

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ellen Caroline Teixeira

**Limites à Restrição de Direitos Fundamentais:
A Internação Compulsória de Dependentes Químicos**

RIO DE JANEIRO

2014

Ellen Caroline Teixeira

**Limites à Restrição de Direitos Fundamentais:
A Internação Compulsória de Dependentes Químicos**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Antônio César Pimentel Caldeira

RIO DE JANEIRO

2014

À toda minha família, incluindo nesta conta meu pai, minha
mãe, meu irmão e meus dois gatos.

RESUMO

Este trabalho investiga se as internações contra a vontade de dependentes químicos são admitidas em nossa ordem constitucional. Para tanto, são analisados três atos normativos: a Lei Federal da Psiquiatria (Lei nº 10.216/01), o Projeto de Lei nº 7.663/2010 e a Resolução nº 20 da SMAS do Rio de Janeiro. As internações involuntária e compulsória são exploradas sob a ótica da teoria dos limites dos limites, visto que restringem um direito fundamental dos drogaditos: o direito de liberdade. Assim, verifica-se se as restrições impostas atendem aos requisitos formais e materiais elaborados por Canotilho no âmbito da referida teoria e à máxima da proporcionalidade. Também é feita uma ponderação entre os direitos fundamentais em colisão: de um lado, o direito de ir, vir e permanecer; de outro, o direito à vida e à integridade física.

ABSTRACT

This paper examines whether the hospitalization of drug addicts against their will are admitted in our Constitution. To accomplish this, the Federal Law of Psychiatry (Law No. 10,216/01), the Draft Bill No. 7,663/2010 and the Resolution No. 20 of the Municipal Social Assistance Department (SMAS) of Rio de Janeiro are analyzed. Internments are reviewed from the perspective of the theory of the limits of boundaries since they restrict a fundamental right of the patients: the right to freedom. Thus, it's verified if the imposed restrictions meet the formal and material requirements developed by Canotilho under the aforementioned theory and the reasonableness principle. The study also comes up with a deliberation about two fundamental rights colliding: on the one hand, the right to liberty, on the other hand, the right to life and physical integrity.

SUMÁRIO

Introdução.....	01
1 Breve Panorama Histórico dos direitos fundamentais.....	06
1.1 A tríplice dimensão dos direitos fundamentais.....	08
1.2 Conceito e características dos direitos fundamentais.....	12
1.3 Direitos fundamentais como normas.....	13
1.4 O princípio da dignidade da pessoa humana.....	15
2 O princípio da proporcionalidade.....	17
2.1 Desenvolvimento do princípio no Direito Europeu Continental.....	19
2.2 Desenvolvimento do princípio da razoabilidade nos Estados Unidos.....	20
2.3 Os subprincípios constitutivos.....	22
3 A teoria dos limites dos limites.....	26
3.1 Critérios materiais para aferição da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.....	26
3.2 Critérios formais para aferição da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.....	29
3.3 A técnica da ponderação de interesses.....	31
3.4 Críticas à ponderação de interesses.....	35
4 Os atos normativos que admitem a internação compulsória de usuários de drogas e a autorização constitucional.....	37
4.1 Ponderação entre o direito à liberdade e à vida e à integridade física.....	39
4.2 Ponderação entre o direito à liberdade e à segurança pública.....	40
4.3 Análise dos parâmetros formais da teoria dos limites dos limites.....	43
4.4 Análise dos parâmetros materiais da teoria dos limites dos limites.....	46
Conclusão.....	51
Referências bibliográficas.....	57

Introdução

A internação de dependentes químicos contra a própria vontade vem sendo aventada como solução para combater o aumento do consumo de *crack* verificado tanto nas grandes cidades quanto nas de pequeno e médio porte.¹ A razão reside no desenvolvimento das ditas cracolândias, regiões ocupadas por usuários da droga, desafiando o Poder Público no combate ao tráfico e à violência e no tratamento dos dependentes de uma substância química altamente letal em comparação a outros tóxicos.

O tema desperta grande interesse, pois tem provocado grandes debates entre os críticos e defensores da medida. Os primeiros argumentam que se trata de uma política de higienização das ruas, destinada a garantir a segurança e livre circulação das classes médias e abastadas, enquanto os viciados, notadamente pessoas mais humildes, são privados de sua liberdade e direito de ir e vir através da internação compulsória². Os segundos, por sua vez, afirmam que os dependentes em questão não estão em condições físicas e mentais de exercer o livre arbítrio, dado o potencial destrutivo da droga, sendo a internação a medida adequada para a preservação de sua vida e integridade física.

O coro dos críticos foi engrossado pelas denúncias envolvendo o deputado federal Rodrigo Bethlem, secretário de Assistência Social do Município do Rio de Janeiro entre 2011 e 2012 e responsável pela edição da polêmica Resolução nº 20 da Secretaria Municipal de Assistência Social, a qual autoriza a internação de dependentes contra sua vontade. Rodrigo supostamente protagonizou um esquema de corrupção no qual recebia dinheiro proveniente de convênios municipais, dentre os quais o firmado com a ONG Casa Espírita Tesloo, entidade responsável pelo abrigo e tratamento dos drogaditos³. Esta ONG, por sua vez, pertence ao major reformado da Polícia Militar do Rio de Janeiro, Sérgio Pereira de Magalhães Júnior, que durante sua atuação como militar foi responsável pela morte de 42 pessoas em confrontos

¹Disponível em:< <http://conexaoto.com.br/2013/03/13/110-municipios-do-tocantins-registram-expansao-do-crack-em-27-cidades-o-consumo-e-elevado>>. Acesso em: 27 de setembro de 2014

2

“Não somos agentes de repressão. Nossa atuação deve se pautar pela busca da efetivação dos direitos humanos, como a saúde, o que requer outro tipo de abordagem e de acompanhamento dessa população. O que vemos são medidas paliativas de ‘limpeza’ da cidade, mascarada na capa da assistência social associada à ‘higienização’. Isso não é novo e está sendo reeditado de forma brutalizante. Nós, assistentes sociais, não podemos concordar ou participar disso, nem na ‘retaguarda’. (CRESS/RJ, 2011, p. 3)

³ Disponível em:< <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/08/justica-do-rj-bloqueia-os-bens-do-deputado-federal-rodri-go-bethlem.html>>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

armados, contribuindo para solidificar a imagem da internação compulsória como uma violência contra os mais pobres⁴.

Diante da complexidade do tema, não se trata de perquirir neste trabalho qual a solução política mais acertada para o tratamento e ressocialização dos dependentes. A internação compulsória é uma das medidas cogitadas pelos administradores de cidades que enfrentam o problema, mas não é a única. O prefeito do município de São Paulo, Fernando Haddad, por exemplo, causou polêmica ao empregar viciados da cracolândia paulista na limpeza urbana, oferecendo-lhes moradia em hotéis da região.⁵ Os críticos da medida sustentaram que os doentes utilizariam o dinheiro adquirido na compra de mais drogas, servindo o programa da prefeitura como alimentador do vício dos usuários.

A polêmica também se manifesta na crítica que a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), representante da Organização Mundial da Saúde (OMS) no continente americano, teceu contra a priorização que tem sido feita no Brasil pela internação compulsória, por considerá-la inadequada e ineficaz e temer que possa exacerbar a exclusão social dos usuários de drogas.⁶

Portanto, o objetivo deste trabalho é apenas indagar se a internação contra a vontade do dependente é viável, do ponto de vista jurídico, visto que atinge e restringe necessariamente um direito fundamental, de seres humanos maiores e capazes: a liberdade individual. Portanto, o cerne será a análise da constitucionalidade das leis que permitem a internação compulsória em clínicas de reabilitação de adultos.

Atualmente, está em trâmite o Projeto de Lei nº 7.663/2010, de autoria do deputado federal Osmar Terra (PMDB-RS), que altera a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), acrescentando-lhe o art. 23-A e permitindo a internação contra a vontade do drogadito. O texto aprovado pela Câmara dos Deputados prevê duas modalidades de internação: 1) a voluntária, aquela que se dá a pedido do internando; 2) a involuntária, aquela solicitada por familiar, representante legal ou, na absoluta falta destes, por servidor público da área da saúde ou da assistência social. Em ambos os casos, a internação deverá ser autorizada por médico

⁴ Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/portal/rio/dono-de-abrigos-do-crack-j%C3%A1-matou-42-1.506907>>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

⁵ Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,contra-cracolandia-haddad-da-casa-comida-e-emprego-a-usuario-de-droga-imp-,1118556>> Acesso em 27 de setembro de 2014.

⁶ Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=3206:nota-tecnica-da-opasoms-no-brasil-sobre-internacao-involuntaria-e-compulsoria-de-pessoas-que-usam-drogas&Itemid=0> Acesso em 27 de setembro de 2014.

devidamente registrado no CRM do estado e apenas nos casos em que o tratamento ambulatorial não seja viável. A lei prevê, ainda, no caso de internação involuntária, o prazo máximo de duração de 90 (noventa) dias e a comunicação, em até 72 horas, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e a outros órgãos de fiscalização. Além disso, familiares e representantes legais podem, a qualquer momento, solicitar a interrupção do tratamento.

Apesar do Projeto de Lei em questão ter sido aprovado apenas na Câmara dos Deputados, as internações contra a vontade dos dependentes estão sendo realizadas nos estados com base na Lei Federal da Psiquiatria (Lei nº 10.216/01), a qual prevê dois modelos de internação, além do voluntário: a) o involuntário, quando solicitado por terceiro e respaldado por médico psiquiatra. Neste caso, o estabelecimento de saúde tem o prazo de 72 horas para comunicar a medida ao Ministério Público da comarca, buscando evitar a utilização da internação como forma de cárcere privado; b) o compulsório, no qual não é necessário o requerimento de terceiro, desde que suprido por determinação do juiz competente após pedido formal feito por médico.

No estado de São Paulo, foram assinados três termos de cooperação técnica para a realização das internações: um com o Tribunal de Justiça, de modo a instalar um anexo no CRATOD (Centro de Referência de Álcool, Tabaco e Outras Drogas) em regime de plantão, com o objetivo de atender às medidas de urgência relacionadas aos dependentes químicos em hipóteses de internação compulsória ou involuntária, tal qual definidas na Lei da Psiquiatria, com a presença de integrantes da Defensoria Pública; outro termo foi assinado com o Ministério Público, para permitir que promotores acompanhem o plantão do Judiciário; e o terceiro foi firmado com a OAB para que a entidade forneça, de forma gratuita e voluntária, o atendimento e os pedidos nos casos necessários.

No Rio de Janeiro, as internações de menores estão previstas na Resolução da Secretaria Municipal de Assistência Social (SMAS) nº 20/2010. O parágrafo 3º do artigo 5º da referida resolução autoriza o recolhimento de crianças e adolescentes que estejam nitidamente sob a influência de drogas, a ser feito por equipe formada por assistentes sociais. Diagnosticada a necessidade de tratamento para recuperação pela equipe, os menores deverão ser mantidos abrigados em estabelecimento de forma compulsória, comunicando-se os recolhimentos ao Conselho Tutelar e à Vara de Infância, Juventude e Idoso. Não obstante a Resolução nº 20/2010 do SMAS trate apenas dos menores de idade, as equipes de assistentes sociais também têm realizado recolhimentos de adultos, fundamentando sua atuação na internação compulsória prevista na Lei nº 10.216/01.

Diversas internações têm sido contestadas na Justiça sob o argumento de desrespeito ao direito fundamental de ir e vir⁷. A falta de consenso no estado do Rio de Janeiro também se manifesta no posicionamento do Ministério Público de que o recolhimento de drogaditos das ruas é inconstitucional, o que teria sido reconhecido pela Prefeitura e a teria feito assinar um TAC (Termo de Ajustamento de Conduta)⁸ para cessar as internações de adultos. O desrespeito ao TAC levou ainda ao ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa contra o atual prefeito, Eduardo Paes e o secretário Municipal de Saúde à época, Rodrigo Bethlem, a qual está em trâmite na 8ª Vara da Fazenda Pública no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ)⁹. Os promotores ressaltam que só é possível privar de liberdade alguém que seja apanhado em flagrante delito ou se há laudos técnicos que comprovem a necessidade de internação.

Por todo o exposto, a relevância do tema é indiscutível. As diferentes posições encampadas pelo *parquet* de diversos estados, a ausência de Lei Federal regulando expressamente a internação de dependentes químicos, a aplicação da Lei da Psiquiatria aos drogaditos e a existência de atos administrativos regulando o tema sem respaldo na Lei apontam para a necessidade de um estudo que se proponha a analisar se a internação é viável do ponto de vista de nossa ordem constitucional.

No primeiro capítulo, é feito um breve histórico dos direitos fundamentais, contextualizando o seu surgimento e a sua classificação em direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, bem como esmiuçando suas características. Tais direitos são definidos como princípios de nosso ordenamento jurídico, inexistindo hierarquia entre eles e sendo patente a sua relatividade. Por fim, é feita uma análise do princípio da dignidade da pessoa humana, vetor teleológico de nossa Constituição Federal e critério material a ser utilizado na técnica da ponderação de interesses e na análise de constitucionalidade das leis restritivas de direitos.

⁷ Agravo de instrumento. Distúrbios psiquiátricos. Usuário de drogas. Internação compulsória no Instituto Philippe Pinel. Lei 10.216/01. Medida excepcional. Declaração médica. Prévia manifestação ministerial. Risco a integridade física. Insuficiência da aplicação dos recursos extra-hospitalares devidamente demonstrada. Sintonia com orientação do STJ no HC 130155/SP. Requisitos do art. 273 do CPC configurados. Súmulas 59 e 60 desre TJRJ. Precedentes. Manifesta improcedência. Recurso a que se nega seguimento por decisão monocrática, com fulcro no caput do art. 557 do CPC. (TJ-RJ - AI: 158775820128190000 RJ 0015877-58.2012.8.19.0000, Relator: DES. FLAVIA ROMANO DE REZENDE, Data de Julgamento: 29/03/2012, OITAVA CAMARA CIVEL)

⁸ Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/mp-diz-que-recolhimento-de-usuarios-de-crack-em-abrigos-e-inconstitucional> >. Acesso em 27 de setembro de 2014.

⁹ Disponível em: < <http://www.jb.com.br/rio/noticias/2013/04/12/processo-que-pode-cassar-paes-ja-esta-na-justica/> >. Acesso em 27 de setembro de 2014.

No segundo capítulo, são analisados o princípio da proporcionalidade e sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para tanto, investiga-se sua origem e desenvolvimento no continente europeu, notadamente na Alemanha, e nos Estados Unidos, através do desenvolvimento do devido processo legal substantivo.

No terceiro capítulo, é abordada a teoria dos limites dos limites, estabelecendo-se quais são os critérios implícitos e explícitos encetados pela Constituição Federal para a constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais. Busca-se demonstrar a necessidade de lei formal estabelecer a restrição, a qual só será aceita na medida em que for adequada, necessária e proporcional para preservar outros interesses, procedendo-se à técnica da ponderação e tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana.

No quarto capítulo, são analisadas as leis restritivas de liberdade que impõem a internação de dependentes químicos contra sua vontade à luz da teoria dos limites dos limites e utilizando-se a técnica da ponderação de interesses, tendo como vetor o princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Mais do que fechar questões, espera-se despertar a curiosidade acadêmica sobre um tema de indiscutível repercussão prática na esfera jurídica de pessoas marginalizadas. A indigitada falta de capacidade física e mental destas pessoas para exercer o livre arbítrio não pode justificar toda e qualquer medida coercitiva do poder público, principalmente quando sabemos que os governantes são guiados muitas vezes por interesses particulares escusos, como nos parece fazer crer o deputado federal Rodrigo Bethlem no discurso gravado por sua ex-esposa.¹⁰

¹⁰Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2014/07/gravacoes-revelam-que-bdeputado-rodri-go-bethlem-recebia-propinab-na-prefeitura-do-rio-e-mantem-conta-na-suica.html>>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

1 Breve panorama histórico dos direitos fundamentais

A abordagem jurídica dos direitos fundamentais não prescinde da análise de seus aspectos políticos. Isto porque a historicidade de tais direitos revela que eles surgiram como limitações impostas ao Estado soberano quando de sua interferência na esfera jurídica de seus súditos. Assim, cumpre traçar um breve panorama histórico do surgimento dos direitos fundamentais, a partir da análise feita por Alexandre de Moraes.

MORAES (2013) afirma que a origem dos direitos individuais encontra-se no antigo Egito e Mesopotâmia, ainda no terceiro milênio a.C. O Código de Hammurabi (1690 a.C.) já consagrava um rol de direitos comuns aos homens, como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade e a família, afirmando ainda a supremacia das leis sobre os governantes.

Posteriormente, as previsões de participação política na democracia grega deram azo a diversos estudos sobre a necessidade de liberdade e igualdade dos cidadãos, mas foi apenas com o Direito Romano que se estabeleceu um mecanismo de interditos visando a proteger os interesses individuais do arbítrio estatal. A origem dos textos escritos consagradores da proteção aos direitos do cidadão encontra-se na Lei das Doze Tábuas, a qual resguardou também a liberdade e a propriedade.

Porém, é na Inglaterra que se situam os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos fundamentais: a *Magna Carta Libertatum*, outorgada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215, a *Petition of Right*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill Of Rights*, de 1689 e o *Act of Settlement*, de 1701.

A *Magna Carta* consignava o livre acesso à Justiça, o devido processo legal, a proporcionalidade entre delito e sanção, a liberdade de locomoção e a liberdade da igreja na Inglaterra, bem como estabelecia restrições tributárias. Por sua vez, a *Petition of Right* previa que as taxas e impostos só poderiam ser cobrados mediante o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; estabelecia ainda que nenhum homem pudesse ser detido ilegalmente. O *Habeas Corpus Act* regulamentou o instituto, não obstante ele já existisse na *Common Law*, e o *Bill Of Rights* significou enorme restrição ao poder estatal, prevendo a criação do direito de petição, liberdade de eleição dos membros do Parlamento, imunidades parlamentares e vedação à aplicação de penas cruéis. Por fim, o *Act of Settlement* reafirmou o princípio da legalidade e da responsabilidade política dos agentes públicos.

A independência política dos Estados Unidos da América deu o passo seguinte na evolução dos direitos fundamentais, destacando-se nesse processo a Declaração de Direitos de

Virgínia, de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, do mesmo ano e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787.

Na Declaração de Direitos de Virgínia, foram proclamados os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, bem como o princípio da legalidade, o devido processo legal, o Tribunal do Júri, o princípio do juiz natural, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa. A Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América, por sua vez, intencionaram limitar o poder estatal. Para tanto, a constituição americana previu a separação de poderes e uma série de direitos fundamentais: liberdade religiosa, inviolabilidade de domicílio, devido processo legal, ampla defesa, dentre outros.

Contudo, coube à França e à sua revolução consagrar os direitos humanos, através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Foram previstos a resistência à opressão, a associação política e a livre manifestação do pensamento. A Constituição francesa de 1791 e a de 1793 serviram para melhor regulamentar os direitos fundamentais, prevendo a igualdade, liberdade, segurança, propriedade, liberdade de profissão etc. Conforme salienta Alexandre de Moraes:

a maior efetivação dos direitos fundamentais continuou durante o constitucionalismo liberal do século XIX, tendo como exemplos a Constituição espanhola de 19-3-1812 (Constituição de Cádiz), a Constituição portuguesa de 23-9-1822, a Constituição belga de 7-2-1831 e a Declaração francesa de 4-11-1848. (2013, p. 10)

Já o início do século XX foi responsável por fazer vir à tona diplomas constitucionais nos quais transpareciam diversas preocupações sociais, fruto do industrialismo e dos antagonismos de classe. Dentre os principais textos estão a Constituição mexicana de 1917, a Constituição de Weimar de 1919, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, seguida pela primeira Constituição Soviética de 1918 e a Carta do Trabalho, editada pelo Estado Fascista italiano, em 1927.

Os direitos individuais garantidos por esses diplomas possuíam fortes tendências sociais, a exemplo dos direitos trabalhistas e do direito à educação previstos na Constituição Mexicana. A Constituição de Weimar, em sua Seção V, previu direitos socioeconômicos, como a proteção especial do Império em relação ao trabalho, no art. 157, e a liberdade de associação para defesa e melhoria das condições de trabalho e vida, no art. 159, bem como criou um sistema de seguridade social para conservação da saúde e da capacidade de trabalho, proteção da maternidade e prevenção dos riscos da idade e da invalidez (art. 161).

Não obstante tentemos, para fins didáticos, agrupar e categorizar os direitos fundamentais, demonstrando como foram surgindo ao longo da História é importante ressaltar que esta trajetória não é linear e sem tropeços. Diante da complexidade das relações contemporâneas, onde ameaças terroristas convivem com a crise do mercado financeiro, a desregulamentação das relações trabalhistas e o arrocho fiscal, não podemos adotar a visão de que alguns direitos já estão consolidados e não se sujeitam a nenhum risco.

Mesmo a liberdade vem sofrendo limitações. Como exemplo, temos as discussões no Reino Unido em que se indaga se nacionais que viajaram à Síria deveriam submeter-se *a priori* a uma ampla investigação político-social antes de retornarem ao país. Isto por conta dos recrutamentos que a organização terrorista Estado Islâmico tem feito junto à comunidade muçulmana no país e em outros lugares da Europa¹¹.

Também os direitos sociais vêm sendo revistos em países europeus. A crise econômico-financeira e a necessidade de uma política de austeridade são usadas como fundamento para a negação de direitos trabalhistas e a queda nos investimentos em saúde e educação.¹²

1.1 A tríplice dimensão dos direitos fundamentais

O surgimento dos direitos fundamentais em diversos contextos políticos demonstra que eles são fruto das pressões sociais do momento histórico, o que não impede o seu recuo por imposições econômicas e de mercado, dentre outras. Assim, as lutas contra o Absolutismo e os desmandos do monarca deram origem a uma série de liberdades negativas em face do poder público, que devia respeitar a vida e a propriedade dos súditos, abstendo-se de intromissões na esfera privada dos mesmos. Posteriormente, os antagonismos sociais criados pela Revolução Industrial e a ameaça comunista foram responsáveis pela criação de direitos de forte conotação social, como a limitação da jornada de trabalho e a seguridade social.

Portanto, a historicidade dos direitos humanos significa que estes são um produto das lutas políticas de cada tempo. Assim, eles não surgiram concomitantemente, e nem poderia ser diferente. Stern, Professor de Köln, identifica três etapas históricas desses direitos:

¹¹ Disponível em: < <http://www.ionline.pt/artigos/mundo/londres-quer-criar-legislacao-erradicar-extremistas-britanicos>>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

¹² Disponível em: < <http://www.pco.org.br/conoticias/internacional/falencia-em-portugal-e-mais-ataque-contr-a-classe-operaria/zooi.b.html>>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

a) uma pré-história, se estendendo até o século XVI; b) uma etapa intermediária, que corresponde ao período de elaboração das concepções jusnaturalistas e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase a partir do advento do constitucionalismo, iniciado em 1776, com as declarações de direitos das colônias americanas. (STERN, *apud* GALINDO, 2006, p.56)

Os direitos fundamentais podem ser divididos em dimensões, conforme o momento histórico em que tenham surgido. O termo dimensão substitui a denominação “geração”, utilizada por alguns, pois esta induz o intérprete a pensar que exista sucessão cronológica e, portanto, caducidade dos direitos das gerações anteriores.

GALINDO (2006) afirma que os direitos de primeira geração são assim chamados porque foram os primeiros a ser consagrados com o liberalismo. São os direitos do indivíduo isoladamente considerado perante o Estado: direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Incluía, além das liberdades individuais, as coletivas, como a liberdade de expressão, imprensa, reunião e associação. O autor afirma:

No estado absolutista o que havia era a preeminência do monarca sobre os súditos, numa perspectiva chamada *ex parte principis*. Com o advento do constitucionalismo liberal em substituição ao absolutismo, passa a haver uma preeminência da chamada perspectiva *ex parte populi* em lugar da perspectiva *ex parte principis*, se ocupando primordialmente da liberdade e não da governabilidade, consagrando o princípio de que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo. Nessa perspectiva, os direitos humanos (que se tornaram fundamentais) se colocaram como uma conquista política a serviço dos governados. (GALINDO, 2006, p. 59)

Percebe-se, portanto, que os direitos de primeira geração buscavam defender o indivíduo do arbítrio estatal absolutista. Mediante a criação de um sistema misto de liberdades e garantias, permitia-se não apenas o exercício dos direitos consagrados, como também a defesa destes através das garantias fundamentais criadas.

Sob esta ótica, os direitos de primeira dimensão são comumente associados a liberdades negativas, a um dever de não fazer por parte do Estado. Contudo, se levarmos em conta que a vida e a propriedade também podem ser ameaçados por particulares (eficácia horizontal), ao Estado incumbe evitar essas violações através de prestações positivas, por exemplo, mediante o fornecimento de segurança pública.

As vicissitudes do Estado Liberal, notadamente a sua insistência na igualdade meramente formal entre os indivíduos, levaram à eclosão de outras demandas sociais. A desigualdade real acentuada pela Revolução Industrial serviu como pano de fundo para o surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que vieram a acudir a população desfavorecida e sujeita à contaminação pelas perigosas ideias socialistas. No modelo liberal, termina “a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome” (BONAVIDES, 1996, *apud* GALINDO, 2006, p.62).

Com a substituição progressiva do Estado liberal pelo Estado de bem-estar social, aos direitos de primeira somaram-se os de segunda dimensão. Se antes se esperava dos governantes apenas uma abstenção de ingerência na vida privada dos indivíduos, agora era preciso garantir direitos sociais e econômicos mínimos à população, sob pena da efervescência civil tornar-se incontrolável.

A Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, dá o tom virulento daquele momento histórico. Seu Capítulo II visava a “suprimir toda a exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instaurar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países”.

Nem todos os diplomas legais consagradores de direitos de segunda dimensão seguiram a linha soviética, como a Constituição de Weimar e a Constituição mexicana de 1917. No entanto, era certo que o Estado não poderia mais ser um mero espectador dos problemas sociais. Bruno Galindo afirma:

Portanto, o Estado não seria mais abstencionista, mas intervencionista no plano socioeconômico. Os desprivilegiados teriam direito a participar do bem estar social, e para isso, o Estado precisaria intervir para assegurar os direitos de segunda dimensão. Esses direitos fundamentais seriam direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade, ou, em outros termos, direitos ao acesso e utilização de prestações estatais. (2006, p. 62)

Por dependerem de prestações estatais ativas, subordinadas ao orçamento disponível e a condições objetivas de implementação, os direitos de segunda dimensão são os que mais sofrem no plano da efetividade. Como exemplo, podemos citar as previsões constitucionais de direito à moradia, saúde e educação, frequentemente solapadas pelo mau uso do dinheiro público e corrupção.

Não obstante a crítica neoliberal ao caráter programático da Carta Magna e a sustentação de que os direitos de segunda dimensão nela previstos são irrealizáveis, a sua inclusão na constituição de um Estado não pode ser considerada despicienda. Ainda que as normas consagradoras de direitos sociais e econômicos tenham sua eficácia aviltada pela falta de políticas públicas, ao menos impedem, em tese, o retrocesso social, com a adoção de ações governamentais contrárias a seus postulados.

Por último, há os direitos de terceira dimensão, tidos como direitos de solidariedade ou fraternidade. São assim considerados porque seus titulares não são indivíduos ou grupos, mas toda a comunidade, englobando ainda as futuras gerações. Dentre eles, encontram-se o direito ao meio ambiente equilibrado e à qualidade de vida, direito à paz e à autodeterminação dos povos, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação.

Evidentemente, tais direitos serão usufruídos por indivíduos. O seu caráter fraterno advém do fato de terem uma titularidade indefinida e indeterminada.

Enquanto os direitos de primeira dimensão podem ser reivindicados pelo próprio indivíduo que singularmente os possui, e os direitos de segunda dimensão têm a sua titularidade atribuída às diversas coletividades existentes que podem, de forma organizada, pleitear tais direitos ao Estado, os direitos de solidariedade são direitos de alcance difuso, pois não é possível, de forma objetiva, estabelecer quem são os seus titulares, somente de forma abstrata considerá-los como direitos pertencentes ao gênero humano, como faz Bonavides. (GALINDO, 2006, p.67)

O caráter difuso dos direitos de terceira geração faz com que parte da doutrina os inclua no limbo das normas programáticas. No entanto, a doutrina constitucional mais moderna não admite a existência destas normas na acepção tradicional do termo. Para o mestre português Canotilho, as normas programáticas possuem valor constitucional idêntico ao das demais. Sua positividade jurídica significa:

(1)- Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); (2) – Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração nas directivas materiais permanentes, em qualquer momento da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) - Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que a contrariam. (CANOTILHO, 1996, *apud* GALINDO, 206, p. 68)

Há também autores que identificam uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, que seriam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Esta democracia não é senão a democracia direta, tornada possível tecnologicamente e sustentável com o avanço da informação. Contudo, neste trabalho é adotada a visão tridimensional dos direitos fundamentais, a qual considera que os direitos de quarta dimensão na verdade são novos direitos de terceira dimensão.

1.2 Conceito e características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais relacionam-se com a garantia de não intromissão do Estado na vida privada e liberdade dos indivíduos, bem como com sua dignidade, a ser preservada por meio de normas que garantam direitos sociais e econômicos mínimos. Alexandre de Moraes conceitua os direitos fundamentais como

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana (...) (2013, p.20)

O autor também enumera as principais características dos direitos fundamentais. Eles são imprescritíveis, pois não se perdem pelo decurso do tempo; inalienáveis, visto que não há possibilidade de transferência, seja a título gratuito ou oneroso; irrenunciáveis, significando que não podem ser objeto de renúncia pelo seu titular, o que traz importantes consequências jurídicas, especialmente no que tange à renúncia ao direito à vida (suicídio e eutanásia); invioláveis, porque não podem ser desrespeitados por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas; universais, pois abrangem todos os indivíduos, independentemente de raça, cor, credo ou religião; efetivos, já que a atuação dos governantes deve ser pautada por sua efetivação; interdependentes, significando que as várias previsões constitucionais possuem interseções para atingir suas finalidades; complementares, porque não devem ser interpretados isoladamente.

Característica importante que merece ser apontada em tópico distinto é a relatividade de tais direitos, que não são nem absolutos, nem ilimitados. Seu âmbito de incidência encontra limite em outras normas, também consagradoras de direitos fundamentais ou de outros interesses constitucionais protegidos.

Assim, pode haver restrições legítimas a direitos constitucionalmente previstos, desde que fundadas em lei e proporcionais, ou seja, necessárias, adequadas e razoáveis para resguardar outros interesses albergados pela Constituição e predominantes no caso concreto. Este é exatamente o objeto de estudo deste trabalho: a possibilidade jurídica de restrição da liberdade individual através da internação compulsória de dependentes químicos com vista a assegurar sua vida ou integridade física.

É necessário verificar não apenas a legitimidade dos objetivos pretendidos pelo legislador ao editar a norma restritiva de direitos fundamentais, como também se a restrição é de fato imprescindível à realização destes objetivos e se é apta a alcançá-los, evitando qualquer sacrifício desnecessário ao direito atingido em nome de outro bem tutelado.

1.3 Direitos fundamentais como normas

Os direitos fundamentais, ao integrarem o ordenamento jurídico, transformam-se em normas, adquirindo caráter cogente e tornando-se de observância obrigatória pelos três poderes do Estado e pelos particulares.

Os direitos humanos não são ‘valores’, mas normas. Atrás deles estão representações de valores da dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres dotados de semblante humano. Mas tão logo a constituição os positiva, eles são direitos vigentes. A partir de então nós juristas temos o dever de interpretá-los como normas. Quem pretende estampar as normas dos direitos humanos em ‘valores’, procede justamente por essa razão à sua desvalorização. (MÜLLER, 1994, *apud* GALINDO, 2006, p. 77)

Por sua vez, as normas que compõem o ordenamento jurídico podem ser divididas em regras e princípios. Resta superada a posição que negava normatividade a estes últimos, em virtude de seu caráter aberto e indeterminado, atribuindo-lhes mera função supletiva e interpretativa. Segundo a clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é o

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (2005, p. 902)

DWORKIN (2002) apresenta clássica distinção entre regras e princípios, a qual se dá no campo da lógica. Ambos os padrões jurídicos indicam decisões particulares a serem tomadas em circunstâncias fáticas precisas, mas a orientação normativa fornecida por cada um possui natureza diversa. As regras incidem sobre os fatos por elas previstos à maneira do tudo ou nada. Dada a ocorrência destes fatos no mundo concreto, ou a regra é válida, e o resultado que ela fornece deve ser seguido, ou não é válida e não contribuirá para a decisão.

A fim de ilustrar sua proposição, o autor cita uma regra jurídica, segundo a qual um testamento só será válido se for assinado por três testemunhas. Sendo válida, nenhum testamento poderá ser aceito se contiver apenas duas assinaturas. É claro que poderá haver exceções, mas estas apenas contribuem para tornar mais preciso o estrito âmbito de aplicação deste padrão normativo.

Já os princípios não apresentam consequências jurídicas automáticas quando as condições fáticas são dadas. Ao contrário, enunciam uma razão que conduz o argumento numa direção particular. Possuem também uma dimensão de peso, o que significa que um determinado princípio poderá não prevalecer se existirem outros que apontem para direção diversa. Contudo, quando as considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio prevalecerá.

As regras, ao contrário, não possuem esta dimensão de peso. Se duas delas entram em conflito, uma delas não pode ser válida, levando em conta a precedência das mais recentes, mais específicas etc. Na colisão entre dois princípios, contudo, deve-se perguntar que peso e importância cada um deles têm, aferindo-se qual será aplicado no caso concreto a partir de uma técnica de ponderação dos interesses em conflito.

ALEXY (2008), também partindo da ideia de que regras e princípios são espécies do gênero norma, afirma que as primeiras podem ser satisfeitas ou não, ou seja, se a regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela determina, nem mais, nem menos. Já os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, funcionando como mandamentos de otimização, o que significa que podem ser satisfeitos em graus variados, de acordo com as normas colidentes.

O autor sustenta ainda que os direitos fundamentais, independentemente de sua formulação mais ou menos precisa, possuem natureza jurídica de princípios de nosso ordenamento jurídico e são mandamentos de otimização. Assim, o método de solução de conflitos que os envolvem é a ponderação, tendo em vista que um determinado direito fundamental pode vir a ser restringido em um caso concreto em virtude da existência de outro direito, constitucionalmente previsto e considerado preponderante.

1.4 O princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana funciona como fundamento axiológico e vetor teleológico da Constituição Federal. Apesar do seu elevado grau de indeterminabilidade, é preciso precisar-lhe minimamente o conceito, a fim de evitar a sua utilização em julgamentos arbitrários mais levados pelo subjetivismo do intérprete do que pela objetividade da norma.

SARMENTO (2003) afirma que tal princípio exprime a máxima kantiana segundo a qual o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano, valor-fonte do ordenamento jurídico, precede ao Direito, e este só se justifica em razão dele. Assim, ao ordenamento jurídico positivo incumbe a defesa e promoção da sua dignidade, sem a qual não é possível falar em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Esta dignidade possui pretensão universalista na medida em que não se destina aos integrantes de uma determinada nacionalidade, raça ou classe, nem aos membros de um estrato social privilegiado. Pelo contrário, as minorias tradicionalmente estigmatizadas também devem ter a sua dignidade juridicamente protegida diante das circunstâncias fáticas que diariamente insistem em atacá-la.

Este universalismo se evidencia na redação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao proclamar em seu preâmbulo que “a dignidade inerente a todos os membros da família humana é fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Inicialmente, com o constitucionalismo liberal, a dignidade humana era concebida em uma perspectiva individualista. O homem era visto como um ser atomizado que, ao buscar o seu progresso, contribuiria para o avanço de toda a sociedade. Assim, ao Estado cabia apenas assegurar a sua autonomia e liberdade, sem se preocupar com o fornecimento de condições materiais para o exercício daquelas. O bem estar coletivo viria automaticamente da atuação livre do indivíduo na comunidade.

A gritante desigualdade social e a miséria de enorme parte da população à época desvelaram a falácia liberal e puseram em cheque suas premissas. A isto se seguiu a proliferação do “perigo vermelho”, exitoso na Revolução Bolchevique de 1917, e a positivação de direitos sociais.

Com o avanço do socialismo, incorreu-se no vício oposto, do transpersonalismo, o qual enxergava no homem apenas uma peça da estrutura social, cujos interesses podiam ser sacrificados em prol do mito do bem coletivo. Exemplo máximo deste pensamento é a frase

atribuída a Trotski em junho de 1921: “Devemos dar um fim, de uma vez por todas, à fábula acerca do caráter sagrado da vida humana”. Estava em curso à época a Revolta de Kronstadt, na qual milhares de rebeldes foram executados e muitos levados para o campo de prisioneiros de Solovki, o primeiro grande campo de concentração soviético na Sibéria¹³.

SARMENTO (2003) conclui afirmando que a perspectiva que vige no constitucionalismo contemporâneo acerca do princípio da dignidade da pessoa humana é a do personalismo, que busca o fiel da balança entre as concepções individualista e coletivista. O homem que se tem em vista é um ser situado no espaço e no tempo, real e palpável.

A dignidade humana apresenta ainda uma dupla dimensão: a negativa, segundo a qual o Estado tem o dever de se abster de praticar atos que atentem contra ela, e a positiva, que gera o dever de promovê-la através de condutas ativas que garantam o mínimo existencial.

Neste trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana interessa como critério substantivo para aferir a legitimidade da limitação de direitos fundamentais em casos de conflito com outros direitos e políticas constitucionalmente protegidos. O operador do direito, ao se deparar com uma colisão de princípios albergados pela Carta Magna deve observar a proporcionalidade e adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários protegidos por ela.

Nenhuma ponderação poderá importar em desprestígio à dignidade do homem, já que a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo Direito, ou, nas palavras de Teresa Negreiros, a própria “razão de ser” do sistema jurídico-constitucional. (SARMENTO, 2003, p. 75)

Além da dignidade da pessoa humana, há que se analisar também, nas restrições de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade, que será visto no próximo capítulo.

¹³ Disponível em:< <http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral.o-perigo-vermelho.1115765>>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

2 O princípio da proporcionalidade

CANOTILHO (2010) afirma que o princípio da proporcionalidade, em seu estágio inicial de desenvolvimento, dizia respeito à limitação do poder executivo, especialmente do exercício do poder de polícia, o qual era utilizado para disciplinar e restringir direitos e liberdades individuais em favor do interesse público. Assim, o princípio da proporcionalidade funcionava como forma de contenção do arbítrio estatal.

Em seu trajeto evolutivo, passou a abarcar todos os atos do poder público, inclusive os legislativos e judiciários. Portanto, de acordo com o autor português, o legislador também deve observância ao postulado de conformidade das leis com os ditames da razão e da justiça.

O princípio da proporcionalidade é tratado por diversos autores através de diferentes terminologias, sendo comum a sua identificação com o princípio da proibição do excesso e da razoabilidade. Como ele não está expresso no ordenamento constitucional brasileiro, como veremos adiante, verificamos um uso indiscriminado de termos na doutrina e na jurisprudência, o que exige uma reflexão acerca da sinonímia ou não entre eles.

SILVA (2002) afirma que a proporcionalidade e a razoabilidade têm origens distintas. Enquanto a primeira surgiu na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, constituindo-se das máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a segunda deita origens no princípio da irrazoabilidade do direito inglês, originário de decisão judicial proferida em 1948 no caso *Wednesbury*. Na ocasião, foi formulado o conhecido teste de *Wednesbury*, segundo o qual “se uma decisão (...) é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade a tomaria, então pode a corte intervir”.

Portanto, o princípio da razoabilidade, tal como cunhado pelo direito inglês, deve ser visto no seu aspecto negativo, ou seja, deve ser manuseado de modo a afastar decisões irrazoáveis, manifestamente teratológicas. Assim considerado, é um minus em relação ao princípio da proporcionalidade, que admite sejam afastadas decisões adequadas, porém desnecessárias, na medida em que providências menos gravosas para o interessado poderiam ser tomadas. A razoabilidade relaciona-se com a máxima parcial da adequação, sendo um exame menos amplo que a proporcionalidade. Assim, podemos dizer que toda decisão irrazoável é desproporcional, mas nem toda decisão desproporcional é irrazoável.

SILVA (2002) afirma ser também frequente a associação entre a proporcionalidade e a razoabilidade tal como cunhada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, baseada no *substantive due process of law*. Segundo o autor, a confusão entre os conceitos é feita comumente pelo Supremo Tribunal Federal, o qual utiliza o princípio da

proporcionalidade de forma assistemática, como instrumento de retórica para afastar decisões abusivas.

Não obstante seu posicionamento, há respeitáveis autores que entendem como sinônimos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, referindo-se a eles de forma indistinta. Luís Roberto Barroso afirma que

é digna de nota a trajetória ascendente do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira (BARROSO, 1998, apud SILVA, 2002, p. 28)

SARMENTO (2003), embora reconheça sua distinta origem histórica (a proporcionalidade, constitucionalizada através da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, no pós Segunda Guerra, e a razoabilidade, cuja evolução ocorreu no sistema da *Common Law* nos Estados Unidos a partir da interpretação evolutiva do *due process of law*), afirma que os institutos são fungíveis, eis que visam ao mesmo fim, qual seja, limitar o arbítrio do Poder Público frente a todos os direitos assegurados constitucionalmente.

O termo proporcionalidade também costuma ser intercambiado com a denominação proibição do excesso. Tal postura é adotada, dentre outros, pelo autor Canotilho, ao afirmar que “o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional” (CANOTILHO, 2003, p.232)

VITAL (2002), contudo, fornece um interessante argumento para a ausência de sinonímia entre os termos. Reconhece que, inicialmente, estavam umbilicalmente ligados pelo seu uso indistinto pela jurisprudência da Suprema Corte Alemã. Contudo, hoje tal identificação deve ser abandonada, pois ainda que o princípio da proporcionalidade ainda seja lembrado principalmente como instrumento de controle contra os excessos estatais, ele vem sendo usado com a finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a ação deficiente dos poderes estatais. Se antes se falava apenas em proibição do excesso, hoje se discute a proporcionalidade como proibição da deficiência.

Não obstante as razões do renomado autor, empregaremos neste trabalho o princípio da proporcionalidade na faceta proibição do excesso, motivo pelo qual os termos serão tratados como sinônimos. Também faremos uma aproximação entre a proporcionalidade e a razoabilidade por entendermos que são comuns as finalidades dos institutos e as funções que

desempenham na averiguação de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.

2.1 Desenvolvimento do princípio no Direito Europeu Continental

SARMENTO (2003) aduz que, não obstante o entendimento do Direito como justa proporção remonte à filosofia clássica, foi apenas com o Estado Moderno que o princípio da proporcionalidade se desenvolveu. Isto porque

o germe do princípio da proporcionalidade foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar que tais direitos fossem respeitados, decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII. (TOLEDO, 1996, *apud* SARMENTO, 2003, p. 78)

Conforme o autor, Cesare Beccaria foi responsável por propor a aplicação do princípio da proibição do excesso no Direito Penal, salientando a necessidade de proporção entre delito e sanção. A partir daí, o princípio alcançou o Direito Administrativo, onde foi aplicado para avaliar as limitações administrativas da liberdade individual.

A aplicação da proporcionalidade no Direito Administrativo iniciou-se na França, onde foi desenvolvida a doutrina do desvio de finalidade, a qual autorizava a invalidação de ato administrativo discricionário, por parte do *Conséil D'État*, quando inspirado por finalidade contrária à lei. A partir daí, a jurisdição administrativa passou a controlar também a compatibilidade dos atos da administração com os interesses coletivos e sua proporcionalidade. Contudo, o desenvolvimento do princípio em sede constitucional foi atravancado em virtude da ausência de um controle *a posteriori* de constitucionalidade naquele país.

SARMENTO (2003) prossegue afirmando que esta constitucionalização do princípio veio a ocorrer apenas após a Segunda Guerra Mundial, na Alemanha, numa espécie de reação jurídica às barbaridades feitas pelo legislador nazista. A Corte Constitucional Germânica estaria preocupada, assim, com a proteção dos direitos fundamentais em face do arbítrio do legislador. O princípio da proporcionalidade, também denominado pela Corte proibição do excesso, passou a ser utilizado com frequência como parâmetro para aferir a constitucionalidade das leis. Embora não expresso na Lei Fundamental de *Bonn* de 1949, a

doutrina e a jurisprudência o reconhecem como princípio implícito, decorrente da própria cláusula do estado de direito.

A partir do pioneirismo do direito alemão, diversos países passaram a acolher o princípio da proporcionalidade em sede constitucional. Na Itália, é chamado de razoabilidade (*ragionevolezza*) e em Portugal foi abrigado expressamente no art. 18.2 da Constituição de 1976, que enuncia expressamente: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

A guarida do princípio da proporcionalidade nos diversos ordenamentos constitucionais europeus pode ser associada à superação de experiências totalitárias traumáticas. A Constituição Portuguesa de 1976, por exemplo, é fruto do fim do Salazarismo, em 1974, após a Revolução dos Cravos. Assim, percebemos uma relação umbilical entre o princípio e a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais na redescoberta da democracia.

2.2 Desenvolvimento do princípio da razoabilidade nos Estados Unidos

SARMENTO (2003) afirma que no sistema da *common law* o princípio da razoabilidade teve origem na Magna Carta de 1215, na cláusula *law of the land*, inscrita no art. 39, a qual dispunha que nenhum homem livre seria detido, sujeito à prisão, privado de seus bens ou colocado fora da lei antes de um julgamento regular feito pelos seus pares.

Contudo, o desenvolvimento do princípio em sede constitucional foi prejudicado em virtude da Inglaterra não ter adotado, ao longo de sua história, qualquer sistema de controle de constitucionalidade. Tal função coube aos Estados Unidos, herdeiros da *common law* inglesa, que passaram a acolher o princípio da razoabilidade numa interpretação evolutiva do *due process of law*, abrigado na 5ª e 6ª emendas à Constituição norte-americana.

SARMENTO (2003) salienta, contudo, que existe ainda hoje naquele país uma expressiva corrente doutrinária que nega qualquer caráter substantivo ao cânone do devido processo legal, o qual deveria ser interpretado em seu aspecto puramente procedimental. Dentre esses autores, encontra-se John Hart, o qual afirma que a expressão “devido processo legal substantivo” possui uma contradição em si mesma, pois a própria redação da norma remete a algo formal.

Não obstante as críticas, o autor identifica três fases na trajetória histórica do devido processo legal nos Estados Unidos. Na primeira etapa, que vai até o final do século XIX, à

cláusula era atribuído um significado apenas procedimental. Era preciso zelar e observar tão somente a regularidade dos processos, de início penais, posteriormente também os cíveis e administrativos, no que se refere ao direito ao contraditório, ampla defesa, produção de provas etc.

Este entendimento foi alterado a partir do final do século XIX, quando a Suprema Corte norte-americana passou a invalidar normas editadas pelo Poder Legislativo que intervinham na liberdade de contratação e no direito de propriedade, numa visão sacralizadora dos mesmos. Assim, contrariava seu entendimento anterior de que o Poder Judiciário não podia imiscuir-se no trabalho do Poder Legislativo, invalidando suas deliberações a partir de um juízo sobre o mérito do ato normativo.

Esta fase ficou conhecida como *Lochner Era*, em razão do *leading case Lochner v. New York*, julgado pela Suprema Corte em 1905. Naquele julgamento, discutia-se a constitucionalidade de uma lei do Estado de Nova Iorque que fixara jornada máxima de trabalho para a profissão de padeiro. Na ocasião, decidiu-se que a norma em comento violava o devido processo legal, visto que as partes deveriam ter assegurado seu direito de contratar, pactuando livremente os termos de seu contrato de trabalho, sem interferência do Poder Público.

Durante este período, influenciado pela doutrina *Lochner*, os tribunais americanos invalidaram diversas leis que intervinham na economia ou tutelavam relações de trabalho, na defesa dos princípios do *laissez faire, laissez passer*, dificultando o desenvolvimento de um direito social nos Estados Unidos.

SARMENTO (2003) afirma que foi apenas com a terceira fase, iniciada a partir da década de 1930, que o eixo da avaliação do respeito ao devido processo legal substantivo transferiu-se das liberdades econômicas para os direitos fundamentais. A mudança de orientação da Suprema Corte deveu-se às circunstâncias políticas e econômicas do período: a política intervencionista do Presidente Roosevelt, que gozava de amplo apoio popular, adotada para superar a crise de 1929, levou a Corte a ceder e revisar sua cláusula do *due process of law*.

A partir de então, a cláusula do devido processo legal, em sua acepção substantiva, tem sido adotada para proteger os direitos constitucionais consagrados no *Bill of Rights*. Um exemplo de decisão extremamente polêmica foi a que considerou inconstitucional lei texana que proibia o aborto, no caso *Roe v. Wade*, o que levou a fortes críticas por parte da doutrina, segundo a qual uma cláusula aberta não pode ser utilizada de modo antidemocrático por um

órgão não eleito, que não goza de legitimidade popular para impor seus próprios valores. Contudo, Daniel Sarmento afirma:

Sem embargo, é certo que, a partir da década de 80, a Suprema Corte americana tem vivenciado um período de menor ativismo na concretização do princípio do devido processo legal, em decorrência da nomeação de diversos juízes conservadores nos governos republicanos de Reagan e Bush. Neste sentido, destaca-se a decisão adotada no caso *Bowers v. Hardwick*, no qual se decidiu que não viola o devido processo legal a norma que incrimina a prática de relações sexuais consentidas por adultos do mesmo sexo, mesmo no recesso do lar. (2002, p. 86)

Neste trabalho, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conquanto sirvam ao mesmo propósito, qual seja, atuar como baliza na interpretação da constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais, serão utilizados como sinônimos, não obstante seu desenvolvimento histórico distinto.

2.3 Os subprincípios constitutivos

O princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios ou máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

CANOTILHO (2010) afirma que o princípio da conformidade ou da adequação exige que a medida adotada para a realização do interesse público seja apropriada à persecução do fim ou fins a ele subjacentes. Portanto, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adoção.

A adequação é o primeiro teste pelo qual deve passar a medida, seja ela ato administrativo ou legislativo, para fins de aferição de sua conformidade com o princípio da proporcionalidade. Apenas se a medida for considerada adequada, adentrar-se-á nas outras duas máximas parciais: necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A medida será adequada se ela for apta a atingir o fim a que se destina. O primeiro passo, então, é perquirir a finalidade, por exemplo, de uma lei restritiva de direitos fundamentais. Quais direitos e interesses constitucionalmente protegidos estão sendo almejados por esta lei? A medida restritiva é apta a protegê-los? Se a resposta for positiva, o resultado do teste também o será. Se for negativa, a norma será inconstitucional e deverá ser invalidada. Contudo, “o exame da idoneidade da medida restritiva deve ser feito sob o enfoque negativo: apenas quando inequivocadamente se apresentar como inidônea para

alcançar seu objetivo é que a lei deve ser anulada”. (TOLEDO, apud SARMENTO, 2003, p. 88).

De acordo com esta visão, o meio escolhido não precisa ser o que mais promova o fim almejado, nem aquele que assegure maior grau de certeza de que ele será atingido. Em respeito à discricionariedade do administrador, e à legitimidade popular de que goza o legislador, o meio deve ser, pura e simplesmente, apto a promover os fins aos quais se propõe.

O subprincípio da adequação é também conhecido como vedação do arbítrio, pois impede que o legislador se valha de uma lei restritiva de direitos fundamentais para perseguir interesses escusos, escondidos sob um manto de legalidade. A legitimidade popular de que goza não pode servir como escudo protetor para medidas arbitrárias, que contrariam os interesses da população e os direitos fundamentais. Assim, os fins perseguidos pela norma restritiva devem ser a proteção de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, e a norma só será adequada se a restrição que estabelece for idônea para protegê-los. Andréa Barroso Silva de Fragoso Vidal afirma:

Por esta sub-regra busca-se a verificação da compatibilidade entre o meio escolhido pelo poder público e o fim que pretende alcançar. (...) entendemos que essa verificação deve ser realizada de maneira bastante contida pelo poder judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade dos atos, seja do legislativo, seja do executivo, em respeito à separação de poderes. (2013, p. 294)

Já o subprincípio da necessidade exige que a medida restritiva seja a menos gravosa possível para o interessado.

CANOTILHO (2010) dá o tom do princípio, que também chama de “menor ingerência possível”, ao assegurar que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. A fim de assegurar a sua operacionalidade prática, a doutrina tenta acrescentar-lhe outros elementos: a) a exigibilidade material, pois o meio deve ser o que mais poupa a limitação de direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial, que aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal, a qual pressupõe a delimitação no tempo da medida coativa do poder público; d) a exigibilidade pessoal, significando que a medida deve limitar-se à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados.

ALEXY (2008) afirma que o que determina a escolha do meio menos gravoso é o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. Numa colisão de princípios, e tendo em vista a otimização em relação às possibilidades fáticas, exige-se a escolha do meio que menos irá restringir um deles. Assim, ao editar uma norma restritiva de direitos

fundamentais, apta (adequada) a proteger outros direitos constitucionalmente protegidos, o legislador deve fazê-lo da forma que menos restrinja o direito atingido.

Portanto, diante de dois meios igualmente adequados para promover o fim almejado pela lei restritiva, deve-se escolher o menos agressivo, o mais suave, que apresente um menor número de efeitos colaterais negativos, desde que seja mais ou igualmente eficaz. Este teste, também chamado de indispensabilidade, só pode ser realizado através da comparação entre os meios disponíveis no caso concreto.

Por fim, temos a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, a qual só será analisada se a lei restritiva tiver passado pelos testes da adequação e da necessidade. Ou seja, apenas se a medida for considerada apta a atingir o fim e for a menos gravosa dentre todas, poderá ser submetida à apreciação do critério da proporcionalidade em sentido estrito.

ALEXY (2008) denomina este subprincípio de máxima de ponderação, pois envolve uma relação custo-benefício da norma avaliada. Assim, o ônus imposto por ela deve ser inferior ao benefício que ela engendra, sob pena de inconstitucionalidade.

CANOTILHO (2010) afirma ser este o princípio da justa medida, pois meios e fins deverão ser equacionados num juízo de ponderação, objetivando avaliar se o meio é ou não desproporcional em relação ao fim.

Portanto, se o direito afetado pela lei restritiva de direitos fundamentais tiver, no caso concreto, preponderância em relação aos direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que a mesma lei pretende preservar, deverá esta ser declarada inconstitucional, por ofensa à máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Em outros termos, pode ser que uma lei seja apta (adequada) a perseguir os fins legítimos a que se destina, e seja a menos gravosa possível (necessária). Ainda assim, se o direito que ela restringe tiver peso relativo maior em relação ao que ela pretende defender, a norma não será albergada pela Constituição, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, em virtude do não atendimento da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito.

Várias são as críticas à ponderação na análise da constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais. A mais grave talvez seja a falta de legitimidade popular do Poder Judiciário, em virtude de não ser eleito pelos cidadãos, para imiscuir-se nas tarefas conferidas ao Legislativo, numa invasão de competências constitucionalmente atribuídas, a qual culminaria com a substituição de um juízo discricionário pelo outro.

Diante da importância da técnica da ponderação de interesses na análise da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, será ela esmiuçada no

próximo capítulo, bem como as críticas sofridas. Também serão tratados outros critérios sobre a possibilidade de restrição de direitos fundamentais.

3 A teoria dos limites dos limites

IGREJA (2012) afirma que o objetivo da teoria dos limites dos limites, ou restrições às restrições, conforme denominação utilizada por Robert Alexy, é verificar se determinada lei restritiva de direitos fundamentais cumpre os requisitos constitucionalmente fixados, vez que não tem campo irrestrito de atuação. Isto significa que os direitos fundamentais não são passíveis de ilimitada restrição pelo legislador ou qualquer outro Poder, não obstante a necessidade de contenção dos mesmos para garantir sua convivência harmoniosa.

Já o autor Canotilho sustenta ser fundamental a distinção entre a restrição de direitos fundamentais e a delimitação do âmbito destes direitos. Esta delimitação pode ser validamente feita pela legislação infraconstitucional, cujo objetivo é aclarar o conteúdo das normas da Carta Maior, de modo a definir seu âmbito de proteção. O autor cita como exemplos os casos em que a própria Constituição remete para a lei a delimitação geral do âmbito do direito, como no caso da ação popular.

No caso brasileiro, o art. 5º, LXXIII afirma que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. Contudo, o exercício de tal direito fundamental está condicionado à observação da Lei 4.717/1965, a qual não restringe a sua aplicação, ao contrário, torna-o efetivo, operacional.

Caso, ao contrário, a lei pretenda revelar limites que não se encontram mencionados, mas estão implícitos no texto constitucional, estaremos diante dos limites imanentes, também conhecidos como restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, decorrentes da própria colisão de direitos fundamentais. Não obstante permitidos, CANOTILHO (2010) sustenta que devem ser observados alguns requisitos: 1) que a lei se limite a revelar ou concretizar limites implícitos; 2) que a definição de tais limites seja o único meio de resolver conflitos insuperáveis entre direitos constitucionais de idêntica natureza; 3) que tais limites restrinjam o âmbito do direito atingido apenas na medida estritamente necessária à superação do conflito.

3.1 Critérios materiais para aferição da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais

Os critérios ou pressupostos materiais são instrumentos de análise da constitucionalidade das leis restritivas, à luz da teoria dos limites dos limites. São assim chamados porque dizem respeito ao próprio conteúdo veiculado por essas restrições, e não ao modo como são produzidas (critério formal).

O primeiro pressuposto material apontado por Canotilho para a constitucionalidade de uma lei restritiva é a exigência de previsão constitucional expressa. Este critério está estipulado no artigo 18º-2 da CRP, ao dispor que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição (...)”. Contudo, o autor admite que em outras constituições há um princípio expresso ou implícito de reserva de lei restritiva aplicável a quase todos os direitos fundamentais.

No entanto, no caso brasileiro, não parece haver este “poder geral de conformação” (TOLEDO, *apud* IGREJA, 2012, l. 5656). Também em nosso ordenamento, é necessário que o legislador constitucional haja estabelecido autorização para que a lei estabeleça restrições aos direitos fundamentais.

Esta autorização, porém, pode decorrer dos próprios limites imanescentes, portanto não escritos, de modo que é a própria Constituição Federal que tacitamente autoriza a restrição em caso de colisão de direitos, desde que a contenção encontre-se em harmonia com seus demais princípios e regras. Neste sentido, “a possibilidade de uma colisão legitimária, assim, o estabelecimento de restrição a um direito não submetido a uma reserva legal expressa” (MENDES, *apud* PINHEIRO, p.126)

O segundo pressuposto material entabulado pela CRP, na visão do autor, consiste na necessidade da lei só se justificar na medida em que visa a salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido. O sacrifício de um direito fundamental, portanto, não será admitido diante de eventual colisão com direitos ou bens tutelados apenas a nível infraconstitucional. É importante que o interesse constitucional que se pretende preservar seja pertinente, ou seja, guarde alguma relação com aquele que será em certa medida sacrificado.

O terceiro pressuposto material, segundo Canotilho, é o respeito ao princípio da proporcionalidade, já estudado neste trabalho. A restrição ao direito fundamental entabulada pela lei deve ser adequada a preservar o interesse constitucional que se pretende proteger e necessária ou indispensável para salvaguardá-lo.

O último pressuposto material demandará uma explicação mais pormenorizada. Ele exige que a restrição veiculada pela lei não aniquile o direito em causa, atingindo seu núcleo essencial. A compreensão do que este seja dependerá em grande medida da teoria adotada quanto ao seu objeto e ao seu valor.

Quando ao objeto, há duas teorias: a objetiva e a subjetiva. CANOTILHO (2010) expõe que a primeira propugna que o núcleo essencial refere-se à proteção geral e abstrata prevista pela norma, de modo a evitar que um direito fundamental seja de tal maneira reduzido que perca toda a sua importância para todos os indivíduos ou, ao menos, para a maior parte deles.

Já a segunda sustenta que o objeto do núcleo essencial refere-se à proteção do direito fundamental em relação a um particular, de modo que não se pode em hipótese alguma sacrificar o direito de um indivíduo ao ponto dele deixar de lhe ter qualquer significado.

Para aclarar a explanação, veja-se um exemplo pertinente ao objeto de estudo deste trabalho. Uma lei que autoriza a internação compulsória de viciados em tóxicos está limitando o direito fundamental de liberdade das pessoas que se encontram nesta situação veiculada pela norma. Se adotarmos a teoria subjetiva, caso a liberdade de um único drogadito seja completamente aniquilada, haverá inconstitucionalidade, pois a lei restritiva não respeitou o núcleo essencial do direito restringido. Ao contrário, como a teoria objetiva leva em consideração a importância do direito para a vida social como um todo, ou seja, para a generalidade dos indivíduos, o núcleo estaria preservado e não haveria inconstitucionalidade.

No que tange ao valor do núcleo essencial dos direitos fundamentais, também se formaram duas teorias, nos dizeres do autor português. A primeira, conhecida como teoria absoluta, sustenta que cada direito possui *a priori* um núcleo intangível e abstratamente determinável. Já a teoria relativa afirma que este núcleo só pode ser conhecido no caso concreto, quando do conflito com outras normas, conduzindo a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais ao simples respeito à máxima da proporcionalidade.

Tentando estabelecer algum nível de consenso entre as teorias explicitadas, e reconhecendo os erros e acertos de todas, o mestre português sustenta que a teoria subjetiva não pode ignorar a função que os direitos fundamentais exercem na vida comunitária, garantindo a própria existência desta. Assim, eles não podem ser compreendidos apenas numa perspectiva de atendimento às necessidades de um indivíduo atomizado.

Por outro lado, a teoria objetiva também não pode incorrer no erro de cair no coletivismo, ignorando a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e a necessidade de se evitar restrições conducentes à aniquilação de um direito subjetivo individual, como a prisão perpétua e a pena de morte, que violam o núcleo essencial do direito à liberdade e do direito à vida.

No que tange ao valor do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a teoria relativa arrisca criar uma relação simbiótica entre proporcionalidade e preservação do núcleo

essencial, transformando tudo que for desproporcional em violação a ele, o que não parece adequado. De outra perspectiva, a teoria absoluta esquece que o âmbito de proteção de um direito pressupõe a equação com outros bens, é o resultado de uma operação matemática, e não um dado apriorístico. O autor conclui que ambas as teorias conduzem na prática a resultados semelhantes, devendo ser sopesadas tendo em vista os princípios fundamentais da Constituição, seguindo o vetor da dignidade da pessoa humana.

3.2 Critérios formais para aferição da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais

Superada a análise dos critérios materiais, passaremos agora aos pressupostos formais para veiculação de restrições constitucionalmente válidas a direitos fundamentais.

O primeiro deles consiste na reserva de lei. CANOTILHO (2010) afirma ter esta um duplo sentido, podendo ser compreendida em duas acepções. A primeira delas é a reserva de lei material, que significa que os direitos, liberdades e garantias não podem ser restringidos senão por via de lei e nunca por regulamento. A segunda é a reserva de lei formal, que afirma que direitos, liberdades e garantias só podem ser regulados por lei editada pelo Parlamento português ou por decreto-lei devidamente autorizado, havendo casos em que é vedada a delegação. O mestre português dispõe:

Garante-se assim que os direitos, liberdades e garantias não fiquem à disposição do poder regulamentar da administração e que o seu regime há de ser definido pelo próprio órgão representativo, e não pelo Governo (salvo autorização) e, muito menos, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais, ou, ainda, pelas entidades públicas dotadas de poder de auto-regulação (CANOTILHO, 2007, p.396)

Esta reserva de lei também está presente no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no art. 5º, II da Carta Magna, o qual consagra o princípio da legalidade. Assim, as leis restritivas só podem ser editadas pelo Poder Legislativo, limitando a ação do Poder Executivo, o qual não pode limitar direitos fundamentais no exercício do poder regulamentar. Uma das exceções é a lei delegada, que pode circunscrever direitos desde que respeitadas as disposições do artigo 68 da Constituição Federal.

Essa regra geral é de fundamental importância na medida em que consagra o respeito ao princípio democrático. Isto porque é o órgão representativo do povo que tem legitimidade

para editar normas que restrinjam os direitos fundamentais de seus integrantes. Na prática, a edição de leis restritivas está sendo feita, ao menos em tese, pelo povo e para o povo.

Questão importante é a atinente à edição de medidas provisórias, as quais possuem força de lei no nosso ordenamento constitucional. Respeitados os requisitos materiais previstos no art. 62 da CF (vedação de disposição sobre nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos, direito eleitoral etc.) e a urgência e relevância, poderão ser veiculadas restrições aos direitos fundamentais. Difícil será conceituar a situação fática justificadora da constrição como urgente, a ponto de não poder aguardar o regular trâmite do processo legislativo no Congresso Nacional. Isto porque normalmente tais hipóteses enquadrar-se-ão na conjuntura do estado de defesa e sítio previstos nos artigos 136 e 137 da CF, os quais possuem procedimentos próprios assegurados constitucionalmente.

CANOTILHO (2010) expõe o segundo critério formal para aferição da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais: a generalidade e abstração. Nos seus dizeres

lei geral é a lei que se dirige a uma generalidade de pessoas, sendo o contrário de lei individual (aplicável apenas a uma pessoa ou a um conjunto identificado de pessoas); lei abstracta é a lei aplicável a um conjunto indeterminado de casos, sendo o contrário da lei concreta (aplicável a apenas um caso ou a um número concretamente limitado de casos). Estes dois requisitos são cumulativos. Aqui estão constitucionalmente interditas não apenas as leis individuais e concretas (aquelas que se aplicam a um número determinado de pessoas e de casos), mas também as leis gerais e concretas (aquelas que, abrangendo um círculo indeterminado de pessoas, se aplicam a um caso determinado ou a um conjunto determinado de casos e as leis individuais e abstractas (aquelas que, tendo destinatários determinados, valem para um número indeterminado de casos). (2010, p. 393)

A intenção deste pressuposto formal é conter o arbítrio do legislador, evitando que os direitos fundamentais sejam restringidos de forma anti-isonômica, com o objetivo claro ou camuflado de perseguir determinadas pessoas ou grupos. Na constrição de direitos, liberdades e garantias, as leis restritivas devem possuir suas tradicionais características (generalidade e abstração), tanto formal quando materialmente. Assim, não basta que, aparentemente, elas se dirijam a um número indeterminado de pessoas que se enquadrem nas situações-tipo por elas previstas, se são redigidas de forma tal a atingir um número determinável de indivíduos ou casos.

Para ilustrar, podemos imaginar uma lei que autorize a internação compulsória de dependentes químicos quando o tratamento ambulatorial for ineficaz, conforme atestado por

médico. Se esta lei limitar-se a atingir pessoas pobres e marginalizadas, que consomem tóxicos em espaços públicos, enquanto usuários de classe média não são atingidos pela norma, ainda que altamente dependentes, ferido estará o critério da generalidade e da abstração, em sua acepção material.

Por fim, o autor português aponta o terceiro e último requisito formal da teoria dos limites dos limites. Trata-se da vedação à retroatividade, segundo o qual a lei restritiva não pode aplicar-se a situações ou atos passados, apenas aos verificados ou praticados após a sua entrada em vigor. Essa proibição, por sua vez, incide sobre a retroatividade autêntica, em que as leis afetam posições jusfundamentais já estabelecidas ou esgotadas. Em alguns casos, também alcançará a retroatividade inautêntica, quando a lei é prospectiva, porém afeta direitos radicados na lei anterior. Estes casos serão aqueles em que as leis se revelem inesperadas ou excessivamente gravosas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a vedação à retroatividade autêntica encontra-se no art. 5º, XXXVI da CF e na LINDB, art. 6º, os quais proclamam que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. A importância da norma que consagra a irretroatividade, especialmente no âmbito de restrição a direitos fundamentais, é de capital importância na medida em que protege a confiança e concede segurança aos cidadãos.

3.3 A técnica da ponderação de interesses

Superada a análise dos parâmetros materiais e formais citados por Canotilho para aferição da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, cumpre agora entrar noutro tópico, de fundamental interesse para este trabalho.

Como veremos de forma mais detalhada no quarto capítulo, a possibilidade de restrição da liberdade de um indivíduo de modo a submetê-lo a uma internação compulsória inclui-se entre os limites imanescentes da Constituição Federal. Ou seja: não há uma autorização expressa para que a constrição desse direito fundamental seja estabelecida por lei, de modo que só poderá ocorrer caso o direito à liberdade entre em conflito com outro direito ou interesse protegido constitucionalmente. No presente caso, os direitos à vida e à integridade física.

Ora, como visto no segundo capítulo, os direitos fundamentais possuem natureza principiológica. Havendo choque entre a liberdade, de um lado, e a vida e a integridade física, de outro, autorizando a edição de uma lei restritiva, a técnica utilizada para promover o desempate é justamente a ponderação. Assim, somente no caso das segundas sagrarem-se

vencedoras é que poderá haver a edição de uma lei restritiva, com observância de todos os parâmetros já estudados.

A técnica da ponderação de interesses surge diante da incapacidade do positivismo jurídico de lidar com todas as antinomias. Este cenário é agravado pelo caráter programático e analítico de nossa Constituição, o que inevitavelmente gera muitos conflitos com a legislação vigente. É evidente que uma constituição sintética, que se limita a dispor sobre a organização do Estado e direitos fundamentais de primeira geração, acabará chocando-se muito menos com as normas infraconstitucionais. Nesse sentido,

a funcionalidade da metodologia positivista na solução de antinomias enfrenta sérias dificuldades na atual Dogmática Constitucional. Conformes à teoria do formalismo jurídico, que funda a validade do direito em sua estrutura formal, dissociada de seu conteúdo normativo, os critérios positivistas de solução de colisões pela hierarquia (*lex superior derogat inferiori*), cronologia (*lex posterior derogat priori*) e especialidade (*lex specialis derogat generali*) não são adequados para a resolução de conflitos substanciais entre normas paritárias, contemporâneas e gerais ou que, preenchendo cada uma ao menos um critério, antagonizem as soluções disponíveis. (MAZUR, 2013, p. 308)

A ponderação de bens e interesses é uma alternativa para a solução de conflitos substanciais entre normas constitucionais. Este novo método pós-positivista opera a valorização dos princípios, concebendo a teoria dos direitos fundamentais fundada na dignidade da pessoa humana.

MAZUR (2013) afirma que a ponderação de interesses possui três fases. A primeira delas consiste na identificação dos elementos normativos em conflito, que devem ser agrupados em função da solução que sugerem, formando grupos de argumentos que apontam para a solução em um ou outro sentido. A segunda fase cuida da análise das circunstâncias do caso concreto e das suas repercussões sobre os elementos normativos. Apenas na terceira e última fase ocorre a ponderação propriamente dita, na qual são atribuídos pesos distintos aos elementos normativos em disputa com base no caso concreto.

BARCELLOS (2008), tentando conferir um pouco mais de rigor metodológico à técnica, sustenta que a ponderação pode ser dividida em ponderação em abstrato e ponderação em concreto. A primeira modalidade refere-se aos conflitos normativos que podem ser imaginados em tese, como o direito à propriedade *versus* função social da mesma, a livre iniciativa *versus* proteção do consumidor e do meio ambiente, liberdade de informação *versus* direito a intimidade, honra e vida privada etc. A grande incidência de conflitos entre estes

princípios constitucionais cria um banco de dados que permite proceder a um raciocínio ponderativo mesmo na ausência de um caso concreto. A este exercício dá-se o nome de ponderação em abstrato.

A autora cita um exemplo deste tipo de ponderação, como a tentativa de demarcar, *a priori*, as fronteiras entre a liberdade de imprensa e o direito à intimidade e à vida privada. Assim, são elaborados alguns questionamentos, usando o método dedutivo: quem se encontra em local público está em sua esfera pessoal de intimidade? Atos considerados criminosos incluem-se na privacidade do indivíduo ou devem ser denunciados à opinião pública? Pode haver proibição de circulação de informação verdadeira e obtida de forma lícita? A proteção à vida privada de titulares de cargos eletivos e artistas é menor que a assegurada a cidadãos comuns? A partir desses questionamentos, podem surgir algumas proposições, como: se a informação é verdadeira, foi obtida de forma lícita e envolve a prática de um crime, o particular não poderá proibir sua circulação ou se o fato divulgado ocorreu em local público, a informação acerca dele foi obtida de forma lícita e a pessoa envolvida é detentor de cargo público ou artista, também deverá prevalecer a liberdade de imprensa. A estas proposições, Ana Paula de Barcellos dá o nome de parâmetros particulares de ponderação.

Prosseguindo, a autora sustenta que, caso a ponderação em abstrato e seus parâmetros particulares, bem como os parâmetros gerais, que serão tratados adiante, não sejam suficientes para resolver um determinado caso concreto, aí o intérprete deverá proceder à ponderação em concreto, sopesando os interesses envolvidos no caso *sub examen*.

BARCELLOS (2010) estabelece dois parâmetros gerais para a técnica da ponderação: o primeiro é a preferência das regras sobre os princípios e o segundo a preferência dos direitos fundamentais sobre as demais normas constitucionais.

O primeiro dos parâmetros tem como base a premissa de que uma regra não pode ser ponderada. Verificada a situação de fato nela prevista, ou ela é válida, e seus efeitos aplicam-se por inteiro, ou é inválida e em nada contribuirá para a solução da questão. A autora afirma que, verificado um conflito entre uma regra e um princípio, insuperável pelos métodos tradicionais de interpretação, aí incluídos os especificamente constitucionais, a primeira deve prevalecer e não o contrário.

Embora esta assertiva pareça contrariar tudo que de mais moderno se estuda a respeito da ascendência axiológica dos princípios em relação às regras e sua centralidade no sistema, verificamos que esta não é a intenção da autora. Na verdade, ela faz uma distinção entre o núcleo mínimo de um princípio, semelhante ao núcleo essencial dos direitos fundamentais de Canotilho, o qual teria natureza de regra, e o espaço reservado à deliberação democrática. O

que a autora considera equivocado é que o juiz afaste a incidência de uma regra válida, produzida pelo legislador, em virtude de sua colisão com um princípio, optando por dar prevalência a um aspecto deste não incluído em seu núcleo mínimo.

Ao se afastar uma regra sob o fundamento de que ela se oporia a alguma conduta derivada da área não nuclear de um princípio, incorre-se em um conjunto de distorções. Em primeiro lugar, se se tratar de uma regra infraconstitucional, o intérprete estará conferindo à sua própria concepção pessoal acerca do melhor desenvolvimento do princípio maior importância do que à concepção majoritária, apurada pelos órgãos legitimados para tanto. A situação é ainda mais grave, naturalmente, se se cuida de uma regra constitucional. (...) Por fim, como a solução do caso baseou-se na percepção individual do intérprete, muito frequentemente ela não se repetirá em circunstâncias idênticas, ensejando violações ao princípio da isonomia. (BARCELLOS, 2010, p. 82)

Não obstante esta posição, a autora enumera três exceções, as quais impedem a aplicabilidade do parâmetro geral e admitem o afastamento da regra na ponderação em concreto: a teoria da imprevisão, a invalidade da incidência específica da regra e a equidade.

Na teoria da imprevisão, considera-se que a situação específica do caso concreto não foi prevista pelo legislador, não estava no que razoavelmente ele poderia cogitar, porque se o tivesse feito a solução seria diversa. Há uma situação de imprevisibilidade e um descompasso entre o caso e a norma.

Já na invalidade específica da regra, o legislador previu a hipótese ocorrida no mundo fático, mas para aquela hipótese, e somente para ela, a solução por ele prevista é incompatível com a Constituição, devendo ser afastada.

Por fim, na equidade, a norma e suas consequências poderão ser adaptadas de acordo com as características próprias do caso. Isto não significa que o juiz tem o poder de afastar de todo uma norma por considerá-la inadequada ou injusta, mas que pode moldá-la, dentro dos limites de sua maleabilidade. A autora faz uma comparação com a interpretação conforme a Constituição, na qual o intérprete procura afastar as possibilidades de interpretação inconstitucionais. A equidade é definida como a interpretação conforme a justiça do caso concreto. Assim, respeitados os limites do texto, o intérprete poderá empregar uma interpretação conforme a equidade da regra.

O segundo parâmetro geral da técnica da ponderação de interesses é a prevalência das normas que consagram direitos fundamentais sobre as demais. Tal afirmação não fere o princípio da unidade da Constituição e a ausência de hierarquia entre normas constitucionais.

Ao contrário, funda-se na corrente que reconhece a superioridade axiológica das normas de direitos fundamentais quando comparadas com outras.

Este parâmetro também alberga o postulado de que a solução que prestigia a dignidade da pessoa humana deve ter preferência sobre outras. Portanto, havendo conflito entre um direito fundamental e outro princípio constitucional, o primeiro deve prevalecer, adotando-se sempre o posicionamento que mais prestigie a dignidade.

3.4 Críticas à ponderação de interesses

MAZUR (2013) expõe algumas críticas normalmente feitas à ponderação, baseadas em três variáveis: o aspecto metodológico, o aspecto normativo e o aspecto político.

A primeira crítica funda-se na metodologia da técnica, a qual não imporá critérios racionais e objetivos de decisão, inibindo o controle sobre as decisões judiciais e permitindo que elas caiam no subjetivismo do intérprete. Assim, a ponderação conferiria ao órgão judiciário uma margem exagerada de discricionariedade na escolha dos princípios que devem prevalecer no caso concreto. Neste sentido:

Muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser” (SARMENTO, 2006, p. 200)

A segunda crítica baseia-se no aspecto normativo e sustenta que o método da ponderação enfraquece a eficácia dos direitos fundamentais na medida em que relativiza sua força jurídica ao torná-los suscetíveis de balanceamento. Neste sentido, a ideia de limitar um direito fundamental como forma de conformá-lo a um interesse coletivo atingiria a própria natureza dos direitos fundamentais, de serem instrumentos para proteção do indivíduo, ainda que não sejam convenientes em determinada situação social pela vontade da maioria.

Por fim, temos a terceira crítica, de natureza política. Esta considera que ocorre um desrespeito à separação de poderes na medida em que a discricionariedade do Poder Judiciário, órgão não eleito, pode substituir opções políticas legitimamente feitas pelo Poder

Legislativo, órgão representativo dos interesses do povo. Assim, haveria um *déficit* de legitimidade democrática no processo decisório quando feito por juízes no uso da ponderação.

Finda a exposição sobre as críticas mais contumazes à ponderação de interesses, passaremos agora à análise da constitucionalidade das restrições à liberdade veiculadas por leis que autorizam a internação compulsória de dependentes químicos, utilizando a técnica da ponderação, o princípio da proporcionalidade e a teoria dos limites dos limites.

4 Os atos normativos que admitem a internação compulsória de usuários de drogas e a autorização constitucional

Muito embora as críticas à técnica da ponderação de interesses sejam pertinentes, tentaremos evitá-las seguindo o método exposto no capítulo anterior, bem como fundamentando cada etapa de nossa análise.

Serão analisados neste capítulo os atos normativos que consideramos serem os principais na questão da internação de usuários de drogas: a Resolução nº 20 da Secretaria Municipal de Assistência Social do Rio de Janeiro, a Lei Federal da Psiquiatria (Lei nº 10.216/01) e o Projeto de Lei nº 7.663/2010, de autoria do deputado federal Osmar Terra (PMDB-RS), que altera a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006).

Antes de adentrarmos na análise de cada um separadamente, é preciso compreender que os três instrumentos legais, não obstante as suas diferenças restringem o direito fundamental de liberdade ao admitirem que o viciado em tóxicos seja internado em uma clínica de reabilitação contra a sua vontade. Portanto, o primeiro passo, de acordo com a teoria dos limites dos limites apresentada por Canotilho, é verificar se existe autorização expressa na Constituição Federal para esta restrição.

Diferentemente da Constituição Portuguesa, que expressamente admite o tratamento compulsório em seu art. 27, “h”, a Magna Carta brasileira não traz esta hipótese de restrição à liberdade individual. Vejamos o que dispõe a CRP:

Direito à liberdade e à segurança

1. Todos têm direito à liberdade e à segurança
2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.
3. Exceptua-se deste princípio a privação de liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:
 - a) Detenção em flagrante delito;
 - b) Detenção ou prisão preventiva por fortes indícios de prática de crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos;
 - c) Prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça ilegalmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão;
 - d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;
 - e) Sujeição de um menor a medidas de protecção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente;

- f) Detenção por decisão judicial em virtude de desobediência a decisão tomada por um tribunal ou para assegurar a comparência perante autoridade judiciária competente;
- g) Detenção de suspeitos, para efeitos de identificação, nos casos e pelo tempo estritamente necessários;
- h) **Internamento de portador de anomalia psíquica em estabelecimento terapêutico adequado, decretado ou confirmado por autoridade judicial competente.** (*grifo nosso*)

Já a Carta Magna de 1988

que tem como regra geral o respeito ao direito à liberdade, define hipóteses excepcionais de privação de liberdade, abrangendo prisões penais, processuais, civis e disciplinares, sem, no entanto, fazer nenhuma referência à internação psiquiátrica involuntária, até mesmo porque essa modalidade de restrição da liberdade não se realiza por motivos penais ou processuais penais, inadimplemento de obrigação alimentar ou infidelidade depositária ou, muito menos, por razões administrativas ou disciplinares, não podendo ser tecnicamente enquadrada como modalidade de “prisão” (PINHEIRO, 2012, p.130)

A inexistência de norma expressa autorizando a edição de lei restritiva do direito de liberdade com fundamento na necessidade de tratamento médico não significa a inconstitucionalidade de todos os atos normativos nesse sentido. Isto porque, como vimos no terceiro capítulo, a Constituição Federal possui limites imanescentes, implícitos, que autorizam a edição de leis restritivas quando há conflito entre um direito fundamental e outro direito, liberdade ou interesse constitucionalmente protegido, apto a ensejar a ponderação de interesses.

A nosso ver, a edição de leis restritivas do direito de liberdade do drogadito fundamenta-se na necessidade de proteção do direito à vida e à integridade física. Neste caso, há um conflito entre dois ou mais direitos fundamentais, todos protegidos constitucionalmente: de um lado, o direito de ir, vir e permanecer do dependente; de outro, seu direito de viver e, mais do que isso, de viver com saúde e dignidade, imagem que parece bastante distante do que vemos nas cracolândias pelos noticiários.

Portanto, inobstante a falta de expressa autorização constitucional, a princípio as leis restritivas do direito de liberdade com base na necessidade de internação do drogadito não são inconstitucionais, pois se situam dentro das hipóteses dos limites imanescentes. Contudo, ainda que esteja fora de dúvida que há um conflito entre direitos constitucionalmente protegidos, a restrição à liberdade só se justifica se os direitos à vida e à integridade física forem considerados preponderantes no caso concreto. Assim, passaremos agora a este teste, usando a metodologia da ponderação de interesses.

4.1 Ponderação entre o direito à liberdade e à vida e à integridade física

BARCELLOS (2008) enumera dois parâmetros gerais que devem guiar a ponderação de interesses, como visto no terceiro capítulo. O primeiro deles é relativo à preponderância que as regras devem ter sobre os princípios no caso concreto, caso o conflito não se dê com o núcleo mínimo destes.

Este parâmetro não será de valia na nossa análise. Isto porque, neste trabalho, a colisão se dá entre dois direitos fundamentais, os quais possuem natureza principiológica. Assim, de nada servirá a preponderância das regras defendida pela autora.

O segundo parâmetro geral diz respeito à prioridade que deve ser dada às normas que consagram direitos fundamentais em relação às outras normas constitucionais. Também este critério não contribuirá para o desempate na medida em que a colisão se dá justamente entre direitos constitucionalmente protegidos: o direito à vida e à liberdade (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 144 da CF).

No entanto, há outro aspecto no segundo parâmetro que será de grande utilidade para este trabalho, que diz respeito à prioridade a ser dada à solução que mais prestigie a dignidade da pessoa humana, percebida em sua dimensão negativa e positiva. A primeira propugna que o Estado tem o dever de se abster de praticar atos que atentem contra ela, e a segunda gera o dever de promovê-la através de condutas ativas que garantam o mínimo existencial. Assim, na ponderação de interesses, deve ser adotada a solução que mais prestigie os valores humanitários protegidos pela Carta Magna.

Havendo risco grave à vida ou à integridade física do dependente, que torne imprescindível a internação em clínica de reabilitação com finalidade de desintoxicação, sendo absolutamente inviável o tratamento ambulatorial, entendemos que a solução mais consentânea com a dignidade da pessoa humana é a internação compulsória. O risco à vida e à saúde e a imprescindibilidade da internação devem ser atestados por médico, único profissional habilitado a decidir sobre estas questões.

É importante ressaltar que em outros casos semelhantes, em que foi realizada a ponderação em concreto entre o direito à vida e à liberdade, foi atribuído peso maior ao primeiro. São os famosos casos de transfusão de sangue imprescindíveis para salvar a vida de religiosos conhecidos como Testemunhas de Jeová, cuja religião não aceita o tratamento, normalmente autorizado em caráter emergencial pelo Poder Judiciário. Também dando

prioridade ao direito à vida em detrimento da liberdade, a prática da eutanásia não é admitida no Brasil.

O art. 15 do Código Civil estabelece que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica, caso haja risco de vida. A *contrario sensu*, entendemos que a realização compulsória de tratamento médico não foi expressamente proibida por nossa legislação infraconstitucional, desde que haja justo motivo e de sua prática não resulte risco de vida ao paciente.

Assim também dispõe o Código de Ética Médica, em seu art. 22, que afirma ser defeso ao médico deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

A partir destes exemplos, podemos pensar em um parâmetro específico para a ponderação entre o direito à vida e à liberdade, segundo o qual o primeiro deve prevalecer quando entrar em choque com o segundo. Também no caso de risco grave à integridade física do paciente, este direito deve prevalecer em relação à liberdade.

Portanto, realizando uma ponderação em abstrato, entendemos que é cabível a edição de leis restritivas do direito fundamental de liberdade, admitindo a internação compulsória, visto que esse direito deve ceder quando entrar em conflito com o direito à vida e à integridade física, encontrando-se esta restrição implicitamente autorizada pela Constituição Federal (limites imanentes).

4.2 Ponderação entre o direito à liberdade e à segurança pública

Como visto na introdução deste trabalho, os críticos da internação compulsória baseiam-se na ideia de que este tratamento não visa a garantir a vida e a saúde dos dependentes, mas a segurança e livre circulação daqueles que não são usuários da droga. Para esses grupos, tratar-se-ia de verdadeira limpeza social, realizada no bojo de mais uma política higienista.

Contrariando esta visão de que se estaria diante de uma reedição do que a cidade do Rio de Janeiro já presenciara quando da reforma urbana capitaneada pelo prefeito Pereira Passos e da Revolta da Vacina, afirmam KELTER e SILVA:

Também não é novidade a intervenção do Estado pela imposição de tratamentos compulsórios, como já ocorrera, no passado, com a hanseníase ou com a vacinação compulsória contra a varíola, sendo, especialmente naquele caso, uma política de fundo claramente higienista, que buscava

tranquilizar a população sadia com o isolamento dos doentes. No entanto, no caso da internação compulsória das pessoas dependentes de crack, ainda que guarde muitos paralelos com as políticas higienistas dos séculos passados, não pode ser vista de forma maniqueísta, devendo ser analisada à luz da Constituição, no sentido de preservar os direitos fundamentais do doente, já que ao se fazer isto também se estará protegendo a sociedade (2013, p.556)

Não obstante os autores tentem diferenciar a política atual de internação e o que ocorria com os doentes nos leprosários, é importante ressaltar que esta associação é passível de ser feita se os dependentes forem internados indiscriminadamente, sem autorização médica, mesmo quando possível o seu tratamento ambulatorial. Tanto pior a situação se forem levados a locais sem nenhuma estrutura para tratamento, que representem simples forma de confinamento, exatamente como era feito com os leproso. Esse afastamento social com características de asilamento é vedado pelo § 3º do art. 4º da Lei nº 10.216/01, *in verbis*:

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

A estratégia de internação como política de segurança pública é defendida por alguns acadêmicos. O argumento baseia-se no aumento da violência associada ao uso e tráfico de entorpecentes. Como exemplo, temos a ampliação do número de homicídios relacionados ao comércio de drogas. Em Belo Horizonte, no meio da década de 1990, antes da introdução do *crack* na capital mineira, o tráfico respondia por 8% dos crimes contra a vida. A partir de 1997, este percentual alcançou 19% dos crimes até 2004 e 33% em 2006.¹⁴

Assim, o usuário de *crack* representaria um risco social e a sua internação justificaria-se pela necessidade de proteger a coletividade dos crimes que possa perpetrar em virtude do vício e para sua manutenção. Tal medo não é infundado, se considerarmos as estatísticas trazidas à baila neste trabalho.

Esta linha de raciocínio é bem sintetizada no excerto do artigo abaixo:

O mesmo acontece com o artigo 144 da Constituição, onde se diz: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de seus órgãos”. Em pesquisa ao Correio Braziliense (Araújo, 2012), é possível constatar que o uso de drogas é o

¹⁴ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/crack-ajuda-elevar-estatisticas-de-homicidios-no-pais-2709959>> Acesso em 20 de setembro de 2014

principal motivo de violência no Distrito Federal, em estudo detalhado do Instituto de Medicina Legal (IML) mostra que as drogas estão diretamente relacionadas aos assassinatos praticados no Distrito Federal (...) Dentro do modelo de sociedade atual podemos perceber a prevalência do direito coletivo sobre o direito particular a fim de assegurar o bem comum (SANTOS, 2012, p.5)

O Estado tem o dever constitucional de prover segurança pública aos cidadãos. Para tanto, deve lançar programas e políticas públicas, como o bem sucedido Pacto pela Vida implantado pelo finado ex-governador Eduardo Campos em Pernambuco.¹⁵ Contudo, essas ações devem respeitar os direitos fundamentais, visto que eles existem para proteger os indivíduos do arbítrio estatal, ainda que isso possa não ser conveniente em um determinado momento histórico.

A internação, por ser medida extrema, deve ser a última *ratio*, cabível quando o tratamento ambulatorial não for possível. Quem tem legitimidade para prescrever o tratamento adequado é apenas o profissional da medicina, que levará em conta a periculosidade que o dependente apresenta em relação a si mesmo e à sociedade, o que também é feito com os portadores de transtornos mentais.

O que não entendemos adequado, no âmbito deste trabalho, é proceder ao recolhimento compulsório de dependentes químicos, de forma aleatória, sem analisar a possibilidade de tratamento com recursos extra-hospitalares, apenas visando a afastar os drogaditos do meio social antes que delinquam. A internação contra a vontade do dependente químico não pode ser utilizada como forma de prisão transversa, fora das hipóteses admitidas pelo ordenamento constitucional.

Esta orientação está sufragada no próprio parágrafo único, II do artigo 2º da Lei nº 10.216/01, que, ao tratar dos direitos das pessoas com transtorno mental, dentre as quais incluem-se os drogaditos, assim dispõe: “II - ser tratada com humanidade e respeito e **no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde**, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade”(grifo nosso).

Portanto, fazendo um sopesamento entre a liberdade individual e a segurança pública, a primeira deve prevalecer. Quando em conflito com os direitos à vida e à saúde, não há dúvidas de que a internação pode ser utilizada. Caso contrário, deve ser realizado um tratamento ambulatorial. A exceção é o caso do dependente químico que manifestamente represente um risco à segurança alheia, tal como ocorre com os doentes mentais inimputáveis,

¹⁵ Disponível em:< <http://blogs.diariodepernambuco.com.br/segurancapublica/?p=4339>>. Acesso em 28 de setembro de 2014.

cuja internação para tratamento é recomendada por médico quando representem risco a si mesmos (suicídio) ou a estranhos (homicídios e outros atentados à integridade física).

4.3 Análise dos parâmetros formais da teoria dos limites dos limites

Superada a questão da possibilidade de edição de leis restritivas do direito de liberdade quando haja colisão com os direitos à vida e à integridade física, cumpre agora analisar se os instrumentos legais que admitem a internação compulsória no ordenamento brasileiro preenchem os requisitos formais enumerados por Canotilho para a edição de restrições a direitos fundamentais, no bojo da teoria dos limites dos limites.

O primeiro requisito é a necessidade de lei formal estabelecer a restrição. No terceiro capítulo, ressaltamos que leis delegadas e medidas provisórias, respeitadas as limitações constitucionais, também podem restringir direitos. O que este critério pretende impedir é que atos administrativos normativos, que retiram sua validade da lei que pretendem regulamentar, e não da Constituição, veiculem restrições a direitos fundamentais, em flagrante usurpação de função do Poder Legislativo. Assim, decretos, resoluções e outras espécies normativas secundárias não podem restringir direitos assegurados na Magna Carta.

De acordo com este requisito, a Resolução nº 20 da Secretaria de Assistência Social do Município do Rio de Janeiro é inválida. Isto porque esta resolução veicula verdadeira limitação ao direito de liberdade ao estabelecer como os assistentes sociais deverão proceder no recolhimento e internação de menores nas cracolândias, criando verdadeira inovação jurídica ao não respeitar sequer os procedimentos previstos na Lei Federal da Psiquiatria. A resolução nº 20 da SMAS assim dispõe:

§3º A criança e o adolescente que esteja nitidamente sob a influência do uso de drogas afetando o seu desenvolvimento integral, será avaliada por uma equipe multidisciplinar e, diagnosticada a necessidade de tratamento para recuperação, o mesmo deverá ser mantido abrigado em serviço especializado de forma compulsória. A unidade de acolhimento deverá comunicar ao Conselho Tutelar e à Vara da Infância, Juventude e Idoso todos os casos de crianças e adolescentes recolhidos.

Ora, a internação a pedido de terceiro é conhecida como internação involuntária e está prevista na Lei nº 10.216/01, em seu art. 6º, II. Tal modalidade prescinde de autorização judicial, mas demanda comunicação ao Ministério Público em até 72 horas e deve ser autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina onde se

dará o tratamento, e não por “equipe multidisciplinar”, expressão abstrata que sequer define as especialidades que farão parte do grupo.

Portanto, por extrapolar a mera regulamentação de lei, criando verdadeira inovação no mundo jurídico e contrariando o disposto na Lei Federal da Psiquiatria, a Resolução nº 20 da SMAS é inválida e não pode ser utilizada para fundamentar nenhuma internação compulsória.

Também entendendo pela invalidade da referida Resolução, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública em face do município e do estado do Rio de Janeiro pleiteando, dentre outras coisas, que ambos se abstenham de recolher compulsoriamente crianças e adolescentes em situação de rua, encaminhando-os a entidades de “acolhimento” sem prévio encaminhamento para avaliação médica na rede de saúde¹⁶.

Já a Lei nº 10.216/01 e o Projeto de Lei nº 7.663/2010, remetido ao Senado Federal pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, preenchem este primeiro requisito formal para a edição de restrições a direitos fundamentais, visto que são atos normativos primários. Assim, a sua produção respeitou, no primeiro caso, e vem respeitando, no segundo, a regular tramitação legislativa, em respeito ao princípio democrático e à separação de poderes. Portanto, cabe agora verificar se essas leis preenchem os outros dois critérios formais da teoria dos limites dos limites.

O primeiro deles é a necessidade da lei que veicula restrições a direitos fundamentais ser geral e abstrata, ou seja, deve ser aplicada a um número indeterminado de casos e de pessoas. CANOTILHO (2010) ressalta a importância da generalidade e abstração serem verificadas tanto formal quanto materialmente. Assim, uma lei poderia, aparentemente, ser geral e abstrata, quando na verdade sua criação visa a atingir um número determinado de pessoas ou casos, agindo de forma anti-isonômica.

A Lei nº 10.216/01 dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, afirmando logo em seu primeiro artigo:

Art. 1º Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política,

¹⁶ Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.portaldpge.rj.gov.br%2FPortal%2Fsarova%2Fimagem-dpge%2Fpublic%2Farq_pdf%2Fcdedica%2Fprotetivo%2FAcpresolucao20smas.doc&ei=bj8nVPbeOpLHgwSdoYGoAg&usg=AFQjCNG5M4J180ZgiFMRdzw-EwERKwXpPw&bvm=bv.76247554,d.eXY>. Acesso em 28 de setembro de 2014.

nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.

Até o presente momento, os termos internação involuntária e compulsória têm sido intercambiados livremente neste trabalho. Contudo, a partir de agora iremos nos referir a eles na exata acepção trazida pela Lei nº 10.216/01, que estabelece duas formas de internação contra a vontade do paciente: a involuntária, determinada por terceiro, e a compulsória, autorizada pela justiça.

Da leitura da Lei Federal da Psiquiatria depreendemos que as modalidades de internação sem o consentimento do paciente (involuntária e compulsória) são aplicadas a todas as pessoas portadoras de doenças mentais ou drogaditos, sem qualquer distinção de raça, cor ou recursos econômicos, assegurados a todos os mesmos direitos previstos no parágrafo único do seu art. 2º. Portanto, tal lei preenche os requisitos da generalidade e da abstração.

O mesmo pode ser dito em relação ao Projeto de Lei nº 7.663/2010, que altera o art. 23-A da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), estabelecendo duas modalidades de internação para todos os dependentes: a internação voluntária e a involuntária, sendo esta última a autorizada por familiar, representante legal, ou, na absoluta falta destes, por servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção dos servidores da área da segurança pública. Estas modalidades de internação serão mais bem esmiuçadas quanto tratarmos dos requisitos materiais para a edição de restrições ao direito de liberdade, especialmente do princípio da proporcionalidade.

Por fim, temos o terceiro requisito formal tratado por Canotilho para a edição de leis restritivas de direitos fundamentais: a irretroatividade. Pela irretroatividade autêntica, essas leis não podem afetar posições jusfundamentais já estabelecidas ou esgotadas. Pela inautêntica, no caso de leis inesperadas ou excessivamente gravosas, além de serem prospectivas, não poderão afetar direitos radicados na lei anterior.

Verificamos que, em princípio, tanto a Lei Federal da Psiquiatria quanto o Projeto de Lei nº 7.663/2010 não ofendem o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, respeitando a irretroatividade autêntica.

A Lei nº 10.216/01, por sua vez, surgiu em um contexto de assegurar aos doentes mentais o tratamento ambulatorial em primeiro lugar, só recorrendo à internação em último caso, quando houver risco à vida ou à integridade física do internando ou das pessoas à sua volta, reformulando o sistema assistencial aos doentes. Assim, não podemos considerá-la mais gravosa aos pacientes.

Passaremos agora à análise dos critérios materiais para aferição da constitucionalidade da Lei nº 10.216/01 e do Projeto de Lei nº 7.663/2010.

4.4 Análise dos parâmetros materiais da teoria dos limites dos limites

O primeiro critério material citado por Canotilho para a averiguação da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais é a necessidade de expressa autorização constitucional para a restrição. A exceção, como vimos no começo deste capítulo, são os limites imanes para a edição de leis em caso de colisão entre direitos, garantias e interesses protegidos constitucionalmente. Assim, a internação compulsória e a involuntária são admitidas na medida em que se situam justamente neste espectro de limites implícitos da Magna Carta.

O segundo critério diz respeito à necessidade da lei restritiva ser editada para salvaguardar outro interesse protegido constitucionalmente. Assim, não seria legítimo restringir um direito fundamental para proteger outro direito ou interesse de estatura infraconstitucional, porque se estaria invertendo a ordem hierárquica de nosso ordenamento jurídico.

Também este critério não oferece maiores problemas no que tange aos instrumentos legais analisados neste trabalho. Isto porque os bens que se visa a proteger com a limitação da liberdade são protegidos pela Constituição, a saber: o direito à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 144).

O terceiro critério material exigirá uma análise um pouco mais detalhada no presente capítulo, porque desperta controvérsias. Trata-se da averiguação da proporcionalidade da restrição à liberdade veiculada pela Lei nº 10.216/01 e pelo Projeto de Lei nº 7.663/2010.

Há que se perquirir se as normas que consagram a internação involuntária e compulsória, na Lei Federal da Psiquiatria, e involuntária, no Projeto de Lei supracitado são adequadas, necessárias e proporcionais. Serão adequadas se forem aptas a concretizar o fim a que se destinam; necessárias, se não houver outro meio menos gravoso de promover o fim; e proporcionais se o bem que visam a proteger tiver maior peso no caso concreto que o bem sacrificado, de modo que os fins justifiquem os meios.

No que tange ao requisito da adequação, é preciso investigar qual a finalidade da norma restritiva. Como ressaltado diversas vezes ao longo deste trabalho, é a salvaguarda dos direitos à vida e à saúde do drogadito.

A internação em estabelecimento apropriado para tratamento terapêutico é medida apta a preservar a vida e a saúde do dependente químico? Entendemos que sim. Portanto, atendido está o subprincípio da adequação.

Contudo, esta medida é a única forma de preservar os direitos fundamentais do dependente ou haveria outro meio menos gravoso de fazê-lo? No caso concreto, é possível que ele seja tratado ambulatorialmente, sem necessidade de internação contra sua vontade, com acompanhamento psicológico e psiquiátrico? Se a resposta for positiva, a internação compulsória e a involuntária serão consideradas desnecessárias e, portanto, inconstitucionais.

Saliente-se que tanto a Lei nº 10.216/01 quanto o Projeto de Lei nº 7.663/2010 fazem a ressalva de que a internação só será possível quando o tratamento ambulatorial for ineficaz. Tanto um instrumento quanto o outro ressaltam a imprescindibilidade de tal ineficácia ser atestada por médico, que deverá autorizar a internação. Neste sentido, dispõe a Lei Federal da Psiquiatria:

Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

(...)

Art. 8º A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina do Estado onde se localize o estabelecimento.

Também o Projeto de Lei nº 7.663/2010 caminha neste sentido:

§5º A internação involuntária:

- I – deve ser realizada após a formalização da decisão por médico responsável;
- II – será indicada depois da avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de outras alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde;

Inobstante sob este ponto de vista as normas possam ser consideradas necessárias, ou seja, consagradoras da solução menos gravosa para o drogadito, é preciso atentar para uma incongruência da Lei nº 10.216/01. A internação involuntária tratada no art. 6º, parágrafo único, II prescinde de autorização judicial, desde que solicitada por terceiro e autorizada por médico. Ocorre que a lei não especifica quem está habilitado a fazer essa solicitação, se

apenas os familiares ou representantes legais do dependente, de modo que somos induzidos a crer que qualquer um pode requerer a medida constritiva de liberdade.

Ao contrário, a internação compulsória é aquela feita a pedido de médico, com autorização da justiça. Ou seja: a Lei nº 10.216/01 ressalva que, não havendo solicitação de terceiro, a internação deve ser autorizada judicialmente.

Veja que absurdo a interpretação literal do dispositivo pode ocasionar: um enfermeiro, sem qualquer relação de parentesco ou amizade com o drogadito, pode interná-lo involuntariamente, sem recorrer à justiça, bastando autorização do médico do hospital. Ao contrário, se este não conseguir nenhum estranho para assinar o requerimento junto ao estabelecimento, terá de pleitear a internação judicialmente!

Parece-nos evidente que há uma grande diferença entre a situação hipotética descrita e aquela em que os pais internam o filho menor com problemas psiquiátricos sem recorrer à justiça, ou o filho interna o pai viciado em *crack* quando o tratamento ambulatorial não for mais possível. Nestes casos, em virtude da confiança inspirada pelas relações familiares, bastará a comunicação em até 72 horas ao Ministério Público, a fim de que se afaste qualquer hipótese de cárcere privado.

Diversa é a circunstância de terceiro completamente estranho à situação que será, na maioria das vezes, um agente público, como os assistentes sociais que recolhem os dependentes das ruas. Esta é, inclusive, a situação contemplada pelo Projeto de Lei nº 7.663/2010, que dispõe sobre a internação involuntária:

§3º São considerados dois tipos de internação:

(...)

II – internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta destes, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção dos servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida.

Considerando o que já foi mencionado a respeito do risco de utilização da internação contra a vontade do dependente como forma de prisão transversa, parece-nos bastante perigoso admitir que terceiros, agentes públicos, tanto na Lei 10.216/01 quanto no Projeto de Lei nº 7.663/2010 internem indivíduos em situação vulnerável, quando muitas vezes são desconhecidos os seus familiares.

Isto porque há uma maneira menos gravosa de fazer isso, protegendo essas pessoas do arbítrio do poder público: passando pelo crivo do Poder Judiciário, o qual apreciará o laudo médico e a real necessidade da medida, evitando situações retratadas no noticiário de pessoas apreendidas pela simples condição de se encontrarem em situação de rua.¹⁷No que tange à urgência da internação, nada impedirá o deferimento da tutela antecipada, a critério do juiz.

Antes de afirmarmos a inconstitucionalidade da internação involuntária por desrespeito ao subprincípio da necessidade, há uma maneira de salvar a norma, ao menos no que tange à Lei Federal da Psiquiatria. O §2º do art. 8º afirma que esse tipo de internação poderá cessar a pedido de familiar ou representante legal do internado. Basta entendermos que o terceiro que tem legitimidade para propor a internação é o mesmo que pode interrompê-la a qualquer tempo: apenas familiares e representantes legais. Assim, estará respeitado o critério da necessidade, na aferição da proporcionalidade da norma.

Não obstante, esta interpretação não pode ser feita em relação ao Projeto de Lei nº 7.663/2010, pois este define expressamente quem são os terceiros de que trata: familiares, representantes legais e, na absoluta falta destes, servidores públicos da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, excetuados os que atuem na área de segurança pública. Neste caso, se o projeto vier a ser aprovado, a solução será a declaração de inconstitucionalidade da norma, por não ser a menos gravosa possível para o dependente. Assim, a internação continuará a ser regida pela Lei Federal da Psiquiatria: a involuntária, sem autorização judicial, quando solicitada por representante legal ou familiar; a compulsória, após passar pelo crivo do Poder Judiciário, sempre que aqueles não estejam presentes.

A preocupação com as internações arbitrárias pode ser sentida no próprio Projeto de Lei nº 7.663/2010, ao dispor que os pedidos de internação não podem ser feitos por profissionais de segurança pública. Apesar da intenção nobre, o artigo incorre no erro da ingenuidade ao imaginar que assistentes sociais não podem realizar recolhimentos ilegítimos como simples forma de promover uma limpeza nas ruas.

Em resumo, entendemos que apenas a internação involuntária, quando adotada a interpretação restritiva de terceiro, e a compulsória da Lei 10.216/01 cumprem o requisito de observância do critério da necessidade.

Por fim, há que se analisar o último subprincípio da razoabilidade: a proporcionalidade em sentido estrito. Este requisito também é cumprido pelas modalidades de internação da Lei

¹⁷ Disponível em: <<http://www.jb.com.br/rio/noticias/2014/06/10/as-vesperas-da-copa-mp-constata-recolhimento-compulsorio-de-moradores-de-rua/>>. Acesso em 28 de setembro de 2014.

Federal da Psiquiatria, na medida em que o fim (salvaguarda dos direitos fundamentais à vida e à saúde) justifica o meio (restrição temporária do direito de ir, vir e permanecer do drogadito quando não houver outra forma de tratamento).

A Lei 10.216/01 é a única que se submeterá ao último teste para que seja aferida sua constitucionalidade, pois a Resolução nº 20 da SMAS não passou no critério formal de reserva de lei e o Projeto de Lei nº 7.663/2010 foi considerado excessivamente gravoso para o dependente. Este último teste é também o último critério material enumerado por Canotilho: o respeito ao núcleo essencial do direito fundamental restringido.

De acordo com a teoria objetiva, o direito à liberdade não pode ser de tal maneira sacrificado que perca sua importância para todos os indivíduos ou para a maior parte deles. Ora, como a internação compulsória e a involuntária não atingem a generalidade das pessoas, apenas aquelas com problemas psiquiátricos graves e as que sofrem de dependência química, as normas restritivas previstas na Lei Federal da Psiquiatria respeitam o núcleo essencial do direito à liberdade, em sua acepção objetiva.

Já a teoria subjetiva propugna que o núcleo essencial refere-se à proteção do direito de liberdade em relação a um particular, individualmente considerado, de modo que não se pode sacrificar este seu direito a ponto de fazer com que perca qualquer significado para ele. Seria o caso de uma lei que estabelecesse como pena a prisão perpétua, muito embora tal possibilidade não seja admitida em nosso ordenamento constitucional por violação a cláusula pétrea.

Entendemos que também em sua acepção subjetiva o núcleo essencial do direito de liberdade é preservado pelas normas que autorizam a internação involuntária e compulsória na Lei Federal da Psiquiatria. Isto porque ele não é completamente e para sempre eliminado, apenas por um curto período para tratamento, passando-se aos cuidados ambulatoriais tão logo seja possível.

Portanto, ao término deste capítulo, concluímos que as normas autorizadoras da internação compulsória e involuntária da Lei 10.216/01 preenchem todos os requisitos formais e materiais da teoria dos limites dos limites, ressalvando-se a interpretação dada ao termo “terceiro” no segundo modelo de internação, o qual deverá abarcar apenas familiares e representantes legais do drogadito. Assim, a Lei Federal da Psiquiatria é considerada constitucional e poderá ser utilizada como fundamento para internações, respeitada a impossibilidade de tratamento ambulatorial e a autorização de médico.

Conclusão

O objetivo definido neste trabalho era analisar se os atos normativos que autorizam formas de internação involuntárias e compulsórias de dependentes químicos são admitidos por nossa ordem constitucional. Para tanto, foram esmiuçados a Resolução nº 20 da SMAS do Rio de Janeiro, a Lei nº 10.216/01 e o Projeto de Lei nº 7.663/2010, de autoria do deputado federal Osmar Terra (PMDB-RS), que altera a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006).

No primeiro capítulo buscamos demonstrar as principais características dos direitos fundamentais, em especial a sua relatividade e a ausência de hierarquia entre eles. Essas qualidades são de capital importância na medida em que sem elas não poderíamos proceder à ponderação dos direitos e interesses em conflito, como fizemos no último capítulo. Isto porque se os direitos fundamentais fossem absolutos ou houvesse uma hierarquia rígida e pré-definida entre eles, no primeiro caso não haveria como mitigar um em face do outro e no segundo já saberíamos de antemão quais deveriam prevalecer, pouco importando o caso concreto.

Também na primeira parte do trabalho buscamos assinalar as principais diferenças entre regras e princípios, ambas espécies do gênero norma, enquadrando os direitos fundamentais na segunda categoria. Assim, eles foram definidos como mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados conforme haja outras normas colidentes. Possuem uma dimensão de peso, o que significa que poderão não prevalecer se existirem outros que apontem para direção diversa.

Por fim, ainda no primeiro capítulo expusemos a importância da dignidade da pessoa humana para a técnica da ponderação de interesses. Tal princípio foi definido como fundamento axiológico e vetor teleológico da Constituição Federal, responsável por exprimir a máxima kantiana segundo a qual o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. Assim, o operador do direito, ao se deparar com uma colisão de princípios albergados pela Carta Magna deve adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários protegidos por ela.

No segundo capítulo, foram analisados o princípio da proporcionalidade e sua tríplice dimensão: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para tanto, investigou-se sua origem e desenvolvimento no continente europeu, notadamente na Alemanha, e nos Estados Unidos, através do desenvolvimento do devido processo legal substantivo.

Não obstante tenham sido reconhecidas as raízes históricas distintas da proporcionalidade e da razoabilidade, ambas foram utilizadas como sinônimos por possuírem o mesmo propósito, qual seja, atuar como baliza na interpretação da constitucionalidade de leis restritivas de direitos fundamentais.

O primeiro subprincípio da proporcionalidade tratado foi a adequação, definida como a aptidão ou idoneidade da norma para atingir o fim a que se destina.

Já a máxima parcial da necessidade exige que a medida restritiva seja a menos gravosa possível para o interessado. Assim, diante de dois meios igualmente adequados para promover o fim almejado pela lei, deve-se escolher o que apresente o menor número de efeitos colaterais negativos, desde que seja mais ou igualmente eficaz.

Finalmente, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, também conhecido como princípio da justa medida sustenta que meios e fins devem ser equacionados num juízo de ponderação, objetivando avaliar se o meio é ou não desproporcional em relação ao fim. Assim, se o direito afetado pela lei restritiva tiver, no caso concreto, preponderância em relação àquele que pretende preservar deverá ser declarada inconstitucional, por ofensa à máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

No terceiro capítulo foi esmiuçada a teoria dos limites dos limites e seus pressupostos materiais e formais, os quais são instrumentos de análise da constitucionalidade das leis restritivas. Os primeiros dizem respeito ao próprio conteúdo veiculado por essas leis e os segundos ao modo como foram produzidas.

O primeiro requisito material é a exigência de previsão constitucional expressa para a restrição. Esta autorização, porém, pode decorrer dos próprios limites imanentes, portanto não escritos, de modo que é a própria Constituição Federal que tacitamente autoriza a restrição em caso de colisão de direitos, desde que a contenção encontre-se em harmonia com seus demais princípios e regras.

O segundo critério material é a necessidade da lei se justificar para salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido. O sacrifício de um direito fundamental, portanto, não será admitido diante de eventual colisão com direitos ou bens tutelados apenas a nível infraconstitucional

O terceiro pressuposto material é o respeito ao princípio da proporcionalidade. Assim, a restrição ao direito fundamental entabulada pela lei deve ser adequada a preservar o interesse constitucional e necessária ou indispensável para salvaguardá-lo.

O último requisito exige que a restrição veiculada pela lei não aniquile o direito em causa, atingindo seu núcleo essencial. A compreensão do que este seja dependerá em grande medida da teoria adotada quanto ao seu objeto e ao seu valor.

Quanto ao objeto, há duas teorias: a objetiva e a subjetiva. Enquanto a primeira propugna que o núcleo essencial refere-se à proteção geral e abstrata prevista pela norma, de modo a evitar que um direito fundamental perca toda a sua importância para a generalidade dos indivíduos, a segunda sustenta que o objeto do núcleo essencial refere-se à proteção do direito fundamental em relação a um particular, de modo que não se pode em hipótese alguma sacrificar o direito de um indivíduo ao ponto dele não lhe ter qualquer significado.

No que tange ao valor do núcleo essencial dos direitos fundamentais, também foram analisadas duas teorias: a absoluta, que sustenta que cada direito possui *a priori* um núcleo intangível e abstratamente determinável, e a relativa, a qual afirma que este núcleo só pode ser conhecido no caso concreto, quando do conflito com outras normas.

Após os critérios materiais, no terceiro capítulo tratou-se dos pressupostos formais para aferição da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.

O primeiro deles consiste na reserva de lei, presente no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5º, II da Carta Magna. Assim, as leis restritivas só podem ser editadas pelo Poder Legislativo, limitando a ação do Poder Executivo, o qual não pode limitar direitos fundamentais no exercício do poder regulamentar. Foram citadas como exceções a lei delegada e a medida provisória, que podem circunscrever direitos desde que respeitadas as disposições dos artigos 68 e 62 da Constituição Federal, respectivamente.

O segundo pressuposto formal para aferição da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais é a generalidade e abstração. Na constrição de direitos, liberdades e garantias, as leis restritivas devem possuir suas tradicionais características, tanto formal quando materialmente. Assim, não basta que, aparentemente, elas se dirijam a um número indeterminado de pessoas que se enquadrem nas situações-tipo por elas previstas, se são redigidas de forma tal a atingir um número determinável de indivíduos ou casos. A intenção deste requisito é conter o arbítrio do legislador, evitando que os direitos fundamentais sejam restringidos de forma anti-isonômica.

Por fim, tratamos do último requisito formal da teoria dos limites dos limites, a vedação à retroatividade, prevista no art. 5º, XXXVI da CF e na LINDB, art. 6º. Assim, a lei restritiva não poderá prejudicar posições jusfundamentais já estabelecidas ou esgotadas, como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Ainda no terceiro capítulo, foi analisada a técnica da ponderação de interesses, uma alternativa para a solução de conflitos substanciais entre normas constitucionais, que opera a valorização dos princípios.

Tal técnica foi dividida em ponderação em abstrato e ponderação em concreto. A primeira modalidade refere-se aos conflitos normativos que podem ser imaginados em tese, como a liberdade de informação *versus* direito a intimidade, honra e vida privada. A segunda, ao balanceamento que é feito tendo por base as circunstâncias de um caso concreto, o qual apenas é necessário se a ponderação em abstrato e os parâmetros gerais e específicos que estipula forem insuficientes para a resolução do problema.

Os dois parâmetros gerais mencionados para a técnica da ponderação foram a preferência das regras sobre os princípios e a prevalência dos direitos fundamentais sobre as demais normas constitucionais.

Por fim, no quarto capítulo, a Resolução nº 20 da SMAS do Rio de Janeiro, a Lei nº 10.216/01 e o Projeto de Lei nº 7.663/2010 foram analisados à luz da teoria dos limites dos limites e da técnica da ponderação de interesses.

Em primeiro lugar, considerou-se que, inobstante a falta de expressa autorização constitucional as leis restritivas do direito de liberdade com base na necessidade de internação do drogadito não são inconstitucionais, pois se situam dentro das hipóteses dos limites imanentes.

Em seguida, foi feita uma ponderação entre os direitos à liberdade, à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 144 da CF), ocasião em que foi atribuído peso maior aos dois últimos. Para tanto, foram citados casos semelhantes, como as transfusões de sangue autorizadas pela justiça para salvar a vida de religiosos conhecidos como Testemunhas de Jeová, bem como os dispositivos infraconstitucionais que autorizam tratamentos compulsórios (artigo 15 do Código Civil e artigo 22 do Código de Ética Médica).

Após, foi analisada a possibilidade da liberdade do dependente químico ceder tendo por base o interesse constitucionalmente protegido de salvaguarda da segurança pública (art. 144, CF). Concluímos não ser adequado afastar o drogadito do meio social quando não houver determinação médica para tanto, com vistas a proteger sua vida e saúde. A internação deve ser a última *ratio*, cabível quando não for possível o tratamento ambulatorial. Assim, não deve ser utilizada como forma de prisão transversa, cujo objetivo é afastar os dependentes da rua antes que delinquam, tendo como fundamento as estatísticas de aumento da violência associada ao tráfico e uso de drogas.

Isto não significa que o Estado não deva criar programas e políticas de segurança para enfrentar os números que, de fato, são alarmantes. Na verdade, essa criação pode e deve ser feita, contanto que respeite os direitos fundamentais de indivíduos em situação vulnerável. Isto quer dizer, dentre outras coisas, que não podem ser levados a instituições com características asilares, que não ofereçam tratamento terapêutico adequado, principalmente quando este poderia ser feito com recursos extra-hospitalares, segundo avaliação médica.

No quarto capítulo, foi citada uma exceção à restrição da liberdade com base na salvaguarda da segurança de terceiros. Trata-se dos casos em que o dependente químico apresenta um risco comprovado ao meio social, podendo atentar contra a vida ou integridade física de outro. Tal também ocorre com os portadores de graves doenças mentais, que em circunstâncias de crise podem ser internados para que não cometam suicídio ou homicídio.

Esse risco não pode ser amparado em números e estatísticas ou na maior periculosidade de drogas como o *crack*, devendo ser comprovado no caso concreto, como aquele em que o dependente químico apresenta sintomas de esquizofrenia e relata sua intenção de atentar contra a vida de outros.

Após a ponderação relatada, adentrou-se na análise dos critérios formais e materiais da teoria dos limites dos limites.

Inicialmente, foi constatada a inconstitucionalidade da Resolução nº 20 da SMAS por desrespeito à reserva de lei. Isto porque este ato normativo secundário veicula verdadeira limitação ao direito de liberdade ao estabelecer como os assistentes sociais deverão proceder no recolhimento e internação de menores nas crackolândias, criando verdadeira inovação jurídica ao não respeitar sequer os procedimentos previstos na Lei Federal da Psiquiatria.

Assim, apenas a Lei nº 10.216/01 e o Projeto de Lei nº 7.663/2010 cumpriram todos os pressupostos formais e foram analisados de acordo com os requisitos materiais da teoria dos limites dos limites.

Quando da aferição da proporcionalidade da restrição à liberdade veiculada pela internação involuntária, concluiu-se que a norma não atende à máxima parcial da necessidade. Isto porque tal forma de internação prescinde de autorização judicial e admite que terceiro, sem nenhuma relação de parentesco com o dependente químico solicite seu tratamento contra a sua vontade. Contudo, há uma solução menos gravosa para salvaguardar sua vida e saúde: permitir o controle pelo Poder Judiciário, como determina a Constituição da República de Portugal.

Contudo, encontrou-se um meio de salvar a internação involuntária da Lei Federal da Psiquiatria da inconstitucionalidade: entendendo que o terceiro legitimado para solicitar a

internação involuntária do drogadito não é senão seu familiar ou representante legal, os mesmos autorizados a interromper o tratamento, conforme disposto no art.8ª, §2º da Lei nº 10.216/01.

Não obstante, esta interpretação não pôde ser feita em relação ao Projeto de Lei nº 7.663/2010, pois este define expressamente quem são os terceiros de que trata: familiares, representantes legais e, na absoluta falta destes, servidores públicos da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, excetuados os que atuem na área de segurança pública. Neste caso, se o projeto vier a ser aprovado, a solução será a declaração de inconstitucionalidade da norma, por não ser a menos gravosa possível para o dependente. Assim, a internação continuará a ser regida pela Lei Federal da Psiquiatria: a involuntária, sem autorização judicial, quando solicitada por representante legal ou familiar; a compulsória, após passar pelo crivo do Poder Judiciário, sempre que aqueles não estejam presentes.

Com este entendimento, acreditamos que estarão minimizados os riscos de utilização da internação como forma de prisão transversa, quando os moradores de rua não forem usuários de drogas ou for possível o seu tratamento ambulatorial, de acordo com parecer médico. Ainda que na esmagadora maioria dos casos a internação seja imprescindível, ao menos por um curto período de tempo, antes de dar-se início ao tratamento com recursos extra-hospitalares, não podemos negar a possibilidade dessas pessoas vulneráveis serem recolhidas por agentes públicos a locais onde não será oferecido nenhum tipo de tratamento, simplesmente como forma de limpeza das ruas, especialmente às vésperas de grandes eventos.

Esperamos ter contribuído um pouco para o incremento do debate jurídico-acadêmico em torno da questão.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALTINO, Lucas. *Processo que pode cassar Paes já está na Justiça*. Jornal do Brasil. 12 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/rio/noticias/2013/04/12/processo-que-pode-cassar-paes-ja-esta-na-justica/>> Acesso em: 27 set. 2013.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Renovar, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 7.663/2010*. Acrescenta e altera dispositivos à Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, para tratar do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, dispor sobre a obrigatoriedade da classificação das drogas, introduzir circunstâncias qualificadoras dos crimes previstos nos arts. 33 a 37, definir as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483808>> Acesso em 26 set. 2014.

BRASIL. *Código civil* (2002). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Diário Oficial da república Federativa do Brasil. Brasília, DF, 09 abril 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>. Acesso em 26 set. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. São Paulo: Almedina, 2003. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CORRÊA, Hudson. *Gravações revelam que deputado Rodrigo Bethlem recebia propina na prefeitura do Rio e mantém conta na Suíça*. Revista Época. 25 jul. 2014. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2014/07/gravacoes-revelam-que-bdeputado-rodrigo-bethlem-recebia-propinab-na-prefeitura-do-rio-e-mantem-conta-na-suica.html>>
>Acesso em: 27 set. 2014

DONO de abrigos do crack já matou 42. O Dia. 25 out. 2012. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/portal/rio/dono-de-abrigos-do-crack-j%C3%A1-matou-42-1.506907>>
>Acesso em: 27 set. 2014

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

IGREJA, Ricardo de Alencar. *Limites às restrições de direitos fundamentais: a teoria dos limites dos limites*. Rio de Janeiro: Jagatirica Digital, 2012.

KELTER, Paul Jürgen. SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. *Legalidade e finalidade da internação compulsória dos dependentes de crack*. Revista Jurídica Cesumar, n. 3, Dezembro de 2012. Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewArticle/305>>. Acesso em: 26 set. 2014

JABOR, Arnaldo. *O perigo vermelho*. O Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,o-perigo-vermelho,1115765>>. Acesso em: 27 set. 2014

MAZUR, Maurício. A operação da ponderação na sentença aditiva de conformação isonômica. In: DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). *Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

ONU premia programa Pacto pela Vida do Estado. Diário de Pernambuco. 28 jun. 2013. Disponível em: <<http://blogs.diariodepernambuco.com.br/segurancapublica/?p=4339>>. Acesso em: 27 set. 2014

PINHEIRO, Gustavo Henrique de Aguiar. *O devido processo legal de internação psiquiátrica involuntária na ordem jurídica constitucional brasileira*. RDisan. São Paulo, n.3, Fevereiro de 2012. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/692>>. Acesso em: 26 set. De 2014.

RIBEIRO, Bruno. *Contra crackolândia, Haddad dá casa, comida e emprego a usuário da droga*. O Estado de São Paulo. 15 jan. 2014. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,contra-cracolandia-haddad-da-casa-comida-e-emprego-a-usuario-de-droga-imp-,1118556>> Acesso em: 27 set. 2014

RIO DE JANEIRO. Secretaria de Assistência Social. *Resolução nº 20, de 27 de maio de 2011*. Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ, 31 de maio de 2011. Disponível em. Acesso em 26 set 2014.

RITTO, Cecília. *Para o Ministério Público, recolhimento de adultos usuários de crack é inconstitucional*. Revista Veja. 30 out. 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/mp-diz-que-recolhimento-de-usuarios-de-crack-em-abrigos-e-inconstitucional>> Acesso em: 10 jun. 2014

SANTOS, Bruna Caroline Pereira Barreto. *Liberdades individuais e interesses coletivos: uma reflexão a respeito dos procedimentos de internação compulsória no Brasil contemporâneo*. Disponível em <http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/167a9d69a053b7435174d43c7d98b5f4.pdf>. Acesso em: 26 set. 2014

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

ÀS VÉSPERAS da Copa, MP constata recolhimento compulsório de moradores de rua. Jornal do Brasil. 10 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/rio/noticias/2014/06/10/as-vesperas-da-copa-mp-constata-recolhimento-compulsorio-de-moradores-de-rua/>>. Acesso em: 27 set. 2014

VIDAL, Andréa Barroso Silva de Fragoso. A norma da proporcionalidade: algumas controvérsias doutrinárias. In: DUARTE, David; SARLET, Ingo Wolfgang; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). *Ponderação e Proporcionalidade no Estado Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

