

## § 37.

### Garantias do preso (Art. 104 GG)

#### GRUNDGESETZ

##### Art. 104 (Garantias do preso)

(1) <sup>1</sup>A liberdade da pessoa só pode ser cerceada com base em uma lei formal e tão somente com a observância das formas nela prescritas. <sup>2</sup>As pessoas detidas não podem ser maltratadas nem física nem psicologicamente.

(2) ...

(3) ...

(4) ...

#### 132. BVERFG 10, 302

(VORMUNDSCHAFT)

#### Reclamação Constitucional contra decisão judicial 10/02/1960

##### MATÉRIA:

Trata-se, na presente decisão, do caráter de intervenção estatal do instituto público e privado da **tutela** (*Vormundschaft*).

Os reclamantes, que sofriam de doenças mentais, sobretudo esquizofrenia, foram internados por seus tutores sem uma decisão judicial. Em suas Reclamações Constitucionais, valeram-se de seu direito à liberdade de locomoção, tutelada constitucionalmente pelo Art. 104 II 1 e 2 c.c. Art. 2 II 2 GG, para impugnar justamente essa omissão de intervenção estatal protetora por parte do Judiciário.

O TCF admitiu a Reclamação e a julgou procedente, porque vislumbrou na omissão judiciária a violação do Art. 2 II 2 c.c. Art. 104 II 1 e 2 GG.

Uma decisão judicial, segundo o Art. 104 II 1 e 2 GG, será também necessária quando o tutor, no exercício de seu direito de determinar o domicílio, internar o interdito maior de idade em uma instituição fechada.

**Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 10 de fevereiro de 1960**

**– 1 BvR 526/53, 29/58 –**

(...)

### **Dispositivo**

O Art. 2 II 2 c.c. Art. 104 II 1 e 2 GG foi violado pelo fato de que os Tribunais de Primeira Instância de Munique e de *Hamm* se omitiram em decidir sobre a admissibilidade da internação ensejada pelos tutores do reclamante 1) – Munique – e do reclamante 2) – Tribunal de Primeira Instância de *Hamm* em uma instituição fechada de tratamento e cura.

(...)

### **RAZÕES**

#### **I.**

1. – 2. (...).

#### **II.**

As Reclamações Constitucionais são admitidas.

1. – 5. (...).

#### **III.**

As Reclamações Constitucionais são procedentes.

A decisão depende de se determinar se o direito estatuído no Art. 104 II 1 e 2 GG a uma decisão judicial anterior, em havendo necessidade, a ser requerida imediatamente sobre a admissibilidade e continuidade de uma restrição da liberdade, também existe se o tutor de um interdito maior de idade promoveu sua internação em uma instituição fechada. Portanto, não se trata tanto da questão sobre se o tutor é

autorizado à internação, mas se o Estado deve disponibilizar, também para tais casos, a proteção garantida no Art. 104 II 1 e 2 GG.

(...).

1. (...).

a) O direito tutelar sempre teve uma forte conotação de direito público.

(...).

(...).

O Estado delega a atividade assistencial da tutela a funcionários públicos (cf. com §§ 32, 35, 41 da Lei do Bem Estar da Infância e Juventude, de 9 de junho de 1922) ou nomeia uma pessoa de confiança, selecionada para o caso individual, como tutor (§ 1779 BGB). Também uma tal tutela é uma função para cuja assunção existe uma obrigação civil; ela traz consigo direitos e deveres do direito privado e do direito público.

Uma vez que a tutela se baseia exclusivamente na nomeação estatal, o Estado supervisiona sua condução com base em seu poder tutelar cogente. (...).

(...).

b) (...).

2. (...).

a) – c) (...).

d) (...).

(1) (...).

(2) (...) No presente caso, está em questão exclusivamente a restrição da liberdade em face de interditos maiores de idade. Para este caso é determinante que a proteção à liberdade do Art. 104 II 1 e 2 GG não se restrinja apenas a casos de direito penal e de detenção no interesse da tranquilidade, segurança e ordem públicas, mas que, além disso, abranja também as restrições de liberdade que tenham caráter assistencial. Visto que a tutela, sobretudo a de maiores de idade, há séculos é parte da Assistência Social Pública, isso fala decididamente pela eficácia do Art. 104 II 1 e 2 GG também no caso de restrições de liberdade perpetradas pelo tutor. Só a peculiaridade de que, neste caso, a assistência é exercida no âmbito de uma relação de poder pessoal, e que o Estado se valha de uma pessoa privada para a sua execução, parece opor-se a esse resultado.

Todavia, não se pode derivar da essência do poder pessoal de um titular do poder nomeado pelo Estado, que a proteção jurídica contra a privação da liberdade constitucionalmente garantida tenha que sucumbir porque aquela essência produz a

privação da liberdade. O poder pessoal do tutor deve servir à proteção e ao bem estar do tutelado. Por isso, este tem, por princípio, também em relação ao tutor, a pretensão à proteção jurídica, como se mostra nas inúmeras autorizações para fiscalização e controle do Tribunal de Tutelas. Todas elas acionam o Estado para proteger o tutelado contra o abuso de poder do tutor. Uma proteção correspondente não pode ser-lhe negada quando se tratar do bem maior que é a liberdade e a garantia de [sua] proteção, contidas até mesmo na Constituição.

Não importa se, pelo direito vigente, a internação de um tutelado maior de idade em uma instituição fechada não pareça um ato imediato da Assistência Social Pública, mas, pelo contrário, se apresente na forma de uma determinação de permanência do tutelado – de direito civil – tomada pelo tutor. Quão pouco adequada é essa qualificação conceitual do ato da internação à fundamentação de uma interpretação do Art. 104 II 1 e 2 GG, já pode ser deduzido dos resultados internamente contraditórios a que chega a interpretação dominante baseada nessa qualificação feita até agora: se o Estado delega a tutela a funcionários públicos, então estes agem no exercício do poder público. Assim também decidiu o Tribunal Federal [BGH] no contexto de questões prisionais (BGHZ 9, 255). O significado do Art. 104 II 1 e 2 GG para a internação de menores pelo tutor oficial foi deixado em aberto (BGHZ 17, 108); mas a primeira decisão citada sugere a conclusão de que um tutor oficial, também na interpretação restritiva do Art. 104 II 1 e 2 GG, diferentemente de um tutor não oficial, careceria de autorização judicial para a internação do tutelado, embora ambas as decisões estejam baseadas no mesmo dispositivo de direito civil sobre o direito de determinação do local de permanência. (...). Finalmente, também é, sob um ponto de vista geral, pouco lógico negar ao interdito a proteção processual do Art. 104 II GG contra medidas do tutor, enquanto esta proteção especial é assegurada diretamente a todo cidadão junto a qualquer restrição de liberdade pelo Poder Público. Para seus órgãos, numa administração dirigida segundo os princípios do Estado de direito, é relativamente pequena a tentação para se abusar de uma autorização para a privação de liberdade por motivos impertinentes. No caso de a autorização para a privação de liberdade estar em mãos de um particular nomeado como tutor, o perigo de abuso de poder torna-se consideravelmente maior. Ao lado do desejo de se livrar do encargo de um tutelado difícil e incômodo, por vezes pertencente à família, pela internação em uma instituição, ainda podem desempenhar um papel motivos econômicos ou pessoais ainda mais problemáticos. (...).

Todos essas mazelas são suprimidas quando não se considera como determinante a classificação da respectiva internação nas categorias tradicionais no direito civil ou no direito público, mas no pensamento da assistência social pública, que marca todo o direito tutelar.

Há muito tempo foi reconhecido que o complexo do direito conjugal, de família e da tutela, apesar de pertencer, por princípio, ao direito civil, contém fortes elementos de direito público. A ambigüidade da tutela está fundada, desde o início, na coordenação recíproca da atividade de direito público da tutela oficial e a atividade de direito privado do tutor, e na tomada de influência no exercício da tutela pelas diversas formas de supervisão dos tribunais da Justiça Tutelar. O modo mais claro desta mistura do direito público com o direito privado aparece no caso da tutela de maiores de idade, uma vez que o Estado, por motivos assistenciais, revoga a condição de total capacidade jurídica por meio da tutela e utiliza o tutor, isto é, fundamenta e limita o seu poder. Na internação à força, o elemento do direito público será ainda mais reforçado pelo fato de que ela somente é possível com o auxílio do poder público, o qual disponibiliza as instituições de internação autonomamente ou mediante concessão (Código Industrial § 30), colocando à disposição do representante legal, quando da internação, se necessário, o auxílio de órgãos de execução estatais – [especificamente:] do oficial de justiça ou da polícia. (...). Portanto, seu direito de internação à força se efetiva pelo auxílio real ou potencial do Estado. A realidade é que – freqüentemente no sentido prático – também nesse caso, é o Estado que interna, ainda que não por iniciativa própria, mas, todavia, se colocando à disposição do tutor como órgão de execução.

(3) Assim, proíbe-se a apreciação jurídica da internação pelo tutor de um maior de idade, doente mental, como se a privação da liberdade se desenrolasse no âmbito de relações jurídico-privadas entre cidadãos. O Estado não pode se isentar do vínculo de direito fundamental, só porque nomeou um particular para o desempenho de uma tarefa pública, deixando-lhe a decisão sobre a utilização de meios de poder estatal.

(...).

e) (...).

(...).

Se o Art. 104 II 2 GG também tem eficácia no caso da privação de liberdade no âmbito do poder familiar, não precisou ser aqui decidido. Possivelmente poderiam

ser determinantes, no caso da internação de um menor de idade pelos pais, outros aspectos que no caso da internação de um maior de idade pelo tutor. Poder familiar e tutela até servem a propósitos parecidos, no entanto existe uma oposição no que tange aos seus fundamentos jurídicos. O poder familiar está baseado na relação natural dos pais para com os seus filhos e vale diretamente por força da lei; a função de tutor, pelo contrário, é uma construção pública e é fundamentada na nomeação por tribunal da Justiça Tutelar; seu poder está baseado, portanto, em um ato do poder público estatal.

3. (...).