedade do tratamento visando menor de idade.

6.1. Um ponto caro à NLSM, densificando exigências constitucionais dimanantes do art. 205.º/1 CRP, é o do *reforço dever de fundamentação* da heterodeterminação terapêutica em que se resolve a decisão de tratamento involuntário (arts. 23.º e 33.º/3), da decisão de revisão dela (art. 25.º/6) e, especialmente, por comparação com o articulado da LSM/98 (art. 26.º), da decisão de confirmação judicial no âmbito de internamento de urgência (art. 32.º). Especificam-se agora de modo mais claro e taxativo os requisitos que tais decisões têm de observar para se poderem considerar como suficientemente fundamentadas. E, sobre isto, comina-se o drástico vício da nulidade para a

inobservância de tal dever (arts. 23.º/2, 25.º/6, 32.º/3 e 33.º/3). Na realidade, uma tal exigência e uma tal cominação, diante das repercussões daquelas decisões na esfera jusfundamental do visado e da remissão do art. 9.º LSM/98 para o Código de Processo Penal (nomeadamente para o seu art. 379.º, devidamente adaptado), já era a que se impunha no regime pretérito, como pressuposto da efectivação do direito do visado a ver a decisão apreciada por um tribunal superior.

Todavia, verdadeiramente relevante em matéria de fundamentação é o muito enfático esforço que, nesse sentido, é pedido (*rectior*: exigido) aos serviços de saúde mental no âmbito da necessária avaliação clínico-psiquiátrica. Enquanto a LSM/98 era silente a respeito dos requisitos daquela avaliação (cf. art. 17.º LSM/98), a NLSM vem exigir, a mais do juízo técnico-científico inerente à avaliação, (e isto parece-me verdadeiramente essencial) a descrição *dos factos* que, para prevenir ou esconjurar os perigos referidos na al. c) do n.º 1 do art. 15.º, fundamentam a recusa do tratamento, a necessidade de tratamento involuntário e a insuficiência do tratamento involuntário em ambulatório (art. 20.º/4). Esta última exigência espelha a subsidiariedade do tratamento involuntário em internamento relativamente ao tratamento involuntário em ambulatório (art. 15.º/3) e exige um sensível esforço por banda dos clínicos — esforço sensível não apenas por se tratar de afirmar um *juízo de sentido “negativo”* (“insuficiência” do tratamento involuntário em ambulatório”); mas ainda na medida em que ele terá de assentar em *factos*.

Uma tal alteração deve ser incondicionalmente aplaudida diante de certa prática clínico-psiquiátrica ainda muito fechada em fórmulas puramente conclusivas ou tabelares, enfim, em um modo de agir praticamente insidicável. Prática que não seria sem mais de censurar não se desse o caso de o conteúdo da avaliação clínico-psiquiátrica integrar, necessariamente, neste contexto, a decisão judicial de tratamento involuntário (*modelo misto, médico-judicial, de decisão*) com as suas drásticas consequências na esfera de liberdade de terceiros. Só observando escrupulosamente os requisitos constantes do n.º 4 do art. 20.º a avaliação clínico-psiquiátrica se abre, numa primeira linha, ao escrutínio do juiz, na parte em que não se refira ao inerente juízo técnico-científico (art. 20.º/6), e, depois, integrando a decisão, às pessoas com legitimidade para impugná-la, em especial aquela cujo

tratamento involuntário foi determinado (art. 35.º). O incumprimento, por banda dos serviços de saúde mental, do dever de completa fundamentação da avaliação clínico-psiquiátrica, nos termos exigidos pelo art. 20.º/4, impossibilitará o juiz de tomar uma decisão de tratamento involuntário, já que aquela é pressuposto desta.

6.2. Também a respeito dos condicionalismos de substituição do tratamento involuntário em internamento pelo tratamento involuntário em ambulatório o diploma de 2023 terá introduzido uma, subtil ainda, alteração. Se bem nos recordamos, nos termos da LSM/98 a substituição do “internamento compulsivo” pelo tratamento em regime ambulatório (compulsivo) expressamente pressupunha a *aceitação*, pelo internado, das condições apostas àquela última forma de intervenção, retomando-se o internamento sempre que o “portador de anomalia psíquica” deixasse de cumprir aquelas condições (art. 33.º/2/4 LSM/98).

Na redacção da “correspondente” norma da NLSM deixa-se de fazer qualquer menção à “aceitação” das condições estabelecidas para o tratamento involuntário em regime ambulatório, apenas se prescrevendo que, incumpridas as mesmas, se retoma o internamento (art. 27.º/3). Com isto, e se bem vejo, terá pretendido o legislador pôr termo à contradição entre a exigência da aceitação das condições apostas ao regime ambulatório e a natureza compulsiva (ou, agora, “involuntária”) deste, contradição esta que, de resto, tornava obscura a distinção entre tratamento (ambulatório) voluntário e tratamento ambulatório (dito) compulsivo ¹⁸.

Dizer isto, claro está, não é o mesmo que propugnar que as condições das quais é feita depender a falada substituição são estranhas à pessoa em tratamento involuntário. É “especial” direito desta o de “participar, na medida da sua capacidade, na elaboração e execução do respetivo plano de cuidados e ser ativamente envolvida nas decisões sobre o desenvolvimento do processo terapêutico” (art. 8.º/4/c). Do que se trata, apenas, é de a *vontade* dela não ser condição *sine*

¹⁸ Desenvolvendo pertinentemente o aspecto tratado no texto, BEATRIZ GONÇALVES, “*Quo vadis*, tratamento compulsivo? Notas críticas à Lei de Saúde Mental”, 2018, p. 66 ss., in: https://run.unl.pt/bitstream/10362/56404/1/Gon%c3%a7alves_2019.pdf.

qua non da conversão do tratamento involuntário em internamento em tratamento involuntário em ambulatorio.

6.3. Outra novidade aportada pela NLSM é a que respeita à partilha de competência dos juízos criminais (ou genéricos, onde aqueles não estejam instalados) e os tribunais de execução de penas. Sempre que o requerido esteja na condição de preso ou internado preventivo, ou em cumprimento de pena ou medida de segurança privativas da liberdade, o tribunal de execução de penas¹⁹ será o competente — é o que decorre do art. 34.º/1/b e também do art. 138.º/4/bb, do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade²⁰ e do art. 114.º/3/y da Lei da Organização do Sistema Judiciário²¹, ambos na redacção da Lei n.º 35/2023^{22 23}.

Tais normas de atribuição de competência não têm, de modo algum, o sentido de expressar qualquer modificação da execução

¹⁹ = TEP

²⁰ = CEPMPPL (L 115/2009, de 12.10)

²¹ = LOSJ (L 62/2013, de 26.8)

²² Anota-se a diferença de redacção entre o art. 34.º/1/b e os citados arts. 138.º/4/bb CEPMPPL e 114.º/3/y LOSJ, já que estes dois últimos se referem apenas à competência para a decisão sobre o tratamento involuntário do “condenado” com necessidade de cuidados de saúde mental (cf., MANUEL RAMOS DA FONSECA, “Reenquadramento de competências do tribunal de execução de penas à luz da nova Lei de Saúde Mental, *Doença Mental: da imputabilidade à ressocialização*, Lisboa: CEJ/STJ, p. 142, in: www.stj.pt/wp-content/uploads/2023/11/eb_dmental2023.pdf). Apesar de pouco rigorosa a previsão, não creio que diante da formulação constante dos arts. 138.º/4/bb CEPMPPL e 114.º/3/y LOSJ (“sem prejuízo de outras disposições legais”) se deva questionar a competência do TEP para decidir sobre o tratamento involuntário de pessoas reclusas por mor de medida de coacção.

²³ A atribuição de competência aos TEPs ou aos juízos locais criminais (ou ainda aos juízos locais genéricos) conforme a pessoa em tratamento esteja ou não privada da liberdade em razão de medida de coacção ou de reacção penal coloca a questão de a competência dos últimos cessar, assumindo-a os primeiros, no caso de pessoa em tratamento involuntário ser, entretanto, privada da liberdade por força das medidas de coacção ou de reacção penal (naturalmente, o contrário também pode suceder). Na ausência de norma específica dispoendo sobre o ponto, creio que será de aplicar, *com as devidas adaptações*, a regra contida no n.º 1 do art. 33.º CPP (*ex vi* do, art. 37.º), com remessa do processo de tratamento involuntário em curso ao tribunal (que passa a ser) competente.

da medida de coação ou reacção criminal, em curso em regime de privação da liberdade no sistema prisional. Trata-se apenas de sinalizar que o recluso só pode ser tratado involuntariamente no estritos termos, e com os limites, precavidos na NLSM ²⁴, também sendo esse o sentido dos arts. 7.º/2 e 8.º/2 e do n.º art. 128.º/6 CEPMPL, igualmente introduzido pela Lei n.º 35/2023,, de acordo com o qual “[a]o inimputável e ao imputável internando em estabelecimento destinado a inimputáveis é aplicável o disposto na Lei de Saúde Mental relativamente aos *direitos* das pessoas com necessidades de cuidados de saúde mental” ²⁵. Há aqui, novamente, uma lógica (e uma advertência) análoga àquela que atrás referi a respeito das medidas coercivas ²⁶: a condição de privado da liberdade não é título para actuações que não observem, em todas as suas implicações, na relação com a pessoa naquelas condições carecida de cuidados de saúde mental, e nomeadamente, o princípio da legalidade e o princípio da proporcionalidade, que perpassa toda a NLSM ²⁷.

6.4. Aspecto que talvez ainda venha passando mais ou menos despercebido é o do sensível alargamento do círculo dos legitimados a impugnar as decisões em matéria de tratamento involuntário. Alargamento esse que se deduz de uma subtil diferença de redacção do art. 35.º/2/c relativamente ao pretérito art. 32.º/2 LSM/98: enquanto nessa norma se dispunha que “[te]m legitimidade para recorrer (...) *quem requerer* o internamento nos termos do art. 13.º, n.º 1, e o Ministério Público” ²⁸, naquele primeiro preceito prescreve-se que

²⁴ MARIA JOÃO ANTUNES/MIGUEL XAVIER (n. 8), p. 5 e s.

²⁵ Itálico adicionado.

²⁶ II-5

²⁷ De boa mente se reconhecerá, todavia, a sensível distância em termos garantísticos que, em meio prisional, é criada entre a tutela da pessoa involuntariamente sujeita a cuidados de saúde mental e a pessoa involuntariamente sujeita a outros cuidados de saúde, incluindo médico-cirúrgicos, distância que se expressa na densa panóplia de garantias consignadas na NLSM, por um lado, e as garantias bem mais atenuadas decorrentes do art. 35.º CEPMPL, por outro.

²⁸ Itálico adicionado.

tem legitimidade para recorrer “[*q*]uem tiver legitimidade para requerer o [tratamento]”²⁹ involuntário nos termos do art. 16.º”. Ao tomar como critério da legitimidade para recorrer não a prévia e efectiva condição de sujeito do processo, mas apenas a possibilidade abstracta, legalmente prevista, de assumir essa condição, ainda que não actualizada no processo, a NLSM expande de modo sensível o perímetro de legitimados a recorrer, como que colocando a generalidade dos sujeitos (abstractamente) legitimados a promover o processo de tratamento involuntário em pé de igualdade com o MP — garante da legalidade e a quem, por decorrência, deve ser assegurada ampla legitimidade (e reconhecido amplo interesse em agir). De resto, a não autonomização do MP na al. c) do n.º 2 do art. 35.º, em contrário do que sucedia no “correspondente” n.º 2 do art. 32.º LSM/98, concorre no sentido aparente do preceito. Se a solução é porventura aceitável em certos casos, como o do representante legal do menor e do acompanhante de maior, já se me afigura excessiva a respeito daquelas pessoas ou entidades que guardam com a pessoa carecida de cuidados de saúde mental uma relação mais longínqua, como aquelas com (mera) legitimidade para requerer o acompanhamento de maior; ou nula, como as autoridades de saúde.

6.5. Todos terão certamente observado que a NLSM (art. 36.º) suprimiu a menção à natureza secreta do processo de tratamento involuntário, que figurava no art. 36.º da LSM/98. Não pode ser que a eliminação dessa menção tenha o sentido de tornar “público” o processo de tratamento involuntário, algo que seria absolutamente incompatível com os interesses que nele se jogam e com a natureza sensível dos dados que nele se contém. O articulado da NLSM sinaliza isso mesmo, na medida em que o legislador teve a necessidade de clarificar que a “pessoa de confiança”, que não é necessária no (e nem específica do)³⁰ processo de tratamento involuntário, e que não

²⁹ Itálico adicionado; interpolado igualmente adicionado, pois a lei, por manifesto lapso, refere-se a “internamento”.

³⁰ A sua indicação é facultativa e não se cinge ao processo de tratamento involuntário, antes podendo ser indicada por qualquer pessoa com “necessidades de saúde mental” (art. 9.º/4).

é, digamos assim, dele “sujeito”, pode, todavia, aceder ao mesmo (art. 9.º/6) ³¹.

Segundo já se escreveu, com a alteração ter-se-á visado, apenas, obstar a que se negue o acesso aos autos por parte do visado no processo de tratamento involuntário ou de quem nele o apoie ou represente ³². Não tenho notícia, de que um tal proceder, quer dizer o negar o acesso aos autos de internamento compulsivo por banda de pessoas que representassem a pessoa carecida de cuidados de saúde mental, e mais ainda o negar tal acesso por parte da última, ocorresse no pretérito regime constante do art. 36.º da LSM/98. Não obstante a cortante menção à natureza “secreta” do processo de internamento compulsivo, já então cria se impor o entendimento daquela secretude como essencialmente virada “para fora” ³³, dificilmente se podendo opô-la, como se deve continuar a entender, não apenas ao visado e a quem o represente ou apoie, mas igualmente a outra pessoa ou entidade que tenha legitimidade para requerer a revisão da decisão de tratamento involuntário ou para recorrer dela. Neste aspecto creio que, na prática, a alteração terá pouco significado, mas a manutenção da redacção anterior teria a vantagem de afirmar claramente um princípio orientador, depois sujeito à optimização que é própria dos princípios.

6.6. Uma última nota refere-se à circunstância de, sem que sejam apreensíveis as razões, certa e importante disposição constante da Proposta de Lei ³⁴ 24/XV/1.^a, que deu origem à Lei n.º 35/2023, não ter transitado para a última. Na verdade, a al. b) do art. 2.º da

³¹ A pessoa de confiança tem mera função de “apoio” da pessoa com “necessidades de saúde mental” no exercício dos seus direitos (arts. 2.º/c e 9.º/4), sendo que no âmbito do processo de tratamento involuntário não tem legitimidade própria nem para requerer a revisão da decisão judicial e nem para recorrer dela, podendo fazê-lo apenas “conjuntamente” com a pessoa em tratamento involuntário (art. 25.º/3/b e 35.º/2/a).

³² MARIA JOÃO ANTUNES/MIGUEL XAVIER (n. 8), p. 13; ainda, MARIA JOÃO ANTUNES, “A nova Lei da Saúde Mental”, *Doença Mental: da imputabilidade à ressocialização*, Lisboa: CEJ/STJ, p. 133, disponível na ligação *supra*, n. 22.

³³ PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, *A Lei da Saúde Mental Anotada*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 81.

³⁴ = PP

mencionada PP, à imagem do que sucedia com a LSM/98 (al. *b*) do respectivo art. 7.º), continha uma definição de “tratamento voluntário” como “o tratamento aceite pelo próprio, ainda que o consentimento seja expresso sob a forma de diretiva antecipada de vontade, pelo procurador de cuidados de saúde ou *pelo representante legal de menor de 16 anos, sem oposição deste*”³⁵. Por relação com a citada al. *b*) do art. 7.º da LSM/98, aquela norma da PP aumentava o limite da idade abaixo da qual o tratamento (incluindo em regime de internamento), por resolução do representante legal, era considerado “voluntário” (de 14 para 16 anos de idade), mas condicionando “essa voluntariedade” à não “oposição” do menor — quer dizer, remetendo para uma recusa, expressa ou implícita, mas em todo caso conclusiva, do menor (não bastaria, digamos assim, a pura e inconclusiva passividade do menor relativamente ao tratamento para se concluir pela “oposição” dele).

Certo é que, não obstante (e como se disse) não ter a referida norma constante da PP transitado para a o texto legal, o art. 9.º/3 NLSM dispõe que “[n]o exercício dos seus direitos, o maior de 16 anos sem capacidade para consentir é representado por quem exerça as responsabilidades parentais, a tutela ou pela pessoa a quem tenha sido confiado”, sendo que a respeito da legitimidade para requerer o tratamento involuntário radica ela, sem mais, no “representante legal do menor” (art. 16.º/1/a NLSM). Se bem vejo, da conjugação desses preceitos resulta que o maior de 16 anos com capacidade para consentir pode aceitar o tratamento, independentemente do concurso da vontade do representante legal; e que para todos os menores, incluindo maiores de 16 anos sem capacidade de consentir, a necessidade de lançar mão do processo de tratamento involuntário está contingente, nos termos gerais (art. 15.º/1/b NLSM), da “recusa” do tratamento — notando-se que esta é pressuposto do tratamento involuntário *mesmo para aqueles que não possuam o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento* (art. 15.º/1/b/c/ii), pelo que não cabe extrair de presumida incapacidade para avaliar o sentido e alcance do consentimento de menor de 16 anos a

³⁵ Itálico adicionado.

irrelevância da recusa, para, sobre ela, ter como “voluntário” o tratamento aceite/solicitado pelo representante legal.

Esta solução parece incorrer no excesso de, diante de recusa (“oposição”), ter como não voluntário o tratamento de qualquer menor independentemente da respectiva idade (ao menos à luz da NLSM, isoladamente considerada). Excesso que é, todavia, preferível ao defeito de solução que propugnasse que, apesar de recusa, fosse tido como “voluntário” o internamento de menor, independentemente da sua idade, desde que aceite pelo representante legal — solução que, no mínimo, suscitaria óbvias reservas de proporcionalidade no respeito pela autonomia, quer dizer pelos diferentes graus dela em razão da idade da pessoa a que a mesma se refere. Breve, talvez tivesse sido mais avisado manter nos 14 anos a idade abaixo da qual seria considerado “voluntário” o tratamento de menor aceite ou solicitado pelo representante legal. Mas, nisto, limito-me a expressar dúvida.



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt