

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DOS  
DEPENDENTES QUÍMICOS E AS GARANTIAS DA EFETIVIDADE  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Vanessa Cristina Romão Oliveira

NATAL-RN

2014

**VANESSA CRISTINA ROMÃO OLIVEIRA**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DOS  
DEPENDENTES QUÍMICOS E AS GARANTIAS DA EFETIVIDADE  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, desenvolvida sob a orientação do Prof. Ms. Dijosete Veríssimo da Costa Júnior.

NATAL, RN

2014

**Catálogo da Publicação na Fonte.  
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Oliveira, Vanessa Cristina Romão.

A judicialização da internação compulsória dos dependentes químicos e as garantias da efetividade dos direitos fundamentais. / Vanessa Cristina Romão Oliveira. – Natal, RN, 2014.

88 f.

Orientador(a): Prof<sup>o</sup>. Ms. Dijosete Veríssimo da Costa Júnior.

Monografia (Graduação em Direito). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Faculdade de Direito.

1. Direitos fundamentais - Monografia. 2. Internação compulsória. 3. Dependência química. I. Costa Júnior, Dijosete Veríssimo da. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

UERN/ BC

CDD 340

Bibliotecária: Elaine Paiva de Assunção – CRB - 15/492

VANESSA CRISTINA ROMÃO OLIVEIRA

**A JUDICIALIZAÇÃO DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DOS  
DEPENDENTES QUÍMICOS E AS GARANTIAS DA EFETIVIDADE  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Ms. Dijosete Veríssimo da Costa Júnior  
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

---

Prof. Ms. Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior  
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

---

Prof. Ms. Carlos Sérgio Gurgel da Silva  
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Apresentado oralmente e aprovado no dia \_\_\_\_\_.

**Ao Deus Eterno, Todo-Poderoso. Porque Nele,  
por Ele, e para Ele, são todas as coisas.**

**À minha família, pela fé, amor e esperança.**

**Ao meu noivo, por me escolher para caminhar  
ao seu lado. Por todo amor, por todo o apoio.**

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, que na sua misericordiosa bondade, me guiou até este momento de grande realização.

Aos meus pais, pelo apoio constante e amor incondicional.

Ao meu amor, Denis Rodrigo, por estar ao meu lado em todos os momentos.

À minha prima, Ana Paula, pela ajuda na escolha do tema e incentivo nas horas em que pensei não ser capaz de concluir este trabalho.

Ao Prof. Ms. Dijosete Veríssimo, por aceitar a orientação deste trabalho, contribuindo de forma fundamental, com paciência e dedicação.

Aos Professores do Curso de Direito da UERN, pelos ensinamentos e conhecimentos compartilhados ao longo desta árdua jornada, colaborando significativamente para o profissional que hoje me torno.

Enfim, a todos que de alguma forma contribuíram para a conclusão de mais uma etapa em minha vida.

A lei não deve ser observada simplesmente por ser lei, mas por aquilo que ela realiza de justiça. Cumprir a lei fielmente não significa subdividi-la em observâncias minuciosas, criando uma burocracia escravizante; significa, isto sim, buscar nela inspirações para a justiça e a misericórdia, a fim de que o homem tenha vida e relações mais fraternas.

MATEUS, 5:17-20.

## RESUMO

O avanço da drogadição no mundo preocupa e exige dos governos a elaboração de políticas que combatam este grave problema social. Nesse cenário, o modelo proibicionista americano, baseado na criminalização do uso de entorpecentes, fundamentou os primeiros institutos legais da internação compulsória em nosso direito pátrio, tendo sua primeira disciplina jurídica por meio do Decreto 24.559/21 e, em seguida, pelo Decreto-Lei 891, de 25 de novembro de 1938. Com a evolução da drogadição no país ao longo dos anos e a realização da reforma psiquiátrica, o dependente químico passou a ser equiparado ao doente mental para fins de tratamento, sendo regido de modo subsidiário pela Lei 10.216/2001 (Lei Federal de Psiquiatria). Na atualidade, a discussão ganha novos contornos, diante da situação crítica de dependência na Cracolândia, em São Paulo, que culminou com a parceria de profissionais da saúde, do Ministério Público, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para promoção de tratamento aos dependentes do local. Tal episódio gerou grande repercussão, acalorando as discussões quanto a natureza do instituto da internação compulsória, se de matéria de segurança ou saúde pública, bem como quanto a necessidade de sua judicialização. Nesse sentido, algumas propostas legislativas foram oferecidas e estão atualmente em processo de tramitação. Nesse esteio, o presente trabalho objetiva tecer uma análise sobre a constitucionalidade da judicialização da internação compulsória dos dependentes químicos, à luz da relativização dos direitos fundamentais envolvidos, bem como compreender o papel do Estado, das famílias e da sociedade como um todo diante do fenômeno social das drogas, a fim de assegurar aos dependentes químicos um tratamento eficaz, que atenda as condições mínimas de dignidade garantidas constitucionalmente.

**Palavras-chave:** Internação compulsória. Direitos fundamentais. Dependência química.

## ABSTRACT

The drug addiction advancement in the world worries and demands of governments developing policies to combat this serious social problem. In this scenario, the American prohibitionist model, based on the criminalization of the use of narcotics, ground the first legal institutes of compulsory hospitalization in our homeland right, having its first juridical discipline by Decree 24,559 / 21 and then by Decree-Law 891 of 25 November 1938. With the evolution of drug addiction in the country over the years and the completion of the psychiatric reform, the drug addict has become equated with the mentally ill for treatment purposes, being regulated subsidiary mode by Law 10,216 / 2001 (Federal Law of Psychiatry). At present, the discussion gain new contours, in face of the critical situation of dependence on Cracolândia in São Paulo, which culminated in the partnership between health professionals, the D.A Office, the Court of Justice of São Paulo (TJSP) and the Order of Lawyers of Brazil (OAB), to promote treatment to local dependents. This episode has generated great repercussion, increasing the discussions about the nature of the institution of compulsory admission, if matter relating to safety or public health, as well as the need for its judicialization. Thus, some legislative proposals have been offered and they are currently in approval process. So, this work aims to weave an analysis about the constitutionality of the judicialization of compulsory hospitalization of drug addicts, in the light of relativity of fundamental rights involved, as well as understand the role of the state, families and society as a whole in face of the social drugs phenomenon in order to ensure to drug addicts an effective treatment that meets the minimum conditions of dignity guaranteed constitutionally.

**Keywords:** Compulsory Admission. Fundamental Rights. Chemical dependency.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>12</b>
1.1 Considerações a cerca da terminologia adequada .....	14
1.2 Construção histórica: dos Direitos naturais aos direitos fundamentais.....	19
1.3 Os direitos fundamentais no constitucionalismo brasileiro .....	26
<b>2. CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>31</b>
2.1 Os direitos fundamentais como princípios constitucionais.....	34
2.2 A colisão de direitos fundamentais pela ótica da Teoria dos Princípios .....	39
2.3 O princípio da proporcionalidade e o método da ponderação.....	44
<b>3. A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .....</b>	<b>48</b>
3.1 Considerações gerais sobre a internação compulsória.....	48
3.2 A internação compulsória na legislação psiquiátrica brasileira .....	52
3.2.1 A Reforma Psiquiátrica: Lei nº 10.216/2001 .....	56
3.3 A internação compulsória e o tratamento da dependência química.....	58
3.4 Propostas legislativas referentes à internação compulsória do dependente químico..	62
<b>4. A PROBLEMÁTICA SOCIAL DAS DROGAS .....</b>	<b>64</b>
4.1 A drogadição e o desafio da família.....	65
4.2 Políticas públicas e a responsabilidade social do Estado.....	68
4.2.1 O proibicionismo .....	70
4.2.2 O modelo de redução de danos.....	72
4.3 O tratamento compulsório dos dependentes químicos .....	75
4.3.1 O conflito de direitos: a vida e a liberdade .....	76
4.3.2 O papel do Judiciário e a garantia de segurança jurídica .....	79
4.4 Programas de combate às drogas desenvolvidos na atualidade.....	82
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>87</b>

## INTRODUÇÃO

O avanço da drogadição no mundo preocupa e exige dos governos a elaboração de políticas que combatam este grave problema social, que tem destruído vidas, famílias e desencadeado outras preocupações no âmbito da saúde e da segurança pública.

O modelo proibicionista americano baseado na criminalização do uso de entorpecentes fundamentou os primeiros institutos legais da internação compulsória em nosso direito pátrio, o que não é matéria nova, tendo sua primeira disciplina jurídica por meio do Decreto 24.559/21 e, em seguida, pelo Decreto-Lei 891, de 25 de novembro de 1938, o qual se destacou por regulamentar a situação do dependente químico tratando-o como doente. Assim, o seu texto legal assegurava a internação compulsória por meio de representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, desde que provada a necessidade do tratamento ou a conveniência à ordem pública, tornando-se efetiva somente após decisão judicial, conforme depreende-se da leitura do art. 29, § 1º, do referido texto legal.

Com a evolução da drogadição no país ao longo dos anos e a realização da reforma psiquiátrica, o dependente químico passou a ser equiparado ao doente mental para fins de tratamento, sendo regido de modo subsidiário pela Lei 10.216/2001 (Lei Federal de Psiquiatria), a qual prevê a possibilidade de internação como medida extrema, permitida tão somente após o esgotamento das medidas extra-hospitalares cabíveis, com exigência de laudo médico circunstanciado, discriminando os motivos do procedimento.

Não obstante, a discussão ganha novos contornos na atualidade. A situação crítica de dependência na Cracolândia, em São Paulo, culminou com a adoção de algumas medidas, no sentido de combater o consumo da droga. Dentre elas, tem-se a realização de plantão jurídico no Cratod (Centro de Referência de Álcool, Tabaco e Outras Drogas), a partir da parceria entre os profissionais da saúde, do Ministério Público, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), buscando a promoção de tratamento aos dependentes do local, medida esta oficializada pelo governo do estado no início de 2013.

Como a internação compulsória consistia em uma das modalidades de tratamento que estavam sendo utilizadas no plantão jurídico, tal episódio gerou grande repercussão e forneceu à temática impacto midiático, bem como um maior conteúdo político, reacendendo as discussões quanto a natureza do instituto da internação compulsória. Questiona-se, então, se a medida seria de matéria de segurança ou saúde pública; se a sua aplicação seria inconstitucional, por intervir no âmbito da liberdade do cidadão; e em que moldes deveria ser aplicada, uma vez que não há uma disciplina legal específica da matéria, o que despertou para a necessidade de se elaborar uma lei que regulamentasse a sua judicialização.

Nesse sentido, algumas propostas foram oferecidas e estão atualmente em processo de tramitação, tais como o Projeto de Lei do Senado nº 111/2010, na forma da Emenda nº 1-CAS (substitutivo), proposto pelo Senador Demóstenes Torres (ex-DEM/GO), o Projeto de Lei 3365/12, elaborado pelo deputado Eduardo da Fonte (PP-PE) e o Projeto de Lei 7663/10, do deputado Osmar Terra (PMDB-RS).

Conquanto, o epicentro da discussão encontra sua crítica mais profunda no que tange a constitucionalidade da referida judicialização, tese esta defendida por ativistas dos direitos humanos e alguns profissionais da área jurídica, os quais afirmam ser esta disposição uma violação a cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, ferindo o direito constitucional à liberdade, garantido no *caput* de seu art. 5º, não passando de arbitrariedade que visa o atendimento de pretensões econômicas, políticas e sociais.

Dessarte, o presente trabalho objetiva tecer uma análise da constitucionalidade da judicialização da internação compulsória dos dependentes químicos, à luz da relativização dos direitos fundamentais envolvidos, os quais constituem essencialmente a representação de valores eternos e universais de amparo irrestrito, positivados no afã de impor ao Estado uma prestação negativa, vedando possíveis ingerências na esfera jurídica individual e assegurando as exigências de liberdade, igualdade e dignidade das pessoas ao longo da história.

Pretende-se, inicialmente, permear pela Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, de modo a obter o embasamento jurídico e doutrinário necessário para o esclarecimento da polêmica que a temática suscita, principalmente no que tange a solução para os casos em que há colisão dos direitos fundamentais

envolvidos, neste caso a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, sendo isto o ponto chave deste trabalho.

Em seguida, traçar um panorama histórico da internação compulsória, bem como promover a análise das disciplinas jurídicas que já trataram do referido instituto ao longo dos anos, evidenciando o tratamento dado aos dependentes químicos, no afã de levantar os argumentos divergentes que rodeiam a judicialização da internação compulsória, destacando a complexidade que envolve as esferas políticas, econômicas e sociais de seus discursos, promovendo o adensamento da discussão sobre o tema à nível constitucional.

Ademais, analisar a problemática da internação compulsória, visando identificar e avaliar de forma crítica os efeitos de sua judicialização para o dependente, para a família e sociedade, ressaltando a responsabilidade do Estado, sobretudo no que se refere a garantia dos direitos fundamentais.

Por fim, de suma importância é trazer à discussão a relevância da atuação do Poder Judiciário, questionando-se a conduta dos julgadores e os parâmetros que deverão ser adotados no processo legal da internação compulsória, para que sejam resguardados os direitos do dependente, bem como garantida a segurança jurídica no procedimento.

## 1. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova ordem constitucional, sustentada pela proteção e garantia dos direitos fundamentais como valores precípuos para a vida em sociedade, constituindo, assim, o Estado Democrático de Direito no Brasil.

Contudo, a concepção atualmente vigente dos direitos fundamentais como princípios jurídico-constitucionais que fundamenta essa proteção jurídica não se originou repentinamente, quando dá promulgação do diploma constitucional hodierno. É, pois, resultante de um intenso processo histórico, no qual o instituto jurídico da dignidade humana foi criado e progressivamente estendido a todos os indivíduos, sem qualquer distinção, consagrando a igualdade entre todos os seres humanos. Como bem afirma Fabio Konder Comparato:

É a parte mais bela e importante de toda a História: a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais<sup>1</sup>.

Sob a luz do pensamento contemporâneo, tal revelação pode parecer óbvia, uma vez que a ideia de igualdade, ainda que careça de maior aplicabilidade na prática em determinados casos, é matéria incessantemente discutida a nível intelectual. Entretanto, no início das civilizações, ainda nas mais simplórias formas de organização do homem em sociedade, a noção de poder e dominação eram predominantes, o que tornava praticamente impossível a aceitação do pensamento de igualdade. Mais tarde, com o surgimento da propriedade privada, é que começam a surgir os primeiros direitos individuais, bem como a figura do Estado, com o objetivo de regular a nova ordem que se iniciava.

É a partir daí, conforme acreditam alguns historiadores, que os direitos fundamentais começam a mostrar os primeiros sinais de sua existência, desencadeando um árduo processo de evolução, marcado essencialmente pela luta

---

<sup>1</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13.

social, que buscava assegurar as liberdades individuais, bem como conferir limites à atuação do Estado.

Considera-se, assim, que essa construção histórica deriva da experiência da própria sociedade, a qual passou por diversas transformações em todos os seus aspectos no decorrer do tempo, como acertadamente afirma Fabio Konder Comparato, “[...] a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação”<sup>2</sup>. Sendo, pois, a ciência jurídica reflexo das mudanças sociais, visto que o direito que não se coaduna com o contexto histórico experimentado perde a sua razão de ser, mister salientar que os direitos fundamentais também sofreram transformações e, assim, se apresentaram de modos diversos em cada fase evolutiva, lapidando-se até chegar a forma como o concebemos no ordenamento jurídico hodierno.

Na mesma linha de pensamento, Norberto Bobbio afirma:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e, nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.<sup>3</sup>

Ainda que não se pretenda ao esgotamento deste assunto, dada a sua tamanha profundidade, a breve exposição dessa evolução histórica é fundamental para que se obtenha o entendimento adequado sobre o tema e sua aplicação nos casos concretos, uma vez que o conhecimento de direitos por parte da sociedade é de suma importância para o desenvolvimento desta, evitando, assim, que equívocos provenientes da interpretação das normas, ou do seu completo desconhecimento, prejudiquem a concretização da proteção que estas almejaram no momento em que positivadas.

Além disso, como bem afirma Ingo Wolfgang Sarlet,

A história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há

<sup>2</sup> COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 42.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.<sup>4</sup>

Assim, a perspectiva histórica dos direitos fundamentais que, por si só, já revela-se um tema fascinante, mais do que possibilitar uma adequada compreensão da relevância e função dos direitos fundamentais, é importante por permitir o entendimento de sua relação com o surgimento do Estado constitucional moderno, uma vez que são os direitos fundamentais os responsáveis pela limitação do poder estatal hoje existente<sup>5</sup>.

### 1.1 Considerações a cerca da terminologia adequada

Parte dos equívocos que geram confusão na população no que concerne a compreensão dos seus direitos, inclusive dentre os operadores do direito, justifica-se pela vasta gama de terminologias referentes a tais direitos, dentre as quais, segundo José Afonso da Silva, se destacam as expressões: direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, e direitos fundamentais do homem. Para este autor, “a ampliação e transformação dos direitos fundamentais no evolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso”<sup>6</sup>. Acrescenta, ainda, que o emprego de várias expressões para designá-los aumenta ainda mais essa dificuldade<sup>7</sup>.

Esta dificuldade revela-se claramente quando observamos o cotidiano dos indivíduos que invocam a proteção jurídica ao ter um direito violado, logo clamando pelos “direitos humanos”, ou mesmo um profissional da área jurídica, que utiliza mais de uma das terminologias existentes como sinônimos. A própria Carta Magna de 1988 não fez uma opção terminológica para suas disposições, utilizando-se da variedade dos termos para referir-se aos direitos fundamentais, conforme se observa na leitura dos artigos 4º, inc. II; 5º, § 1º e inc. LXXI; e art. 60, § 4º, inc. IV<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 36.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 175.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 27.

Dessa maneira, em meio a essa heterogeneidade semântica das expressões mais largamente utilizadas, a doutrina já vem advertindo sobre a ausência de consenso no tocante a conceituação e terminologia referentes à temática. Contudo, alguns termos já vem sendo rechaçados pela doutrina moderna constitucional, havendo algumas exceções, tendo em vista estas expressões não mais refletirem adequadamente a realidade que pretendem expressar. Pertinente, pois, a explicação de Ingo Wolfgang Sarlet sobre o porquê de sua opção pela terminologia “direitos fundamentais”, em detrimento das demais:

[...] há que se levar em conta a sintonia desta opção (direitos fundamentais) com a terminologia (neste particular inovadora) utilizada pela nossa Constituição que, na epígrafe do Título II, se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, consignando-se aqui o fato de que este termo – de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais [...]. Além deste forte argumento ligado ao direito positivo [...] a doutrina moderna constitucional, ressalvadas algumas exceções, vem rechaçando progressivamente a utilização de termos como “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos individuais” e “direitos públicos subjetivos”, “direitos naturais”, “direitos civis”, assim como as suas variações, porquanto – ao menos como termos genéricos – anacrônicos e, de certa forma, divorciados do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito, até mesmo em nível do direito internacional, além de revelarem, com maior ou menor intensidade, uma flagrante insuficiência no que concerne à sua abrangência, visto que atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais<sup>9</sup>.

No mesmo sentido, discorre Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis, que optam pelo uso da expressão “direitos fundamentais”, embora afirmem não haver uma única terminologia correta. Assim, para justificar a opção, apontam três razões:

(1) Corresponde ao vocabulário da Constituição Federal de 1988, mesmo que essa escolha não tenha sido seguida com rigor em todo o seu texto. Os Direitos da Constituição são fundamentais porque se encontram no texto que regulamenta os fundamentos da organização política e social de um Estado. (2) É bastante genérica, podendo abranger os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais e políticos, os direitos de liberdade e os de igualdade. (3) Indica que nem todos os direitos reconhecidos no ordenamento jurídico são tratados no âmbito do direito constitucional [...] – *numeração nossa*.<sup>10</sup>

Face a isto, faz-se necessário proceder a distinção entre aquelas expressões que, devido a falta de um adequado conhecimento sobre os direitos fundamentais, especialmente no tocante à sua construção histórica, protagonizam situações de

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 28.

<sup>10</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 39.

embaraço com uma maior incidência, quais sejam: direitos naturais do homem, direitos humanos e direitos fundamentais.

Por conseguinte, a ideia de um direito natural, ou direito do homem, marca o início da caminhada que culmina com a institucionalização dos direitos fundamentais como o concebemos hoje. Parte, pois, da primeira consciência da necessidade de dignidade da pessoa humana, momento em que o homem, como que por meio de uma revelação, se descobre dotado de razão e reconhece a existência de direitos inatos, que provém da sua essência natural e biológica.

Há divergência quanto a sua origem e fundamentação, uma vez que o pensamento jusnaturalista não demonstrou uniformidade ao longo do tempo<sup>11</sup>, não sendo possível, portanto, apontar com exatidão o real entendimento que o fundamenta. Em um momento, associa-se essa revelação experimentada pelo homem a uma concepção religiosa, de modo que o pensamento jusnaturalista era considerado de origem divina; em outro, tem-se a sua laicização, que fora promovida por Hugo Grócio, jurisconsulto holandês, considerado “o Pai do Direito Natural<sup>12</sup>”. Essa heterogeneidade na fundamentação se clarifica na explicação de Paulo Nader, segundo o qual:

Há diversos matizes, que implicam a existência de correntes distintas, mas que guardam entre si um denominador comum de pensamento: uma convicção de que, além do Direito escrito, há uma outra ordem, superior àquela e que é a expressão do Direito justo. É a ideia do Direito perfeito e por isso deve servir de modelo para o legislador. É o Direito ideal, mas não ideal no sentido utópico, mas um ideal alcançável. A divergência maior na conceituação do Direito Natural está centralizada na origem e fundamentação desse Direito. Para o estoicismo helênico, localizava-se na natureza cósmica. No pensamento teleológico medieval, o Direito Natural seria expressão da vontade divina. Para outros, se fundamenta apenas na razão. O pensamento predominante na atualidade é o de que o Direito Natural se fundamenta na natureza humana.<sup>13</sup>

Portanto, é consenso que o direito natural é essência do próprio homem, que resulta da observância da sua natureza humana. Nas palavras de José Afonso, “Direitos naturais diziam-se por entender que se tratava de direitos inerentes à natureza do homem; direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem”<sup>14</sup>. São, contudo, direitos não positivados, que constituem uma fase

---

<sup>11</sup> NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo de Direito*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 374.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 376

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 374.

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, p. 176.

anterior às primeiras declarações de direitos, podendo ser considerada, desta forma, a “pré-história” dos direitos fundamentais, segundo afirma Ingo W. Sarlet:

A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, nada obstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais<sup>15</sup>.

Já a expressão “direitos humanos” remete a fase evolutiva diversa, marcada pela positivação de direitos, o que resulta, mais comumente, na sua utilização como sinônimo da expressão “direitos fundamentais”. Nas palavras de Ingo W. Sarlet,

A explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).<sup>16</sup>

Dessarte, tais direitos encontram-se em uma etapa posterior aos direitos naturais, mas ainda anterior à etapa em que se fundamentalizam. Tratam-se, pois, de direitos que, além de obter o seu reconhecimento, são, agora, positivados ainda que careçam de fundamentalização.

Conquanto, a problemática que abarca a utilização da expressão “direitos humanos” dá-se em virtude da amplitude do termo, capaz de propiciar interpretações diversas, o que pode ser prejudicial para o seu significado ou mesmo atrasar a sua efetivação, gerando dúvida, por exemplo, se a análise deve ser feita pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva<sup>17</sup>.

Há, ainda, quem compreenda os direitos humanos aproximando-os dos direitos naturais, analisando-os sob a ótica jusnaturalista, entendendo, assim, os direitos humanos como inerentes a qualidade de pessoa humana. Tal concepção não é incorreta, uma vez que os direitos humanos, assim como os direitos fundamentais, nada mais são que a consolidação dos direitos naturais no plano

---

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 30.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 32.

positivo<sup>18</sup>. Entretanto, tal afirmação implica na possibilidade de se restringir o seu significado, uma vez que os direitos humanos assumem uma perspectiva mais ampla, abrangendo, além dos direitos inerentes ao ser humano, aqueles direitos resultantes da construção histórica da sociedade. Concebê-lo tão somente sob um ponto de vista jusnatural é arriscado, sob pena de ser perdido todo o seu conteúdo proveniente da luta social, e, conseqüentemente, a proteção de todos os direitos nela conquistados.

Destarte, mister a contribuição de Norberto Bobbio, trazida por Ingo W. Sarlet, que esclarece:

(...) A consideração de que o termo “direitos humanos” pode ser equiparado ao de “direitos naturais” não nos parece correta, uma vez que a própria positivização em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos, em parte (mesmo para os defensores do jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural.<sup>19</sup>

Tal afirmação clarifica essa distinção, visto que não se trata apenas de uma mudança de concepção filosófica, mas também de se refletir realidades históricas diferentes. A expressão direitos humanos marca uma etapa evolutiva em que nascem as primeiras cartas de direitos, as quais consignam não só os direitos naturais, frutos do reconhecimento da essência da pessoa humana, seja pela razão ou por revelação divina, mas também como produto de sua construção social. A conceituação dos direitos humanos deve, então, considerar a sua dimensão histórica, não havendo, pois, na visão de Ingo W. Sarlet:

Uma identidade necessária entre os assim denominados direitos naturais do homem, com os direitos humanos (em nível internacional) e os direitos fundamentais, ainda que parte dos tradicionais direitos de liberdade contemplados na esfera constitucional e internacional tenha surgido da positivização dos direitos naturais reconhecidos pela doutrina jusnaturalista, tais como os clássicos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade<sup>20</sup>.

Logo, não obstante os direitos humanos e os direitos fundamentais se aproximem do direito natural, a ele não se restringem, abarcando cada qual os frutos de suas realidades históricas, ampliando o reconhecimento e a proteção de direitos que brotam dos anseios sociais. Há, pois, uma relação de continuidade, em que

<sup>18</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30.

<sup>19</sup>BOBBIO, Norberto. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 29.

<sup>20</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 33.

novos direitos não negam os anteriormente existentes, mas unem-se a eles, completando a rede de proteção da dignidade humana.

Posto isso, tem-se, em seguida, a fase marcada pela fundamentalização de direitos, passando, agora, a ser utilizada a expressão “direitos fundamentais”, uma vez que, segundo Ingo W. Sarlet:

[...] apenas mediante um processo de ‘fundamentalização’ (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional”.<sup>21</sup>

Ou seja, a expressão “direitos fundamentais” refere-se à concepção de direitos como a concebemos na atualidade, em virtude de sua constitucionalização, isto é, a inclusão dos direitos reconhecidos e positivados na ordem constitucional interna de um Estado.

Conforme assevera José Afonso da Silva, os direitos fundamentais,

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.<sup>22</sup>

Feita a distinção, mister salientar que não existe uma expressão de todo incorreta, podendo ser feito o uso de qualquer das expressões analisadas, principalmente o uso mais comum dos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimos, sob um ponto de vista semântico, desde que alerte-se para a distinção relativa à sua fundamentação jurídico-positiva, se constitucional ou internacional, para que equívocos sejam evitados<sup>23</sup>.

## 1.2 Construção histórica: dos Direitos naturais aos direitos fundamentais

Como já dito, a compreensão hodierna dos direitos fundamentais não surgiu instantaneamente, de modo que fora necessário um intenso processo histórico, desde o surgimento da simples ideia de direitos inerentes a pessoa humana, até

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 32.

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 178.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 35.

chegar-se a forma ampla, fundamentalizada e constitucional que concebemos hoje. Assim, segundo Ingo W. Sarlet:

[...] de acordo com a oportuna lição do notável jurista espanhol Perez Luño, não se deve perder de vista a circunstância de que a positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e da dignidade humana.<sup>24</sup>

Tendo em vista a profundidade do tema, contar a sua história partindo da origem dos direitos fundamentais, logo, direitos já constitucionalizados, implicaria em descartar aspectos fundamentais para a constituição desses direitos, prejudicando consideravelmente o entendimento de como e porquê estes são como de fato conhecemos.

Contudo, as raízes históricas dos direitos fundamentais são bastante remotas, não havendo um consenso doutrinário sobre o momento exato em que nasceram. Os diversos posicionamentos existentes remetem o marco inicial à diversas épocas diferentes, dependendo do tipo de análise que se pretende conduzir, se na seara filosófica, religiosa, política ou social.

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins,

A maioria dos autores sustenta que os direitos fundamentais têm uma longa história. Há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia, desenvolvido por volta do ano 2000 a.C, quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana e quem diga que se trata de uma ideia enraizada na teologia cristã, tal qual expressa no direito da Europa Medieval.<sup>25</sup>

Para José Joaquim Gomes Canotilho, há um entendimento comum na doutrina em traçar uma separação absoluta na história dos direitos fundamentais, sendo a Declaração de Direitos da Virgínia em (EUA -1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França-1789), o marco divisor entre estas duas fases distintas<sup>26</sup>. A primeira, anterior às declarações mencionadas, seria “[...] caracterizada por uma relativa *cegueira* em relação à ideia dos direitos do homem”<sup>27</sup>, enquanto a segunda “[...] posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada *constitucionalização* ou *positivação* dos direitos do homem nos

<sup>24</sup> LUÑO, Perez. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 37.

<sup>25</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 10.

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 380.

<sup>27</sup> Idem.

documentos constitucionais”.<sup>28</sup> No entanto, em seu entendimento pessoal, Canotilho preferiu restringir-se a traçar uma breve síntese, destacando os momentos de conscientização dos problemas do homem.<sup>29</sup>

Já Ingo W. Sarlet sinaliza para o entendimento de K. Stern, que destaca a existência de três fases que sintetizam o percurso histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, a saber: uma pré-história, que se estende até o século XVI; uma fase intermediária, marcada pela concepção jusnaturalista e afirmação dos direitos naturais; e uma fase de constitucionalização, com início em 1776, em virtude das declarações de direitos dos novos Estados americanos<sup>30</sup>.

Apesar dessa falta de consenso doutrinário, é possível destacar, como apontou Canotilho, alguns momentos determinantes nesse processo, bem como as concepções filosóficas e doutrinárias que fundamentaram o direito constitucional positivo, marcadamente, no século XVIII.

Desse modo, embora sabido que os direitos fundamentais não forem concebidos na Antiguidade clássica, importa ressaltar a importância do referido período, uma vez que algumas das ideias que viriam a influenciar o pensamento jusnaturalista, e a sua concepção da existência de direitos naturais e inalienáveis inerentes ao ser humano, brotaram de sua filosofia e religião<sup>31</sup>. Assim,

[...] os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade.<sup>32</sup>

Mister salientar que, apesar de ter fornecido fundamentos basilares para o pensamento que fora desenvolvido posteriormente, não há registros na Antiguidade de um reconhecimento de direitos do homem, uma vez que mesmo grandes teóricos como Platão e Aristóteles enxergavam com naturalidade o estatuto da escravidão<sup>33</sup>, concepção esta completamente oposta a ideia de direitos.

---

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 380

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 37.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 37-38.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 380-381.

Tal constatação parece ir de encontro com o que foi dito anteriormente, porém, Canotilho explica que mesmo havendo situações limitantes ou mesmo cerceadoras de direitos, a filosofia do período já se aproximava de uma tese de unidade da humanidade e de igualdade de todos os homens em dignidade, senão veja-se:

Todavia, a antiguidade clássica não se quedou numa completa cegueira em relação à ideia de direitos fundamentais. O pensamento sofístico, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade natural e da ideia de humanidade. [...] No pensamento estóico, assume o princípio da igualdade um lugar proeminente: a igualdade radica no facto de todos os homens se encontrarem sob um *nomos* unitário que os converte em cidadãos do grande Estado universal. Quer dizer: direitos de todo o mundo e não apenas direitos limitados ao espaço da *polis*. Aqui se visualiza já a ideia de *universalização ou planetarização* dos direitos do homem.<sup>34</sup>

A doutrina cristã também ofereceu a sua contribuição, uma vez que “do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito a imagem e semelhança de Deus”<sup>35</sup>. Dessa forma, tem-se a noção de igualdade, uma vez que todos os seres humanos – neste ponto, os cristãos – seriam iguais perante Deus.

A partir do século XVI, tem-se a influência do pensamento jusnaturalista, que propiciou o desenvolvimento das ideias iniciais lançadas na Antiguidade ao ponto em que os direitos obtiveram maior expressão e reconhecimento. Como já exposto, esta doutrina concerne na afirmação da existência de direitos naturais, inatos e inalienáveis, provenientes da condição humana.

Destaca-se, aqui, a contribuição de São Tomás de Aquino, que expandiu a concepção cristã de igualdade dos homens perante Deus, passando a sustentar um direito natural que provinha da natureza racional do homem e um direito positivo, que subordinava os governantes a sua obediência. O pensamento tomista também deu ênfase à dignidade humana, como valor fundamental, que foi absorvida pela tradição jusnaturalista.<sup>36</sup>

Com efeito, nos séculos XVII e XVIII a doutrina jusnaturalista chega ao seu ápice, ao passo em que associa-se ao iluminismo racionalista de Hugo Grócio, ocasionando o processo de sua laicização, afastando as crenças religiosas a medida

<sup>34</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 381.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 38.

<sup>36</sup> Idem.

em que pregava a sua validade universal, ou seja, comum a todos os seres humanos.<sup>37</sup>

Além de marcado pelo desenvolvimento e consagração do direito natural, foi no século XVIII que as primeiras grandes positivações de direitos se efetivaram, reconhecendo, assim, os direitos naturais como direitos humanos. Contudo, segundo Ingo W. Sarlet, é no século XIII que:

[...] encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Carta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade.<sup>38</sup>

A importância desta carta de direitos se evidencia nas palavras de Fabio Konder Comparato. Para o autor, embora esta tenha servido, a princípio, para reforçar o sistema feudal, a sua elaboração trouxe consigo os fundamentos necessários para abolir o referido regime a longo prazo, visto que o “fato de a declaração régia reconhecer que os direitos próprios dos dois estamentos livres – a nobreza e o clero – existiam independente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele”.<sup>39</sup> Tal disposição lançou uma limitação ao poder dos governantes por meio da determinação de direitos subjetivos para os governados, o que implica dizer que a Magna Carta fora o embrião da democracia moderna no século XIII.<sup>40</sup>

Na sequência, destacam-se as declarações de direitos inglesas do século XVII, a saber, a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689, que dispuseram sobre os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses “como enunciações gerais de direito costumeiro, resultando da progressiva limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento perante a coroa inglesa”.<sup>41</sup> Deste modo, tais declarações refletem a transição das liberdades e

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 39.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>39</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 92.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 42.

privilégios estamentais para liberdades genéricas, desenvolvendo o seu conteúdo e estendendo a sua titularidade à todos os cidadãos ingleses.<sup>42</sup>

Mister ressaltar que, ainda que tais documentos tenham contribuído significativamente no processo de desenvolvimento dos direitos, ampliando o seu conteúdo e extensão de titularidade, bem como influenciando outras declarações subsequentes, a positivação destas liberdades reconhecidas ainda não atingiu o patamar de direitos fundamentais, na forma como hoje compreendemos. Como explica Ingo W. Sarlet,

Isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.<sup>43</sup>

Em outras palavras, em que pese o avanço obtido, tais direitos não passavam de concessões que poderiam ser revogadas pelo poder político, mesmo que tenham limitado o poder monárquico, uma vez que não vinculavam o Parlamento. Assim, conferir-lhes o status de direitos fundamentais.

A transição para esse *status* só veio ocorrer em 1776, com a Declaração de Direitos do povo da Virgínia. Ingo W. Sarlet, contudo, alerta para o dissídio doutrinário que discute a paternidade dos direitos fundamentais, que aponta também a Declaração Francesa de 1789 como possível genitora de tais direitos. Afirma, porém, categoricamente, ter sido a Declaração da Virgínia o marco desta transição.<sup>44</sup>

Nessa linha, guardada a semelhança com os documentos ingleses – incorporando os direitos já reconhecidos nestes – as cartas de direitos americanas mantiveram características do direito natural, como a sua universalidade e supremacia, reconhecendo a sua eficácia e vinculando-a ao poder público.<sup>45</sup> Contudo, ainda faltava-lhes um atributo que lhes impusesse força jurídica, que garantisse a efetividade de seus direitos bem como a sua concretização. Essa força jurídica adveio em 1791, quando, por meio de emendas à constituição de 1787,

---

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 43.

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> Idem.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 38.

foram tais direitos incorporados a carta magna americana, concretizando, pela primeira vez, o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, recepcionando-os na lei maior de um ordenamento jurídico.

No tocante a declaração francesa, marco de grande importância na história dos direitos, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fora concebida num contexto de ruptura do antigo regime para o nascimento de uma ordem burguesa na França, apresentando raízes jusnaturalistas, como o reconhecimento de liberdades genéricas que atravessavam a estrutura social de estamentos. Tal característica foi recepcionada das cartas de direitos americanas a ela anteriores e, do mesmo modo que fora influenciada neste aspecto, a doutrina iluminista francesa também influenciou significativamente a constituição americana de 1787, no que diz respeito à implementação do princípio democrático e da teoria da separação de poderes, o que evidencia uma influência recíproca entre as cartas de direitos ao longo do processo histórico.<sup>46</sup>

Destarte, resta nítida a relação de dependência existente entre os direitos fundamentais e o fenômeno constitucionalista, percebida nos documentos mencionados, uma vez que o reconhecimento destes direitos nas constituições é o que lhes confere a devida efetividade, por permitir ao indivíduo provocar a máquina judiciária, quando tiver os seus direitos constitucionais violados. Outrossim, os direitos fundamentais emergem como fundamento basilar que estrutura o constitucionalismo na sua finalidade maior: impor limitações ao poder estatal.

De tamanha relevância é a constituição para a construção e efetivação dos direitos fundamentais, que alguns doutrinadores, a despeito de todo o contexto histórico apresentado, limitam-se a tratar da temática tão somente sob o prisma de três requisitos: a existência do Estado, do indivíduo, e do texto normativo que os regula.<sup>47</sup>

De acordo com os referidos autores,

Limitamo-nos a destacar que, para se poder falar em direitos fundamentais, deve-se constatar a presença de três elementos. a) Estado. [...] Sem a

---

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 44.

<sup>47</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10-11.

existência de Estado, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática. Estes não poderiam ser garantidos e cumpridos e perderiam sua função precípua, qual seja, a de limitar o poder do Estado em face do indivíduo. [...] b) Indivíduo. [...] c) Texto normativo e regulador da relação entre Estados e indivíduos. O papel de regulador entre os dois elementos supra descritos é desempenhado pela constituição no sentido formal, que declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual.<sup>48</sup>

Delineada a contextualização histórica, faz-se necessário afunilar o presente estudo, passando-se a analisar a evolução dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio, até chegarmos a sua consolidação na Carta Magna de 1988, que servirá de base legal para o desenvolvimento do tema proposto.

### 1.3 Os direitos fundamentais no constitucionalismo brasileiro

O constitucionalismo, como já dito, define-se, tanto em âmbito político como social, como expressão da luta social para regular a atuação do poder estatal, conferindo-lhe limitações e obrigações, a partir da consolidação de direitos mínimos para os indivíduos em face do poder político. Nesse sentido, mister a tradução desses regramentos à nível jurídico, de modo a garantir a efetividade dessa regulação através de um documento escrito. A constituição é, pois, dotada de força normativa, trazendo consigo o reconhecimento do papel do Judiciário na proteção de direitos, com a finalidade de efetivar as disposições do texto constitucional.

No processo constitucional brasileiro, a primeira constituição data o ano de 1824, elaborada em um contexto histórico marcado pela vinda da família real portuguesa para o Brasil. Outorgada por D. João VI, estabeleceu a monarquia hereditária no Brasil-colônia, sendo isenta, nesse sentido, de qualquer concepção democrática. Não obstante, a carta de 1824 sofreu influência do diploma francês de 1789, assegurando em seu texto a garantia de direitos individuais, como a liberdade, segurança e propriedade. Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins,

[...] a Constituição do Império de 25 de março de 1824 proclama os direitos fundamentais nos 35 incisos de seu art. 179. Trata-se de direitos

<sup>48</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 11-12.

semelhantes aos encontrados nos textos constitucionais dos Estados Unidos e da França. A concretização dos direitos fundamentais ficou, entretanto, comprometida com a criação do Poder Moderador que concedia ao imperador poderes constitucionais ilimitados.<sup>49</sup>

Além do poder estatal ilimitado, o referido diploma trouxe também a contradição de manter a escravidão, noção oposta a qualquer aceção de direitos. Outrossim, não recepcionou o habeas corpus, o qual constava apenas na codificação infraconstitucional, a saber, no Código Criminal de 1930 e no Código de Processo Criminal de primeira instância de 1832.

Mais tarde, com o enfraquecimento da monarquia e proclamação da República, em 1889, se iniciou o processo de elaboração de uma nova constituição, adequada a nova realidade que se instaurava. Dessa forma, em 1891, tem-se a primeira constituição promulgada da história brasileira, selando o final do regime absolutista monárquico.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais são aprimorados, posto que a nova carta republicana manteve as disposições fundamentais anteriores, porém ampliando-as, acrescentando amplas garantias penais e o instituto do habeas corpus, antes positivado apenas na legislação ordinária. Além disso, amplia a titularidade de tais garantias, agora abrangendo, também, os estrangeiros residentes no país.<sup>50</sup>

Na sequência, o fim da Primeira República é marcado pela Constituição de 1934. Tal diploma nasce em um contexto político conturbado, com a ocorrência da Revolução de 30. Tem-se, então, a revogação da Constituição de 1891 e a Constituição de 1934 é promulgada em meio a um clima de grande agitação e profunda crise do capitalismo. Nesse quadro de crise, como afirma Dimoulis e Dimitri,

Uma importante inovação ocorre a partir da Constituição de 1934, que incorpora alguns direitos sociais, referindo-se particularmente ao “direito à subsistência” (art. 113, caput), à assistência dos indigentes (art. 113, inc. 34) e também cria os institutos do mandado de segurança e da ação popular (art. 113, inc. 33 e 38).<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 24.

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> Idem.

Tais inovações tem influência proveniente do diploma constitucional alemão, de 1919, conhecido como Constituição de Weimar, o qual trazia em seu texto uma preocupação de cunho social semelhante<sup>52</sup>. Desse modo, nota-se uma importante transição, a passagem do Estado Liberal ou Estado de Direito para o Estado Social de Direito, no qual se tem a responsabilidade estatal perante a sociedade de assegurar o mínimo de dignidade para os indivíduos.

A constituição brasileira que viria a seguir, contudo, é marcada pelo retrocesso, em um contexto de forte disputa ideológica entre os movimentos de direita e de esquerda e a ocorrência do Golpe de Estado por Getúlio Vargas. Assim, a Carta de 1937 foi outorgada, dando início ao chamado “Estado Novo”. A nova ordem reduziu as funções do Parlamento e fortaleceu o Poder Executivo. A Tripartição dos Poderes passou a existir apenas formalmente, enquanto o Executivo, de fato, controlava todas as esferas.<sup>53</sup> No entanto, o retrocesso foi ainda mais impactante no que tange os direitos fundamentais, uma vez que estes podiam ser exercidos dentro dos limites do bem público.<sup>54</sup>

Com o fim do Estado Novo, o novo diploma foi promulgado em 18 de setembro de 1946, caracterizado pela tentativa de redemocratização do Brasil, destacando-se na seara dos direitos fundamentais, o retorno de algumas garantias extintas pela Carta de 1937, como a colocação do Mandado de Segurança e da Ação Popular no texto constitucional.

Contudo, a redemocratização proposta não perdurou, por ocorrência do golpe militar de 1964, o qual desembocou em um período de grande conturbação da história brasileira, experimentando, mais uma vez, o retrocesso com a Constituição de 1967, que buscou legalizar e institucionalizar o regime militar, e a sua emenda EC nº 1/69, que trouxe semelhanças com a Carta de 1937.

Neste período, o país passa a reger-se por atos institucionais, promulgados unilateralmente pelo Regime Militar, uma vez que a aprovação parlamentar apenas submeteu-se à vontade do governo. Constituiu-se, pois, uma ditadura, que teve sua

---

<sup>52</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82.

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso. Op. cit., p.83.

<sup>54</sup> Idem.

maior expressão na edição do AI-5, ato que restringiu, violentamente, os direitos fundamentais.

Segundo a redação do art. 10 do Ato Institucional nº 5, houve a suspensão da garantia de habeas corpus, senão veja-se, “Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”.<sup>55</sup>

Nessa linha autoritária, não mais era permitido levar à apreciação do Judiciário as violações de direitos provenientes de atos do poder público. Nota-se, assim, a instauração de um Estado autoritário, o qual cerceava de forma violenta os direitos fundamentais. A edição da emenda EC nº 1/69, vem acrescentar pontos importantes na CF/67 sem, contudo, revogá-la expressamente. Porém, Para José Afonso da Silva, “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado [...]”<sup>56</sup>.

O retorno para a democracia ocorreu de forma lenta e gradual. O início da redemocratização ocorre, de fato, com a revogação do AI-5<sup>57</sup>. Finalmente, em 1988, tem-se a promulgação da “Constituição Cidadã”, contando com a participação popular, que inaugurou uma nova ordem, baseada no Estado Democrático de Direito, e responsável pela consolidação dos direitos fundamentais como hoje conhecemos em nosso ordenamento jurídico. Como explica Dimoulis e Martins,

A Constituição Federal de 1988 não se caracteriza pela sistematicidade com relação a garantia dos direitos fundamentais. Referências a tais direitos encontram-se em diversas partes do texto constitucional. A *sedes materiae* é o Título II, que trata dos “Direitos e garantias fundamentais”, regulamentando os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, assim como as respectivas garantias.<sup>58</sup>

Nesse diapasão, a CF/88 evidencia uma ruptura de paradigma com o diploma anterior, a carta de 1967, visto que edificou os direitos fundamentais como base da estrutura constitucional, pautando-se no princípio da dignidade da pessoa humana

<sup>55</sup> BRASIL. *Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 20 maio 2014.

<sup>56</sup> SILVA, José Afonso. Op.cit., p. 87.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>58</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 24.

como um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o artigo 1º, inc. III, do texto constitucional.

Por fim, resta clara o caráter oscilatório de nossa jornada constitucional, apresentando avanços e tristes retrocessos ao longo do tempo, até alcançar a proteção de direitos positivada na atualidade. Não se pode, contudo, afirmar a estabilidade da ordem constitucional alcançada, uma vez que o processo social continua a avançar, estando em constante transformação. Do mesmo, ocorre com a ciência jurídica, que continua a avançar, buscando refletir no direito as mudanças da sociedade para melhor atender os seus anseios, resguardando, contudo, a proteção de seus fundamentos democráticos, os quais devem sustentar a evolução.

## 2. CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme exposto no capítulo anterior, os direitos fundamentais surgem diante da necessidade de se impor limites à atuação estatal, constituindo, assim, a representação de valores eternos e universais de amparo irrestrito, que não só subordinam as funções estatais aos seus preceitos, como também assegura aos cidadãos as condições jurídicas mínimas necessárias para o equilíbrio da sociedade

Tem-se, assim, o surgimento do Estado Democrático de Direito, com a devida proteção jurídica sobre as liberdades civis, em consonância com as garantias consideradas fundamentais pelas declarações internacionais de direitos. Nas palavras de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins,

A principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado. [...] Destarte, aquilo que, do ponto de vista do indivíduo, constitui um direito fundamental representa, visto pela perspectiva do Estado, uma norma de competência negativa, que restringe suas possibilidades de atuação<sup>59</sup>.

Dessarte, a recepção de tais direitos no texto constitucional, lei maior de um Estado, coloca estes direitos no topo da hierarquia do ordenamento jurídico vigente, tornando-os invioláveis por qualquer lei com status hierárquico inferior. Nesse sentido, a nossa Constituição de 1988 consagrou os direitos fundamentais como elementos estruturantes de sua organização política e social, uma vez que tais direitos ocupam o centro do ordenamento jurídico e geram, assim, efeitos em todas as suas esferas.

Outrossim, conferiu uma proteção ainda maior a tais direitos, dispondo-os como cláusula pétrea, em seu art. 5º, não podendo estes, portanto, sofrer alteração mediante processo legislativo. Assim, qualquer lei infraconstitucional deve estar de acordo com o que esta preceitua, sob pena de ser considerada inconstitucional.

Além de possuírem grande importância jurídica, não se pode olvidar que os direitos fundamentais são dotados de politicidade, visto que sua consolidação fora

---

<sup>59</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 48.

obtida em um contexto de forte luta social que marcou e alterou o curso da história, desembocando no Estado Democrático de Direito que hoje vivenciamos<sup>60</sup>.

Essa politicidade característica permite que o debate a cerca de questões que envolvem os direitos fundamentais ultrapassem as fronteiras dos âmbitos especializados na matéria, adentrando no âmbito político, o que confere uma maior complexidade à resolução de seus conflitos.

Tal complexidade mostra-se evidente na análise dos problemas submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal, tais como: racismo (HC 82.424), aborto (ADPF 54), união estável de pessoas do mesmo sexo (ADIn 4.277), entre outros<sup>61</sup>. Conforme dispõe Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, a busca por uma solução para os problemas citados é dificultosa em virtude de não tratar-se de mera interpretação das normas constitucionais, dada a amplitude de efeitos que pretende produzir. Nesse sentido, afirmam que:

Nenhum desses temas é “técnico” em sentido estrito, como seria, por exemplo, no campo do direito processual civil, a decisão pelo procedimento sumário ou ordinário, ou, no campo do direito penal, a verificação da presença de culpa ou dolo do acusado. Sua solução não decorre puramente da interpretação “correta” de determinadas normas constitucionais. São temas de origem e de repercussão política, sendo que qualquer decisão do legislador ou do Poder Judiciário produz efeitos políticos<sup>62</sup>.

Ainda que afirmem que a obtenção da solução para as lides que envolvem os direitos fundamentais não se dê de modo técnico, extraíndo o seu conteúdo puramente do texto normativo, os autores alertam para o possível equívoco em se entender que o caráter político desses direitos possa afastar o seu caráter normativo, o que de modo algum ocorre.

O que se pretende explicar é que o fundamento da decisão, em virtude das várias questões não jurídicas que o problema possa vir a suscitar, não pode residir na argumentação política que limite-se a exaltar o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, bem como a sua positivação em documentos jurídicos à nível nacional e internacional, sob pena de apenas se reproduzirem discursos vazios de conteúdo jurídico. Deve-se, pois, buscar a devida fundamentação juridicamente, com

---

<sup>60</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 3.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 3-4.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 4.

base na análise do caso concreto, sobre o porquê da prevalência de determinado direito<sup>63</sup>.

Com efeito, a Teoria dos Direitos Fundamentais busca trazer a solução para a pacificação de conflitos entre direitos, entendendo que em um diploma legal, como a Constituição pátria, que trate de tantos assuntos diferentes, inevitável seria a ocorrência de situações que provocassem a colisão entre alguns interesses positivados, sendo indispensável à análise de um julgador para considerar o caso concreto e, então, decidir, aplicando o devido procedimento, pela proteção do direito mais adequado à situação específica.

O seu estudo deu origem a diversas teorias, que buscam sistematizar conceitos sobre seu caráter geral, finalidades normativas e alcance material e, a partir dessas características, elaborar um método eficaz para a resolução de conflitos entre direitos. Contudo, a sua teorização ainda reveste-se de obscuridade, mas já é possível destacar a importância desta na orientação da atuação do Poder Público, conforme explana Bonavides:

A teorização dos direitos fundamentais se acha no estado atual da doutrina rodeada de obscuridade e incertezas. Tudo isso apesar da frequência com que são debatidos e da copiosíssima bibliografia existente sobre a matéria. Contudo, já foi possível reconhecer a importância capital que a teorização assume para fixar os rumos do Estado e guiar a jurisprudência, por via interpretativa, num sentido que permita concretizar a proteção da liberdade em termos de plena eficácia social. Os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas<sup>64</sup>.

Contudo, interessa-nos para o presente trabalho, em particular, conhecer a técnica disseminada pela doutrina e utilizada na jurisprudência brasileira, para obter a solução de conflitos de direitos fundamentais, qual seja a ponderação de princípios, técnica esta recepcionada da doutrina alemã, do mesmo modo que a Constituição pátria de 1988 inspirou-se na Lei Fundamental do referido país, “rompendo, de tal sorte, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo”<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 5.

<sup>64</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 375.

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28.

Para tanto, faz-se necessário entender a natureza principiológica dos direitos fundamentais, bem como o caráter normativo dos princípios constitucionais – uma vez que estes norteiam as condutas na esfera privada e pública por meio de sua força vinculante – de maneira que estes possam vir a ser objeto de ponderação.

## 2.1 Os direitos fundamentais como princípios constitucionais

Do mesmo modo que os direitos fundamentais passaram por um desenvolvimento histórico e filosófico, “os princípios jurídicos, especialmente os de natureza constitucional, viveram um vertiginoso processo de ascensão, que os levou de fonte subsidiária do Direito, nas hipóteses de lacuna legal, ao centro do sistema jurídico”<sup>66</sup>. Assumiram, pois, diversas conceituações, conforme o momento filosófico vigente.

*A priori*, tratava-se de princípios gerais, que eram concebidos à luz dos preceitos jusnaturalistas, fase em que “os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça”<sup>67</sup>. Dessa forma, segundo Paulo Bonavides, os princípios baseavam-se essencialmente nos ideais de justiça, sendo, porém, insuficientes para preencher as lacunas que a lei apresentasse, de modo que se fazia necessário recorrer aos preceitos do Direito Natural para suprir o vazio jurídico da norma<sup>68</sup>.

Posteriormente, tem-se a influência do positivismo jurídico, momento em que os princípios adentram os Códigos, passando a ser considerados como fonte normativa, ainda que de forma subsidiária, com o objetivo de se preencher as lacunas legais<sup>69</sup>. Nessa fase, o valor dos princípios não provém da razão, nem refletem um direito natural, uma vez que derivam das próprias leis. Ao mesmo tempo em que os princípios compõem o Direito Positivo, dele podem ser extraídos, sem que haja necessidade de se buscar na abstração de um direito natural a solução

---

<sup>66</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 317.

<sup>67</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 259.

<sup>68</sup> Idem.

<sup>69</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 262.

para uma lacuna normativa. Todavia, o juspositivismo peca ao fornecer aos princípios um caráter programático, o que assinala, via de regra, a sua carência de normatividade<sup>70</sup>.

Dessa forma, tem-se, na sequência, o advento do pós-positivismo, marcado pela elaboração constitucional das ultimas décadas do século XX, os novos diplomas constitucionais promulgados acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em alicerces normativos sobre o qual se sustenta toda a estrutura da nova ordem constitucional, como assinala Bonavides<sup>71</sup>.

Para o autor:

A inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais<sup>72</sup>.

Assim, os princípios deixam de lado a antiga concepção puramente axiológica, que os enxergava como valores éticos norteadores que deveriam ser observados pela sociedade e ocupam, na atualidade, o centro do ordenamento jurídico, sendo inegável a sua normatividade, como afirma Barroso:

No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico. Há consenso na dogmática jurídica contemporânea de que princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica<sup>73</sup>.

Barroso ainda aponta que, “no Direito Contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável à valores jurídicos suprapositivos”<sup>74</sup>, o que implica dizer que os princípios, como normas de caráter aberto, atuam como fonte de atualização dos diplomas constitucionais. Portanto, não se pode olvidar da posição de relevância que os princípios ocupam nos ordenamentos jurídicos que, segundo Bonavides,

[...] se toma cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde

<sup>70</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 263.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 264.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 259.

<sup>73</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 317.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 316.

aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional<sup>75</sup>.

Estando esclarecida a trajetória dos princípios até o alcance de sua normatividade, e tendo em mente que estes consistem em um tipo de norma, assim como as regras, resta demonstrar que a natureza principiológica dos direitos fundamentais, de modo que possamos identificá-los como princípios e, portanto, passíveis de serem submetidos à técnica de ponderação para solucionar os conflitos no caso concreto.

Assim, deve-se ter em mente que a doutrina entende como essencial para a teoria dos direitos fundamentais a distinção entre princípios e regras, de modo que se permita responder o questionamento a cerca dos limites e da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais<sup>76</sup>. A ausência dessa delimitação das normas que são princípios ou regras dentro do texto constitucional impossibilita a aplicação da ponderação, uma vez que apenas as normas de natureza principiológica podem ser submetidas a tal apreciação.

A importância de tal distinção é demonstrada no entendimento de Ronald Dworkin, o qual exprimiu um verdadeiro ataque ao positivismo, criticando o fato de que tal concepção ocupa-se apenas com o modelo de regras, ignorando a função, bem como a importância, dos princípios para o direito<sup>77</sup>. Sobre a relevância dos princípios, explicou Paulo Bonavides que,

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude abrangência. A esta altura, os princípios se medem normativamente, ou seja, tem alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra<sup>78</sup>.

Dessa forma, os princípios possuiriam uma dimensão axiológica que traduziria toda a essência do direito e, com seu caráter normativo, consagraria os valores que carrega em diferentes graus, dependendo da necessidade que se

<sup>75</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 289.

<sup>76</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. Ed. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85.

<sup>77</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

<sup>78</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 288-289.

consubstanciasse. Contudo, para Robert Alexy, essa distinção entre princípios e regras não é inteiramente satisfeita pelos critérios tradicionais, que a analisam por meio de uma distinção de grande generalidade, por exemplo, o qual estabelece que um alto grau de generalidade refere-se a um princípio, enquanto um baixo grau de generalidade refere-se a uma regra<sup>79</sup>. Assim, Alexy evidencia que há uma distinção qualitativa e não de grau.

Segundo o autor,

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. [...] *Regras* contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível<sup>80</sup>.

Por conseguinte, não é o grau de determinada característica que define o que é regra e o que é princípio. Regras consistem em um tipo de norma que traduzem um comando automático, que deve ser aplicado de modo inflexível, quando se concretizarem os fatos que se enquadrem no que descreve a sua hipótese de incidência. Em outras palavras, se determinado fato for inteiramente regulado por uma regra, esta deverá ser impreterivelmente aplicada, invalidando, conseqüentemente, qualquer outra que conflite com suas disposições.

Já os princípios jurídicos são, verdadeiramente, mandamentos de otimização, que determinam a realização de algo da melhor maneira possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, não contendo, portanto um mandamento definitivo, mas sim razões que indicam uma direção e que podem ser afastadas por outras razões em sentido contrário<sup>81</sup>.

Isso fica claro no entendimento de Ronald Dworkin. Para ele:

A distinção entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares

<sup>79</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 89.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 85

<sup>81</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 104.

acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão<sup>82</sup>.

Assim, ao contrário das regras, para as quais vale a máxima do tudo ou nada, não havendo relativização, os princípios não se invalidam pela colisão com outro que tutele uma determinada situação. A aplicação dos princípios aos fatos não se dá de forma mecânica, mas sim por meio da adequação, cabendo em maior ou menor grau, de acordo com a realidade analisada. Para Dworkin, “mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”<sup>83</sup>.

Nesse diapasão, Alexy afirma que a distinção entre princípios e regras fica mais evidente quando analisada por essa ótica de colisão, no caso dos princípios, ou de conflito, no caso das regras, com outras normas. Segundo o autor,

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. [...] Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. [...] não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos<sup>84</sup>.

Desse modo, face uma eventual colisão entre princípios, não há que se falar na hipótese de um princípio invalidar ou anular outro, nem que para toda situação fática semelhante tal princípio deve inexoravelmente ser aplicado em detrimento de outro, como ocorre com as regras. Deve-se buscar pela adequação ao caso concreto, proceder à conciliação, analisando os interesses conflitantes até que se estabeleça qual fornecerá a devida medida de justiça ao caso e que, portanto, deverá prevalecer, como afirma Alexy:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre, é que um dos princípios tem precedência em face de outro do outro sob determinadas

<sup>82</sup> DWORKIN, Ronald. **Op. cit.**, p. 39.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>84</sup> ALEXY, Robert. **Op. cit.**, p. 92.

condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta<sup>85</sup>.

Ou seja, o caso concreto é o delimitador da extensão e conteúdo dos princípios, pois apenas as condições podem estabelecer qual o princípio que terá precedência em cada situação e em que medida. Destarte, enquanto os conflitos entre regras se processam na dimensão da validade, as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso<sup>86</sup>.

Posto isto, pode-se inferir a natureza principiológica dos direitos fundamentais, uma vez que não há hierarquia entre eles e, portanto, não caberia aqui falar em invalidade de um direito em prol de outro, além de carregarem consigo um forte conteúdo axiológico, que fundamenta o ordenamento jurídico constitucional, característica esta típica dos princípios em toda a sua trajetória de ascensão. Outrossim, tal constatação implica na aceitação de que, assim como ocorre com os princípios, não há direitos fundamentais com caráter absoluto, sendo possível relativizá-los em face da limitação recíproca que existe entre eles.

Todavia, vale ressaltar que nem todas as normas de direitos fundamentais são necessariamente princípios, visto que existem normas de direitos fundamentais que não dispõem do direito propriamente dito, mas sim expressam comandos automáticos que devem ser aplicados para que estes sejam efetivados, como, por exemplo, as disposições referentes às garantias fundamentais.

## 2.2 A colisão de direitos fundamentais pela ótica da Teoria dos Princípios

Ao explicar as colisões de direitos fundamentais, Dimoulis e Martins iniciam suas considerações partindo da premissa de que não há sentido algum em debater uma teoria para os direitos fundamentais, enquanto não há, na prática, uma violação ou limitação no exercício desses direitos. Para os autores, portanto, tal estudo só adquire relevância quando transcende a mera reprodução do conteúdo garantido na

---

<sup>85</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. Ed. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93.

<sup>86</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 94.

Constituição, tornando-se capaz de responder os questionamentos quanto às condições e situações em que é possível limitar de forma lícita o exercício de um direito fundamental<sup>87</sup>.

A restrição do direito fundamental geralmente resulta da ocorrência de um conflito, e este pode se dar de várias formas. É possível, portanto, que uma norma infraconstitucional conflite com o disposto na Constituição e, então, obste o exercício de um direito fundamental; possível também que, com o objetivo de resolver uma tensão entre indivíduos, o Estado precise intervir na área de proteção de um direito determinado; ou mesmo que dois direitos fundamentais colidam em determinado caso concreto, de modo que um deverá ser limitado, para que o outro, mais adequado à situação, possa prevalecer. Assim, qualquer que seja o tipo de limitação, esta somente se justifica mediante a necessidade de se preservar outros direitos<sup>88</sup>.

Tal concepção já estava assentada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual reconhecia a possibilidade de limitação dos direitos em seu artigo XXIX, 2:

No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática<sup>89</sup>.

Contudo, dentre as hipóteses de restrições mencionadas, importa para o presente trabalho aquela que se dá em virtude de colisão entre dois direitos fundamentais, o que Dimitri e Dimoulis entendem como uma limitação casuística, uma vez que “só é permitida após a ocorrência de um conflito concreto entre dois bens jurídicos, sendo necessária uma decisão da Administração ou do Judiciário sobre o direito que deva prevalecer no conflito em apreço”<sup>90</sup>.

Dessarte, como se admite que os direitos fundamentais possuem natureza de princípios, a solução para as suas colisões deve ser obtida da mesma forma que se

---

<sup>87</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 123-124.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>89</sup> *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 05 jun 2014.

<sup>90</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 125.

resolvem as colisões entre princípios. Logo, o estudo da colisão de direitos fundamentais nada mais é que o estudo da colisão entre princípios.

Como já dito, o problema recorrente de colisão entre os direitos fundamentais decorre do fato de que em um Estado Democrático de Direito, em que é natural a recepção de diferentes ideologias e, conseqüentemente, grande diversidade de direitos positivados no texto constitucional, é inevitável a ocorrência de conflitos entre um ou mais direitos em determinado caso concreto.

Considerando que todos os direitos fundamentais são dotados de mesmo valor jurídico, visto que não há hierarquia normativa dentro do texto constitucional – o que afasta a ideia de direitos fundamentais absolutos –, não é possível a imposição de um direito sobre outro, “devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”<sup>91</sup>. Em outras palavras, faz-se necessário, assim proceder a relativização de direitos, realizando a ponderação de seu valor para aquele caso determinado. Nesse sentido, afirma Uadi Lammego Bulos:

Os direitos e garantias fundamentais, em regra, são relativos, e não absolutos. Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Embasado no *princípio da convivência entre liberdades*, a Corte concluiu que nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, as quais sofrem limitações de ordem ético-jurídica<sup>92</sup>.

Nesse diapasão, a possibilidade de relativização deve ser feita com bastante cuidado pelo julgador, levando em consideração os aspectos e peculiaridades de cada caso, para que não sirvam de fundamentação para defesa de condutas ilícitas, buscando a verdadeira justiça na solução do litígio em análise, como explica Bulos, afirmando que:

Quando se diz que os direitos e garantias individuais e coletivos do art. 5º, da Carta de Outubro, têm o caráter limitado e relativo não se está pretendendo criar uma redoma para a ilicitude, eximindo de responsabilidade civil e penal os infratores. O que se busca é evitar o arbítrio por parte do Estado, jamais fomentar praxes antijurídicas<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329.

<sup>92</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 523.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 524.

Feitas tais considerações, pode-se concluir que a resolução da colisão de direitos fundamentais é mais uma forma de proteger o direito no caso concreto do que uma forma de restrição de direitos. É, pois, a busca pela melhor medida de justiça quando o exercício de um direito encontra óbice no exercício de outro. Contudo, vale salientar que o estabelecimento de limites para os direitos não pode ser realizada ausente de critérios ou por qualquer pessoa, sendo esta tarefa da doutrina e dos tribunais, ainda que se apresente dificultosa a definição de tais critérios<sup>94</sup>.

Quanto à definição dos critérios, Barroso discorre que:

Os limites dos direitos constitucionais, quando não constarem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. Daí existir a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas, bem como de fornecer parâmetros ao interprete judicial<sup>95</sup>.

Nesse sentido, a interpretação dos princípios constitucionais contidos na Carta Magna muitas vezes fornece os subsídios necessários à fundamentação da decisão que resolve a colisão de direitos fundamentais. Todavia, na impossibilidade de se extrair tais fundamentos do texto constitucional, caberá ao legislador ordinário estabelecer limitações, ainda que teóricas, as quais serão concretizadas pelo julgador em cada caso. Outrossim, “a doutrina pode contribuir na fixação de limites, estudando os casos típicos de colisão, e propor soluções”<sup>96</sup>.

Para obter a solução de uma colisão com base na análise do caso concreto, Robert Alexy explica que o procedimento ocorre através da aplicação da lei de colisão. Segundo ele, essa solução “consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”<sup>97</sup>, e por relação de precedência condicionada, entende-se a “fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro”<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 162.

<sup>95</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 332.

<sup>96</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 163.

<sup>97</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. Ed. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 96.

<sup>98</sup> Idem.

Mister destacar que tais condições – chamadas por Alexy de condições de precedência<sup>99</sup> –, apresentadas por cada caso, são determinantes para a escolha do direito fundamental que deverá prevalecer e, uma vez modificadas, podem ensejar na escolha contrária. Portanto, a partir dessa consideração de que as condições de precedência são o fator decisivo para determinar qual direito fundamental deverá ser concretizado, é que o Tribunal Constitucional Alemão utiliza-se da metáfora do peso, decidindo pelo princípio que apresente um peso significativamente maior no caso concreto, ou seja, que apresente razões suficientes para que outro ceda a sua aplicação, uma vez que a ideia transmitida pelo termo “peso” não pode ser quantificada<sup>100</sup>.

Esclarecidos esses conceitos, é possível entender a aplicação da lei de colisão. Conforme explica Alexy, não se trata de especificar qual princípio possui precedência em face de outro em dada condição, mas sim em indicar em quais condições haverá a violação de um direito fundamental e, conseqüentemente, a proibição da ação que ensejou a violação. Desse modo, no momento em que se estabelece uma relação condicionada de precedência, é possível formular uma regra, na qual, estando preenchidas as condições que consistem em seu suporte fático, resultará a consequência jurídica do direito prevalente<sup>101</sup>.

Nessa linha, Alexy formula a seguinte lei de colisão: “Se o princípio P<sup>1</sup> tem precedência em face do princípio P<sup>2</sup> sob as condições C [...], e se do princípio P<sup>1</sup>, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica”<sup>102</sup>.

Diante do exposto, vê-se o caráter relativo dos direitos fundamentais, quando em conflito no caso concreto, que implica na possibilidade de serem sopesados. Contudo, o fato de não serem absolutos nesses casos e, por isso, passíveis de relativização, não significa que, por natureza, as normas de direitos fundamentais sejam relativas, podendo ser aplicadas ou não sob qualquer justificativa, sempre que assim interessar ao Poder Público, prejudicando a segurança jurídica. Cabe, assim, salientar que as normas de direitos fundamentais são sim absolutas, surgindo a

---

<sup>99</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 98.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 99.

possibilidade de relativização apenas quando da ocorrência de conflito no caso concreto. Portanto, a restrição de direitos fundamentais é a exceção, não a regra.

Por isso, faz-se necessário um rigoroso exame constitucional, sendo de competência do Poder Judiciário decidir pela restrição apenas quando se houver demonstrado as razões que justifiquem a prevalência de um interesse sobre outro. Tais razões, segundo Dimoulis e Martins, podem ser obtidas através da utilização de duas ferramentas:

Primeiro, a interpretação sistemática da Constituição, isto é, sua interpretação enquanto conjunto que permite levar em consideração todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu. Segundo, o critério da proporcionalidade<sup>103</sup>.

Destarte, o princípio da proporcionalidade é de suma importância para a ponderação de princípios, de modo que a restrição de direitos deve ser necessariamente orientada pelo mesmo, para que se obtenha uma decisão justa, como veremos a seguir.

### 2.3 O princípio da proporcionalidade e o método da ponderação

Comumente, a aplicação do direito ocorre de modo simples, submetendo os fatos ocorridos aos efeitos de uma norma jurídica que regule a situação configurada, por meio do método da subsunção. Com tudo, trata-se, assim, somente dos casos para os quais há apenas uma norma capaz de produzir efeitos no caso concreto. Quando nos deparamos com uma situação em que existe mais de uma norma reguladora para a mesma situação fática, o raciocínio empregado no método da subsunção carece de suficiência, uma vez que este consiste numa lógica unidirecional, que implica no descarte de uma das normas, o que não é possível sobre o ponto de vista constitucionalmente adequado<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 163.

<sup>104</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333.

Sendo, portanto, possível a colisão de normas, como já foi explicado no tópico anterior, fez-se necessário a adoção de técnicas que permitissem a melhor aplicação do direito ao caso concreto, através de uma lógica mais ampla, que considerasse os aspectos relevantes dos direitos colidentes, de modo a aplicar o direito mais adequado sem, contudo, violar o direito limitado. Nesse sentido, explica Barroso que:

O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto<sup>105</sup>.

Dessa maneira, dada a natureza principiológica dos direitos fundamentais que permite a sua relativização em caso de colisão, é que a aplicação de tais direitos se dá através da ponderação, a qual é operacionalizada atendendo o princípio da proporcionalidade. Conforme explica Robert Alexy:

[...] a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios<sup>106</sup>.

O princípio da proporcionalidade consiste em mecanismo de segurança jurídica das decisões que relativizam e, conseqüentemente, restringem os direitos fundamentais, uma vez que essa limitação de direitos configura uma intervenção estatal numa esfera de proteção garantida pela Constituição. Assim, ao mesmo tempo em que autoriza a intervenção do Poder Público, não deixa de vinculá-lo aos direitos fundamentais, impondo limites ao seu poder de limitação, ainda que o princípio da proporcionalidade não seja obtido de modo expresso do texto constitucional. Assim, afirma Dimoulis e Leonardo Martins que:

A proporcionalidade deve ser entendida como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais, isto é, como resposta jurídica ao problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, configurando um limite de seu poder limitador<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 333.

<sup>106</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. Ed. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117.

<sup>107</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 179.

Desse modo, a ponderação deverá ser realizada considerando o princípio da proporcionalidade e obedecendo aos seus requisitos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, de modo que a “decisão política de tutelar (de certa maneira, privilegiar) um bem jurídico-constitucional em detrimento de outro só pode prevalecer se a forma dessa escolha poupar o máximo possível o direito restringido”<sup>108</sup>. Quanto aos requisitos mencionados, assevera Humberto Ávila que para ser legítima a decisão obtida através da aplicação da proporcionalidade,

Devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito) ”<sup>109</sup>.

Por adequado entende-se o meio idôneo que possibilite a realização do fim a que se propõe de modo eficaz, enquanto a necessidade refere-se ao requisito da menor gravidade, ou seja, “dentre os meios que permitem alcançar os propósitos lícitos, somente o que gravar o direito fundamental com menor intensidade, será o necessário”<sup>110</sup>. Quanto ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, este consiste na etapa em que ocorre a ponderação propriamente dita. O princípio da proporcionalidade é utilizado, então, na atribuição de pesos para os direitos colidentes, no afã de se decidir qual a medida do direito que deve ser aplicado ao caso concreto<sup>111</sup>.

Portanto, a técnica da ponderação tem no princípio da proporcionalidade os subsídios necessários para promoção da máxima concordância prática entre os direitos que estão em colisão, com o escopo de conciliá-los na medida do possível. Contudo, se esta harmonização não pode ser concretizada, resta ao julgador decidir pelo direito mais adequado, cuidando para que prevaleça a melhor solução possível para o caso concreto<sup>112</sup>.

Insta salientar que a decisão judicial obtida por meio da ponderação de direitos fundamentais deve ser devidamente fundamentada, contendo todos os

<sup>108</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 180.

<sup>109</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 114.

<sup>110</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op cit, p. 202.

<sup>111</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 335.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 338.

pressupostos e critérios que alicerçam o posicionamento firmado, como demonstra a lição de Barroso, afirmando que “nas hipóteses em que a solução produzida não decorre de uma lógica subsuntiva, o ônus argumentativo se potencializa, devendo o interprete demonstrar, analiticamente, a construção do seu raciocínio”<sup>113</sup>. Para o autor, é mediante o exercício da argumentação jurídica que se torna possível a aproximação do controle da racionalidade das decisões judiciais, uma vez que existe o risco de tais decisões pautarem-se excessivamente no subjetivismo de seus intérpretes.

---

<sup>113</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 338.

### 3. A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

#### 3.1 Considerações gerais sobre a internação compulsória

O domínio de uma classe dominante se perpetuou por todos os estágios do desenvolvimento da sociedade, o que nos permite inferir que o desejo de dominação é algo inerente à formação dos grupos humanos, e reflete-se no modo como esses grupamentos organizaram-se internamente, estabelecendo uma estrutura hierárquica de divisão de classes, bem como fundamentou a ocorrência de guerras, as quais culminaram na conquista de povos, subjugando os mais fracos aos mais fortes.

Num contexto mais amplo, civilizações inteiras desapareceram e outras se desenvolveram às custas de sua extinção. Dentro da hierarquia social, o domínio e privilégios da classe dominante originam os fenômenos da escravidão e a marginalização dos indivíduos dominados, relação que permanece até os dias atuais, demonstrada na sobreposição de interesses das classes sociais mais abastadas sobre as parcelas miseráveis, reforçando a existência da desigualdade.

A internação compulsória surge, então, como uma das faces dessa dominação, apresentando já em sua gênese uma finalidade essencialmente segregacionista, claro retrato da marginalização social, uma vez que tinha como escopo a exclusão de uma classe tida como um mal pelas demais e que, por isso, deveria ser afastada dos membros da sociedade.

Sua primeira aparição, conforme a lição de Michel Foucault, tem seu lugar na Idade Média, em um cenário dominado pelo contágio da lepra, na figura dos leprosários, locais designados para o resguardo dos portadores da doença e que se multiplicaram rapidamente por toda a Europa<sup>114</sup>, com a finalidade de isolar os doentes, evitando, desse modo, a disseminação da doença. Consistiu, assim, numa verdadeira higienização social, escondendo as mazelas que maculavam o padrão tido como ideal para a sociedade.

---

<sup>114</sup> FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 7.

Desse modo, o resguardo dos doentes não ensejava o tratamento da enfermidade, nem se quer demonstrava qualquer preocupação com o bem-estar dos enfermos. Os leprosos eram simplesmente condenados ao abandono e a exclusão, uma vez que não se encaixavam no ideal imposto pela sociedade, não tendo para esta qualquer utilidade. O que não se esperava, era que essa segregação levasse ao desaparecimento da lepra, como assevera Michael Foucault: “A lepra se retira, deixando sem utilidade esses lugares obscuros e esses ritos que não estavam destinados a suprimi-la, mas sim a mantê-la a uma distância sacramentada [...]”<sup>115</sup>.

Todavia, o desaparecimento da doença não causou o fim do estigma do leproso. A ideia de um indivíduo inútil e prejudicial à sociedade permaneceu no ideário social e logo encontrou novos alvos para os quais seriam direcionados os antigos preconceitos, bem como forneceria nova utilidade ao ambiente dos leprosários, então vazios. Segundo Foucault,

Desaparecida a lepra, apagado (ou quase) o leproso da memória, essas estruturas permanecerão. Frequentemente nos mesmos locais, os jogos da exclusão serão retomados, estranhamente semelhantes aos primeiros, dois ou três séculos mais tarde. Pobres, vagabundos, presidiários e "cabeças alienadas" assumirão o papel abandonado pelo lazarento [...].<sup>116</sup>

Nesse sentido, logo a discriminação que antes era dirigida aos portadores de lepra passa a destinar-se aos portadores de doenças sexualmente transmissíveis que, conseqüentemente, são internados nos antigos leprosários com a mesma finalidade de segregação imposta aos leprosos, conforme explica Foucault:

A lepra foi substituída inicialmente pelas doenças venéreas. De repente, ao final do século XV, elas sucedem a lepra como por direito de herança. Esses doentes são recebidos em diversos hospitais de leprosos [...]. Eles logo se tornam tão numerosos que é necessário pensar na construção de outros edifícios "em certos lugares espaçosos de nossa cidade e arredores, sem vizinhança". Nasceu uma nova lepra, que toma o lugar da primeira.<sup>117</sup>

Contudo, como se verifica no comentário do referido autor, a doença venérea distingue-se da lepra, na medida em que não foi contida com a internação nos leprosários. Dado o crescente número de doentes, os quais demandavam a procura por novos espaços, como explicou Foucault, terminou-se por recepcioná-los dentro dos hospitais, juntamente com os pacientes portadores de doenças consideradas comuns. Assim, as doenças venéreas receberam tratamento e atendimento médico,

<sup>115</sup> FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 9.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 11.

o que afastou a primeira impressão de que ocupariam a posição de abandono e descaso anteriormente ocupada pela lepra, ainda que persistisse o julgamento moral por parte da sociedade<sup>118</sup>. Senão, veja-se a assertiva de Foucault:

[...] no entanto, não são as doenças venéreas que assegurarão, no mundo clássico, o papel que cabia à lepra no interior da cultura medieval. Apesar dessas primeiras medidas de exclusão, elas logo assumem seu lugar entre as outras doenças. De bom ou mau grado, os novos doentes são recebidos nos hospitais<sup>119</sup>.

Diante da compreensão médica que obteve, os juízos morais sobre a doença venérea, ainda que desencadeassem uma exclusão moral, não foram suficientes para marcá-la como sucessora da temida lepra. Contudo, essa discriminação assemelhava-se com o tratamento social dispensado à loucura.

O rechaço dirigido aos loucos era semelhante ao asco social aos leprosos, de modo que se constituía em um costume social escorraçá-los das cidades. Destarte, eram bastante comuns as parcerias entre as cidades e hospitais na organização de peregrinações, nas quais transportavam-se em barcos os loucos de uma cidade para outra, sendo peculiar a estes uma existência errante.<sup>120</sup> Partindo dessa semelhança, é possível inferir que seria a loucura a assumir o verdadeiro lugar da lepra, como explica Foucault, ao descartar a doença venérea como herdeira da lepra:

[...] De fato, a verdadeira herança da lepra não é aí que deve ser buscada, mas sim num fenômeno bastante complexo, do qual a medicina demorará para se apropriar. Esse fenômeno é a loucura. Mas será necessário um longo momento de latência, quase dois séculos, para que esse novo espantalho, que sucede à lepra nos medos seculares, suscite como ela reações de divisão, de exclusão, de purificação que no entanto lhe são aparentadas de uma maneira bem evidente<sup>121</sup>.

É na Idade Clássica que a prática de internamentos cresce consideravelmente, de modo a fazer surgir vários espaços destinados a esse fim. Contudo, as internações aparentam não seguir critérios nítidos no que tange o seu objeto, não sendo raros os cidadãos que passaram pelo menos alguns meses confinados, seja por motivo de determinação de prisão arbitrária, uma vez que era desconhecida a justificação jurídica que fomentava a medida, ou qualquer outro

<sup>118</sup> FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 12.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 13-14.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 12.

critério, que “parecia atribuir uma mesma pátria aos pobres, aos desempregados, aos correccionários e aos insanos”<sup>122</sup>.

Diante da não determinação de um critério específico que orientasse a ocorrência de internamentos, visto que não se internava apenas quem era louco, ou somente quem era vagabundo ou criminoso, e da existência de um denominador comum entre os internados, todos de baixa casta, resta reforçada a finalidade segregacionista da internação compulsória. Tal constatação nos serve, contudo, apenas para evidenciar que os loucos eram internados a qualquer modo, em meio aos demais estigmas dispensados pela sociedade, sem a devida compreensão da sua complexidade.

Foucault relata que esse regime de internação ao qual foram submetidos os loucos durou um século e meio, até que a psiquiatria do século XIX os descobriu<sup>123</sup> – momento em que se começou a definir os contornos da doença mental e, conseqüentemente, do tratamento de seus doentes – sem, contudo, apartar o internamento do contexto da loucura.

Com essa nova compreensão da loucura como uma doença mental e o surgimento da psiquiatria, a condição dos loucos pôde ser revista, demonstrando uma preocupação com os cuidados que a estes deveriam ser despendidos. Nesse sentido, foi elaborada a Lei Francesa de 30 de junho de 1838 que disciplinou acerca da regulamentação da internação dos doentes mentais, tendo entre suas disposições a criação dos asilos, estabelecimentos públicos voltados para o acolhimento destes doentes<sup>124</sup>.

A criação dos asilos foi de suma importância, pois passou a existir uma forma específica de internação, a internação psiquiátrica, e, isolando os alienados mentais dos demais indivíduos, como os criminosos, por exemplo, tornou-se possível o acompanhamento direto do fenômeno da loucura, facilitando o desenvolvimento de um tratamento adequado.

---

<sup>122</sup> FOUCAULT, Michel. *História da loucura na idade clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 55.

<sup>123</sup> Idem.

<sup>124</sup> PICCININI, Walmor J. *Psiquiatria Forense no Brasil a partir das suas publicações (I)*. *Psychiatry online Brazil*, v. 7, n. 5, maio, 2002. Disponível em: <<http://polvr.med.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014. Documento eletrônico sem paginação.

Dessa maneira, a Lei francesa, e o modelo assistencialista nela contido, influenciou a legislação de vários países, tendo, inclusive, influenciado a elaboração do Decreto 1.132 em nosso país, proposta pelo médico João Carlos Teixeira Brandão em 1903<sup>125</sup>. Sobre esta lei, segundo Walmor J. Piccinini, Teixeira Brandão escreveu:

Essa lei impôs deveres às autoridades e traçou regras que devem ser seguidas para a seqüestração do alienado; e no intuito de impedir as violências ou o abandono deles. Determinou que, mesmo persistindo no seio das famílias, ficassem sob a salvaguarda e fiscalização da autoridade pública<sup>126</sup>.

Em outras palavras, a Lei francesa representou um grande avanço na positivação de garantias dos direitos dos alienados mentais, regulamentando o processo de internação, que agora deverá ocorrer obedecendo tais regras, as quais vinculam as autoridades competentes e põe fim as práticas arbitrárias que já haviam tornado-se comuns.

Portanto, a internação compulsória evoluiu de um patamar essencialmente discriminatório para adquirir, no século XIX, uma finalidade médica, como instrumento necessário para o acompanhamento e cuidado do doente mental. Não se pode olvidar, contudo, que tal procedimento não se despiu por inteiro de seu conteúdo segregacionista e discriminatório, apresentando até a atualidade um processo contínuo de aperfeiçoamento na busca do resguardo dos direitos dos alienados mentais, processo este que se reflete nas alterações na legislação psiquiátrica brasileira, sobre as quais trataremos a seguir.

### 3.2 A internação compulsória na legislação psiquiátrica brasileira

A internação psiquiátrica foi abordada em diversos diplomas legais, tanto no âmbito cível quanto penal, numa busca incessante por um procedimento que, além de proteger e garantir os direitos dos doentes mentais, se mostrasse como o meio

---

<sup>125</sup> PICCININI, Walmor J; ODA, Ana Maria G. R. *A loucura e os legisladores*. Psychiatry online Brazil, v. 11, n. 3, março, 2006. Disponível em: <<http://polvr.med.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014. Documento eletrônico sem paginação.

<sup>126</sup> BRANDÃO, Teixeira. Apud PICCININI, Walmor J. *Psiquiatria Forense no Brasil a partir das suas publicações (II)*. Psychiatry online Brazil, v. 7, n. 6, junho, 2002. Disponível em: <<http://polvr.med.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014. Documento eletrônico sem paginação.

de tratamento mais adequado e eficaz. Assim, conforme os estudos psiquiátricos foram avançando na compreensão dos transtornos psíquicos, novos conceitos passaram a ser empregados e, com isso, fazia-se necessária a atualização das leis concernentes a matéria, sob pena destas se tornarem obsoletas. Nesse sentido, mister para o presente trabalho destacar as leis principais acerca da temática em tela.

Os primeiros dispositivos legais a tratar sobre a internação dos indivíduos considerados loucos remontam ao Brasil Imperial, ocasião em que se destaca o Código criminal de 1830<sup>127</sup> que, embora não faça menção a proteção e direitos dos doentes mentais, ou tão pouco discorra sobre modalidades de tratamento, distingue os loucos dos criminosos, ressalvadas as exceções, em seu art. 10º, bem como dispõe sobre a dispensa de julgamento no que tange a determinação do recolhimento destes nas casas especializadas ou a sua entrega às famílias, o que ocorria mediante decisão do juiz<sup>128</sup>.

Com a fundação do primeiro hospital voltado especificamente para o tratamento da doença mental, inicia-se a elaboração de normas de conteúdo voltado para a regulamentação da internação psiquiátrica. O estatuto do “Hospício de Dom Pedro Segundo”, aprovado por meio do decreto 1.077/1852, foi, assim, de grande importância para o avanço da internação psiquiátrica, como a primeira normatização brasileira a disciplinar o procedimento, além de trazer em seu texto a preocupação com a comprovação do estado mental do indivíduo, sem o qual não seria possível a aplicação da medida<sup>129</sup>.

Não obstante a delimitação de um local para recolhimento dos insanos e a existência de disposições legais que regulassem a sua atuação, não havia ainda a consolidação da psiquiatria como especialidade médica, do modo que ocorreu na França do século XIX. Já instaurada a República, é em 1903, com o Decreto 1.132, cuja proposta foi elaborada pelo médico João Carlos Teixeira Brandão, que o

<sup>127</sup> BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>128</sup> RIBEIRO, Bernardon Rafael; VILELA, Lucimar Russo; CORDEIRO, Quirino. *Legislação das internações psiquiátricas involuntárias e compulsórias*. Transtorno mental e perda de liberdade. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013, p. 77.

<sup>129</sup> RIBEIRO, Bernardon Rafael; VILELA, Lucimar Russo; CORDEIRO, Quirino. *Legislação das internações psiquiátricas involuntárias e compulsórias*. Transtorno mental e perda de liberdade. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013, p. 78.

ordenamento jurídico brasileiro recepciona o modelo assistencialista francês e consolida, então, a psiquiatria no Brasil. Nesse sentido, afirmam Walmor J. Piccinini e Ana Maria G. R. Oda:

A Lei de 1903 refletiu a consolidação da psiquiatria como especialidade médica, no Brasil. No contexto da República nascente, representou mais um dos esforços civilizadores, pela modernização do país: um país moderno deveria garantir o direito de tratamento dos loucos, protegendo-os das reclusões carcerárias.<sup>130</sup>

O referido decreto dispõe sobre um modelo assistencial centralizado, no qual o hospício seria o único local apto a receber os doentes mentais, sendo o isolamento necessário à atuação médica (vale ressaltar a possibilidade de tratamento em domicílio, segundo dispõe o art. 3º, desde que presentes os cuidados necessários<sup>131</sup>), além de reforçar a necessidade de comprovação do estado mental do indivíduo, por meio de parecer médico. Essa centralização demonstra uma delimitação de competência, que reserva à atuação psiquiátrica a prática do procedimento de internação.

Outrossim, confere direitos aos doentes mentais, tais como a possibilidade de reclamar por um novo exame de sanidade ou denunciar a ausência da realização deste, bem como solicitar a sua alta. Mister destacar que o decreto atribuía ao governo o dever de fiscalizar os estabelecimentos psiquiátricos, no afã de se proteger os interesses garantidos<sup>132</sup>.

Na sequência, o Decreto nº 1.332 foi revogado pelo Decreto nº 24.559 de 1934, o qual, segundo sua ementa, “Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências”<sup>133</sup>.

Segundo Walmor J. Piccinini e Ana Maria G. R. Oda:

<sup>130</sup> PICCININI, Walmor J; ODA, Ana Maria G. R. *A loucura e os legisladores*. Psychiatry online Brazil, v. 11, n. 3, março, 2006. Disponível em: <<http://polvr.med.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014. Documento eletrônico sem paginação.

<sup>131</sup> BRASIL. *Decreto nº 1.132, de 22 de Dezembro de 1903*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1132-22-dezembro-1903-585004-publicacaooriginal-107902-pl.html>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>132</sup> PICCININI, Walmor J; ODA, Ana Maria G. R. *A loucura e os legisladores*. Psychiatry online Brazil, v. 11, n. 3, março, 2006. Disponível em: <<http://polvr.med.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014. Documento eletrônico sem paginação.

<sup>133</sup> BRASIL. *Decreto nº 24.559 de 3 de julho de 1934*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=20366&norma=35529>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

O Decreto de 1934 expressou um momento em que a medicina defendia a profilaxia e a higiene (mental, inclusive) como forma de combater os muitos males que atingiam o povo. Consolida-se, então, o papel do médico psiquiatra como perito na determinação da doença mental. (A Loucura e os Legisladores.<sup>134</sup>

Nesse sentido, a medicina psiquiátrica visa atuar não só no tratamento dos pacientes já diagnosticados doentes mentais, mas também daqueles em que se observa uma predisposição ao transtorno, tratando-o de modo preventivo. Tal constatação fica evidente na leitura do art. 1º do texto legal:

Art. 1º A Assistência a Psicopatas e Profilaxia Mental terá por fim:

- a) Proporcionar aos psicopatas tratamento e proteção legal;
- b) **dar amparo médico e social**, não só **aos predispostos a doenças mentais** como também aos egressos dos estabelecimentos psiquiátricos;
- c) **concorrer para a realização** da higiene psíquica em geral e **da profilaxia** das psicopatias em especial. – grifo nosso<sup>135</sup>.

Não obstante ter mantido algumas disposições do decreto revogado, o novo normativo trouxe a diferenciação entre duas modalidades de internação, qual seja a voluntária, por meio de declaração por escrito do paciente constando a sua aquiescência, e a judicial, disciplinando para esta última as partes legítimas para solicitá-la: o familiar, o juiz ou a autoridade policial<sup>136</sup>.

Outrossim, determina a criação de uma comissão de inspeção com o escopo de garantir os direitos dos pacientes, o que, para Rafael Bernardon Ribeiro, Lucimar Russo Vilela e Quirino Cordeiro, faz com que “Este documento talvez seja o primeiro a estabelecer direitos mais claros e o embrião de uma comissão revisora para garantir os direitos dos doentes”<sup>137</sup>. Ou seja, é no decreto de nº 24.559 que os direitos dos pacientes encontram-se melhor delineados, consistindo em um forte passo para a sua efetiva garantia.

<sup>134</sup> PICCININI, Walmor J; ODA, Ana Maria G. R. *A loucura e os legisladores*. Psychiatry online Brazil, v. 11, n. 3, março, 2006. Disponível em: <<http://polvr.med.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014. Documento eletrônico sem paginação.

<sup>135</sup>BRASIL. *Decreto nº 24.559 de 3 de julho de 1934*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=20366&norma=35529>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>136</sup>RIBEIRO, Bernardon Rafael; VILELA, Lucimar Russo; CORDEIRO, Quirino. *Legislação das internações psiquiátricas involuntárias e compulsórias*. Transtorno mental e perda de liberdade. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013, p. 80.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 80.

### 3.2.1 A Reforma Psiquiátrica: Lei nº 10.216/2001

Uma rápida análise dos decretos mencionados nos permite concluir que, a despeito dos avanços no que tange o reconhecimento de alguns direitos para os portadores de transtornos psíquicos, o tratamento fundado no isolamento do paciente e disciplinado por um punhado de regras que limitam-se a regular meramente o essencial, ainda está muito longe de ser considerado o mais adequado para os doentes mentais.

Ainda que objetivasse a proteção do doente mental e o tratamento médico adequado, o internamento, na forma como era praticada, mais violentava que garantia as condições mínimas de dignidade dos pacientes, arrancando-os do meio social no qual conviviam, para mantê-los reclusos sem qualquer expectativa de ressocialização. O isolamento tido como necessário para a atuação médica privilegia a doença em detrimento do ser humano, o que fere não só a sua dignidade, mas rouba-lhe a identidade para estigmatizá-lo como incapaz, cabendo salientar, ainda, a precariedade das condições as quais estes são submetidos dentro dos manicômios. Esses são apenas alguns dos problemas que nos remetem a concluir que a proteção aos direitos dos doentes mentais nesse estágio ainda é muito frágil.

A consciência de que o modelo assistencialista, como vinha sendo implementado, deveria ser modificado fundamentou a Reforma Psiquiátrica, a qual buscava por uma nova política de saúde mental que abordasse o tratamento de forma mais humana, e com a devida proteção dos direitos dos doentes mentais enquanto cidadãos. Nas palavras de Valentim Gentil, “Não há como apoiar o modelo vigente, reconhecidamente ineficaz e insuficiente. Por outro lado, respeitar a cidadania implica em permitir acesso aos melhores cuidados e à melhor prevenção disponíveis em um dado momento histórico”<sup>138</sup>.

Nesse sentido, o Deputado Federal Paulo Delgado (PT/MG) apresentou o Projeto de lei nº 3.657/1989, o qual trouxe à tona a problemática dos direitos dos portadores de transtornos psíquicos, alertando para a necessidade de reforma no

---

<sup>138</sup> GENTIL, Valentim. *Uma leitura anotada do projeto brasileiro de “Reforma Psiquiátrica”*. REVISTA USP, São Paulo, n.43, setembro/novembro 1999, p. 23. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/43/01-valentim.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

modelo assistencialista até então vigente no âmbito psiquiátrico brasileiro<sup>139</sup>. Contudo, seu texto foi motivo de reformulação, uma vez que trouxe fundamentos antipsiquiátricos, questionando o enfoque médico dado ao fenômeno da loucura, conforme explica Walmor J. Piccinini e Ana Maria G. R. Oda:

O projeto de lei de 1989 sintetizou a justa percepção sobre a necessidade urgente de reformar a assistência psiquiátrica e de lutar pela garantia dos direitos de cidadania dos doentes mentais, tendo surgido num momento de retomada na normalidade democrática no país. Ele teve o mérito de provocar a discussão do tema por toda a sociedade. Entretanto, seu caráter fortemente antipsiquiátrico refletiu disputas corporativas, equivocando-se ao colocar os procedimentos médicos exclusivamente no campo ideológico, desconsiderando os seus aspectos técnicos<sup>140</sup>.

Destarte, o substitutivo fruto da reformulação feita pelo senador Lucídio Portela (PP/PI) foi aprovado nas duas casas legislativas e, em seguida, promulgado na forma da lei nº 10.216/2001, a qual “Trata-se de legislação moderna, ponderada, positiva e abrangente, favorecendo o respeito ao doente mental, o humanismo e a boa prática médica, na medida em que baliza os encaminhamentos cabíveis na avaliação técnica, caso a caso”<sup>141</sup>.

Para Walmor J. Piccinini e Ana Maria G. R. Oda:

[...] pode-se dizer que a Lei 10.216 (2001) é, em essência, uma carta de intenções. Nela se incluem os princípios para a proteção dos enfermos mentais e para a melhoria da atenção em saúde mental (ONU, 1991), já apoiados há muito pela ABP e o pelo CFM. [...] a Lei atual trata da garantia dos direitos básicos do doente mental, inclusive o de ter acesso aos melhores recursos diagnósticos e terapêuticos disponíveis, numa rede de serviços diversificada; ela reconhece a internação psiquiátrica integral como mais um dos recursos terapêuticos válidos, desde que seja de boa qualidade, ressaltando ainda a necessidade de desenvolvimento de políticas específicas de desospitalização<sup>142</sup>.

Nesse diapasão, a Lei 10.216/2001 que “Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo

<sup>139</sup> RIBEIRO, Bernardon Rafael; VILELA, Lucimar Russo; CORDEIRO, Quirino. *Legislação das internações psiquiátricas involuntárias e compulsórias*. Transtorno mental e perda de liberdade. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013, p. 81.

<sup>140</sup> PICCININI, Walmor J; ODA, Ana Maria G. R. *A loucura e os legisladores*. Psychiatry online Brazil, v. 11, n. 3, março, 2006. Disponível em: <<http://polvr.med.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014. Documento eletrônico sem paginação.

<sup>141</sup> RIBEIRO, Bernardon Rafael; VILELA, Lucimar Russo; CORDEIRO, Quirino. *Legislação das internações psiquiátricas involuntárias e compulsórias*. Transtorno mental e perda de liberdade. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013, p. 81.

<sup>142</sup> PICCININI, Walmor J; ODA, Ana Maria G. R. *A loucura e os legisladores*. Psychiatry online Brazil, v. 11, n. 3, março, 2006. Disponível em: <<http://polvr.med.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014. Documento eletrônico sem paginação.

assistencial em saúde mental”<sup>143</sup>, se apresenta como resultado de um intenso debate que uniu concepções de diversos âmbitos, extrapolando a compreensão exclusivamente médica para abarcar concepções sociais e jurídicas, estas últimas de extrema relevância na garantia e concretização dos direitos reconhecidos e positivados.

Mister salientar que tal normativo protagonizará importante papel no tratamento da dependência química, conforme será demonstrado mais a frente.

### 3.3 A internação compulsória e o tratamento da dependência química

A massificação do consumo de drogas despertou a preocupação dos governos ainda no início do século XX. Em decorrência disto, foi realizada, em 1991, uma reunião em Haia com o objetivo de se estabelecer uma política mais eficaz, selando entre os países o compromisso de fiscalizar o consumo e uso do ópio e da cocaína, para fins de coibir o seu uso<sup>144</sup>.

Nesse diapasão, o Decreto 4.294/21 foi o primeiro documento legal a prevê a possibilidade de internação compulsória para os usuários de entorpecentes, conforme se depreende do texto de sua ementa:

Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados; crêa um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelece as formas de processo e julgamento e manda abrir os créditos necessários<sup>145</sup>.

A previsão de criação de um estabelecimento especial para a internação dos usuários estava contida em seu art. 6º, aliando tratamento com regime de trabalho, bem como distinguia os usuários recolhidos em dois tipos: os internandos judiciários – notadamente, os submetidos ao internamento compulsório por determinação judicial –, e os internandos voluntários, os quais apresentavam-se em juízo por

<sup>143</sup> BRASIL. Lei n° 10.216, de 6 de abril de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>144</sup> BRODBECK, Rafael Vitolla. *Lei de drogas anotada*: incluindo as alterações acrescidas pela Lei 12.403/2011 e Lei 12.483/2011. São Paulo: Verno Jurídico, 2012, p. 21.

<sup>145</sup> BRASIL. Decreto n° 4.294, de 6 de julho de 1921. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

vontade própria, solicitando a admissão, ou a requerimento de familiar, com a devida comprovação da necessidade do tratamento, com base em exame médico<sup>146</sup>.

Posteriormente, adveio o Decreto-Lei 891/1938, denominado Lei de Fiscalização de Entorpecentes, o qual “estabelecia pena de prisão aos que facilitassem ou instigassem a aquisição, uso, emprego e aplicação das substâncias proibidas, bem como qualquer outro ato considerado comércio ilegal de drogas”<sup>147</sup>. A punibilidade do usuário também foi contemplada pelo referido normativo, que previa para este a pena de prisão, conforme se extrai da redação de seu art. 35, cominando de um a quatro anos de prisão, mais multa<sup>148</sup>.

Todavia, prevê a internação compulsória, regulamentando a situação do intoxicado habitual, tratando-o como doente, ao referir-se a este como enfermo no caput do art. 29, assegurando a sua internação por meio de representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, desde que provada a necessidade do tratamento ou a conveniência à ordem pública, tornando-se efetiva somente após decisão judicial, conforme se extrai do § 1º do referido dispositivo legal.

No mesmo sentido, foi sancionada a Lei 6.378/76, a qual por muito tempo protagonizou a disciplina da temática e, em seguida, a Lei 10.409/2002, que objetivava substituir àquela, se não fossem os vários erros e vícios de inconstitucionalidade que trazia em seu conteúdo, o que resultou em uma aprovação parcial, somente quanto as suas disposições referentes à parte processual. Para Rafael Vitola, tal fato criou um monstro jurídico, à medida que se tinha um processo novo acoplado a um direito material antigo, proveniente da lei anterior<sup>149</sup>.

Chega-se, então, à Lei 11.343/2006, atualmente vigente, no afã de unificar a incoerência gerada pela Lei 10.409/2002, bem como revogar os diplomas que referiam-se ao combate das drogas a ela anteriores<sup>150</sup>, de modo que passou a regulamentar inteiramente a matéria, além de trazer algumas inovações. De acordo com sua ementa, essa Lei:

---

<sup>146</sup> Decreto 4.294/21, art. 6º, § 2º, a e § 3º.

<sup>147</sup> BRODBECK, Rafael Vitolla. *Lei de drogas anotada*: incluindo as alterações acrescentadas pela Lei 12.403/2011 e Lei 12.483/2011. São Paulo: Verno Jurídico, 2012, p. 21.

<sup>148</sup> Idem.

<sup>149</sup> Idem.

<sup>150</sup> Idem.

Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências<sup>151</sup>.

Criou-se, dessa forma, um sistema para gerir o que Vitola chama de dupla função da ação de combate às drogas, que seria prevenir e reprimir. Nas palavras do autor: “Especial consideração se deve dar ao fato de que o legislador disciplinou as funções do SISNAD em dois incisos, como que a deixar bem clara a dupla função de qualquer ação de combate ao uso de drogas no Brasil: prevenção e repressão”<sup>152</sup>. Ademais, a Lei prevê a distinção entre usuário e dependente de drogas (conforme redação de seu art. 1º), uma vez que o fato de ser usuário não necessariamente determina que o indivíduo incorra na dependência, podendo este fazer uso dessas substâncias ocasionalmente ou mesmo habitualmente, com finalidades recreativas; enquanto o dependente apresenta um vínculo mais intenso com o entorpecente, que lhe confere uma alteração de seu estado mental e tolhe o seu discernimento, levando a declaração de sua incapacidade à nível jurídico, em determinadas situações<sup>153</sup>.

Do mesmo modo, o usuário não se confunde com a figura do traficante, de acordo com o disposto no art. 28, § 2º da referida Lei:

Art. 28: [...]

§ 2º: Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente<sup>154</sup>.

Assim, caberá ao juiz, segundo o critério positivado, proceder à tal distinção, enquadrando o indivíduo na figura mais adequada. Essa classificação em usuário, dependente ou traficante vem a ser de suma importância, para que se proceda à aplicação da medida correta, visto que a Lei 11.343/2006 aboliu a pena de prisão para o usuário.

<sup>151</sup> BRASIL. *Lei Nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>152</sup> BRODBECK, Rafael Vitolla. Op. cit., p. 33.

<sup>153</sup> Idem.

<sup>154</sup> BRASIL. *Lei Nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/11343.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

## Segundo Wilson Disposti:

Em agosto de 2006, entrou em vigor no país a nova Lei Antidrogas nº 11.343/2006, que enseja ao usuário um tratamento jurídico mais digno e justo. Com acerto, sem descriminalizar a conduta, aboliu a pena de prisão, substituindo-a pela prestação de serviços à comunidade ou a imposição de tratamento clínico<sup>155</sup>.

Entretanto, o normativo absteve-se de disciplinar a internação compulsória para os dependentes químicos, fazendo tão somente menção a possibilidade de ser colocado à disposição do infrator o tratamento especializado em estabelecimento de saúde, de forma gratuita, por meio de determinação judicial, conforme disposto no art. 28, § 7º. Ressalte-se que a redação do § 7º frisa que este tratamento deve ser preferencialmente ambulatorial, o que corrobora para o entendimento de que o legislador se esquivou da regulação da matéria da internação compulsória.

## Sobre este parágrafo, clarifica Rafael Vitola:

O presente parágrafo é um exemplo do que detalhamos anteriormente: a Lei de Drogas não tem caráter exclusivamente penal. Embora tomada por juiz criminal, a medida é imposta como um reforço à não-reincidência e como esperança de que o agente não mais venha a contribuir para a ação criminosa,[...] uma vez que a redação do dispositivo não alude a uma ordem, a um mandamento do magistrado, mas determina que ele coloque o estabelecimento de saúde à disposição do infrator [...]. Quando algo está à disposição de alguém, isso significa que este último tem a opção de usar da disponibilidade do serviço, não que deve ser coagido a tal. Se tratamento compulsório fosse o intento do legislador, utilizaria de outros termos<sup>156</sup>.

Diante dessa lacuna legal e da classificação da dependência química como doença pela Organização Mundial da Saúde<sup>157</sup>, o dependente químico passou a ser equiparado ao doente mental para fins de tratamento, sendo tal procedimento regido de modo subsidiário pela Lei 10.216/2001 (Lei Federal de Psiquiatria, conhecida como Reforma Psiquiátrica), a qual prevê a possibilidade de internação como medida extrema, permitida tão somente após o esgotamento das medidas extra-hospitalares cabíveis, com exigência de laudo médico circunstanciado, discriminando os motivos do procedimento, conforme dispõe em seu art. 6º.

<sup>155</sup> DISPOSTI, Wilson. *Filhos da dor: prevenção e tratamento da dependência de drogas*. São Paulo: Intelítera, 2010, p. 33.

<sup>156</sup> BRODBECK, Rafael Vitolla. *Lei de drogas anotada: incluindo as alterações acrescentadas pela Lei 12.403/2011 e Lei 12.483/2011*. São Paulo: Verno Jurídico, 2012, p. 79-80.

<sup>157</sup> DISPOSTI, Wilson. Op. cit., p. 33.

### 3.4 Propostas legislativas referentes à internação compulsória do dependente químico

Embora a Lei Psiquiátrica tenha fornecido, até então, os subsídios necessários para preencher a lacuna mencionada, encontram-se em processo de tramitação algumas propostas legislativas, com o escopo de alterar a Lei 11.343/2006, incluindo em sua redação a previsão de internação compulsória, bem como a discriminação dos moldes em que ela deve ser aplicada,.

Tem-se, assim, o Projeto de Lei 3365/12, elaborado pelo deputado Eduardo da Fonte (PP-PE), o qual “Altera o art. 29 do Decreto-Lei nº 891, de 1938, que prevê a possibilidade de internação compulsória de dependentes de drogas ou álcool”<sup>158</sup>, desde que apresentada a comprovação de sua necessidade para fins de tratamento ou quando necessária à ordem pública, cabendo ser solicitada por familiar, responsável legal ou pelo Ministério Público. Este projeto encontra-se tramitando em conjunto com o PL 7663/10, do deputado Osmar Terra (PMDB-RS)<sup>159</sup> que pretende a inclusão do art. 23-A à Lei 11.343/2006, que tratará sobre as condições e modalidades de internação para o usuário ou dependente de drogas.

Além destas, também tramita o polêmico Projeto de Lei do Senado 111/10, proposto pelo Senador Demóstenes Torres (ex-DEM/GO e atualmente sem partido), o qual “Altera a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas), para prever pena de detenção para condutas relacionadas ao consumo pessoal de droga e a sua substituição por tratamento especializado, e dá outras providências”<sup>160</sup>. Contudo, teve o seu texto reformulado pela Senadora Ana Amélia, sob a seguinte justificativa:

No entanto, cremos ser necessário realizar algumas modificações no texto da proposição para que ela não fique em total desarmonia com a atual política pública desenvolvida pelo Ministério da Saúde e pela área de assistência social em relação ao uso e à dependência de drogas. Reintroduzir a imposição de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas não é medida que se coadune com os parâmetros estabelecidos

<sup>158</sup> BRASIL. *Projeto de Lei n° 3365/2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=536169>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>159</sup> BRASIL. *Projeto de Lei n° 7663/2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483808>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>160</sup> BRASIL. *PLS – Projeto de Lei do Senado, n° 111 de 2010*. Portal Atividade Legislativa: Projetos e Matérias Legislativas, 2010. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=96509](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96509)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

pela política nacional de prevenção e atenção ao uso e dependência de drogas. Essa reintrodução rompe com a lógica da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, e representa o retorno a um modelo centrado em medidas repressivas, que já se mostrou incapaz de responder adequadamente às necessidades de saúde dos usuários de drogas<sup>161</sup>.

Desta sorte, uma vez que o PL 111/10 almejava um retorno à aplicação de pena de prisão dos usuários de drogas, o que foi extinto pela Lei 11.343/2006, ao assegurar a aplicação de medidas alternativas, é possível dizer que tal proposta consiste em um evidente retrocesso, como mencionou a Senadora Ana Amélia.

Retornar ao modelo repressivo que pune o usuário significa retirar da dependência química a compreensão médica que lhe foi conferida ao longo dos anos, voltando a tratá-la tão somente como uma conduta reprovável, que merece uma sanção jurídica e social. Ademais, como explicou a Senadora, esta concepção já se mostrou ineficaz, visto que mesmo aplicada há mais de um século, não obteve êxito na redução da drogadição, fenômeno que, ao contrário, tem avançado cada vez mais.

Dessarte, a proposta foi aprovada na Comissão de Assuntos Sociais sob a forma da Emenda nº 1-CAS (Substitutivo), a qual “Altera a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas), para acrescentar objetivo ao Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), alterar penas impostas ao usuário de drogas e dispor sobre o tratamento dos dependentes de drogas”<sup>162</sup>, incluindo os artigos 28-A e 28-B na Lei 11.343/2006, para disciplinar a internação compulsória. O projeto encontra-se atualmente aguardando a apreciação na Comissão de Direitos Humanos.

---

<sup>161</sup> BRASIL. *PLS – Projeto de Lei do Senado, nº 111 de 2010*. Portal Atividade Legislativa: Projetos e Matérias Legislativas, 2010. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=96509](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96509)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>162</sup> Idem.

#### 4. A PROBLEMÁTICA SOCIAL DAS DROGAS

A drogadição avança, impiedosa, causando perturbação e sofrimento por onde passa, não fazendo distinção de idade, cor, classe ou credo. Da pobre criança da favela, que vive em meio ao tráfico, rouba a infância, subordinando-a às ordens dos traficantes, “criminosos que mercadejam a paz, a saúde e a vida humana”<sup>163</sup>. Das famílias, rouba o sossego, mantendo-a numa constante espera por aqueles que “batem acintosamente às portas de lares honrados, a qualquer hora, [...] em tom ameaçador para a cobrança do entorpecente ‘vendido’”<sup>164</sup>. À sociedade, impõe o sofrimento com a violência e com a falta de segurança, ambas geradas pelo financiamento que a droga oferece à criminalidade todos os dias. Por conseguinte, a droga devasta não só a pessoa do usuário, mas também os seus familiares e a sociedade como um todo, à medida que é fenômeno dinâmico, projetando seus efeitos em diversas esferas.

Segundo Vilson Disposti, nesse contexto:

O personagem central é o dependente químico, vítima e tirano ao mesmo tempo. Vítima, porque suporta diretamente as consequências que as drogas produzem. Tirano, porque, perturbado psicicamente, manipula, mente e agride até os pais, se preciso for, para conseguir a substância que os alivie das tormentas, dos medos e das obsessões que não calam enquanto não atendidos<sup>165</sup>.

Para o referido autor, a dependência de drogas nasce nesse cenário sombrio e, à medida que se desenvolve, condena os dependentes químicos à exclusão, na tentativa vã de se poupar dos juízos sociais acerca de sua condição. Contudo, quando flagrados fora de seu esconderijo, seja por portar drogas ou por se envolver em um acontecimento que ganhe proporções midiáticas, o dependente químico não escapa de ser submetido à crueldade do preconceito social<sup>166</sup>.

Por isso, a despeito da magnitude do problema à nível social, Vilson Disposti destaca o ser humano no centro da problemática, o qual “necessita ser decifrado, para que seja compreendido, afim de se adotarem estratégias adequadas para

<sup>163</sup> DISPOSTI, Wilson. *Filhos da dor: prevenção e tratamento da dependência de drogas*. São Paulo: Intelítera, 2010, p. 28.

<sup>164</sup> Idem.

<sup>165</sup> DISPOSTI, Wilson. Op. cit., p. 23-24.

<sup>166</sup> DISPOSTI, Wilson. Op. cit., p. 28-29.

liberá-lo da dependência”<sup>167</sup>. O verdadeiro estrago, dessa forma, acontece na pessoa dos dependentes químicos, que se veem num estado de intensa alienação orgânica e psíquica, escravos de um vício que os afasta de sua dignidade, despindo-os da autonomia de vontade, fato este que levou a ONU a seguinte declaração: “O abuso de drogas é uma das mais graves violações dos Direitos Humanos”<sup>168</sup>.

Nesse sentido, afastando-se da ideia de punição, o autor alerta para a necessidade de desvendar as causas da dependência química, para então combatê-la, afirmando que: “São as características pessoais do dependente que devem determinar o conteúdo da proposta terapêutica, integrada dos conhecimentos científicos da psicanálise, psiquiatria e neurologia do comportamento [...]”<sup>169</sup>.

A dependência química é, sem dúvida, um grave problema social. Todavia, a resposta para este conflito tem suas raízes na compreensão psicológica e neuropsiquiátrica do indivíduo, o que requer uma abordagem ampla e integrada de tais conhecimentos, dada a sua complexidade<sup>170</sup>. Partindo dessa premissa, é que será possível a formulação de uma política eficiente na prevenção e cuidado dos dependentes de drogas.

#### 4.1 A drogadição e o desafio da família

A despeito das drogas tomarem como personagem principal o dependente químico, seu cenário preferencial, no que se refere ao ambiente no qual o conflito se manifesta em maior proporção e, conseqüentemente, produz maior destruição, é o seio familiar<sup>171</sup>. Conforme lição de Wilson Disposti,

Quando surgem as primeiras evidências de que um membro da família está envolvido com as drogas, ocorre enorme turbulência emocional nas relações afetivas, impondo rupturas e sofrimentos. [...] O consumo de drogas costuma se tornar visível quando a dependência já está instalada<sup>172</sup>.

<sup>167</sup> DISPOSTI, Wilson. Op. cit., p. 29.

<sup>168</sup> DISPOSTI, Wilson. Op. cit., p. 29.

<sup>169</sup> Idem.

<sup>170</sup> DISPOSTI, Wilson. Op. cit., p. 25.

<sup>171</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>172</sup> Ibidem, p. 41.

Para o autor, o momento da descoberta é marcado por intensos desentendimentos, nos quais se questionam as falhas e se apontam culpados pela origem de tal situação, motivados pelo conflito entre o sentimento de humilhação do dependente, pela exposição de sua fraqueza, e a indignação da família<sup>173</sup>.

Desse modo, tem-se a fragilização dos vínculos afetivos – isso quando já não eram frágeis, antes do problema –, alimentados pela desconfiança e pela incompreensão dos familiares com a situação vivenciada pelo dependente, que resistem em aceitar a sua parcela de responsabilidade, transferindo-a para os outros<sup>174</sup>. De acordo com Disposti, “É inegável a influência dos amigos no primeiro contato com as drogas, inclusive dos mais insuspeitos. Porém, esse fato isolado não pode determinar a dependência, caso não haja a existência prévia de fatores específicos que a desencadeiam”<sup>175</sup>.

Na verdade, no momento em que a dependência das drogas passa a ser de conhecimento da sociedade, a família é a primeira ser responsabilizada, acusada de ter falhado em sua missão de educar<sup>176</sup>. Ocorre que a existência de conflitos no âmbito familiar que não se resolvem, caracterizam um clima de instabilidade, que não só abala o emocional dos filhos, como também pode levar a dissolução da própria família. Não se pode, contudo, afirmar que o desentendimento entre os pais, ou a separação destes, implica por si só na origem da dependência, uma vez que esta condição resulta de um conjunto de fatores, que estão ligados mais especificamente às consequências que estes conflitos ocasionam<sup>177</sup>.

#### Segundo Wilson Disposti:

Os relatos de dependentes que buscam o tratamento, quando de pais separados, valorizam muito mais a atenção que recebem de um ou de outro, que o fato da separação. Tanto que não economizam palavras para demonstrar ressentimentos, quando não recebem atenção, ressaltando os sentimentos de abandono, independente de esses pais viverem juntos ou separados. [...] Por outro lado, há jovens que mesmo tendo pais muito presentes em suas formações psicológicas, cujos grupos familiares vivem harmonicamente entre si, nem por isso conseguem evitar a instalação da

---

<sup>173</sup> DISPOSTI, Wilson. *Filhos da dor: prevenção e tratamento da dependência de drogas*. São Paulo: Intelítora, 2010, p. 43.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>175</sup> Idem.

<sup>176</sup> DISPOSTI, Wilson. Op. cit., p. 57.

<sup>177</sup> Ibidem, p. 58.

dependência, especialmente quando presente alguns dos transtornos de ansiedade ou depressão<sup>178</sup>.

Nesse sentido, o autor externa o entendimento de que a instabilidade familiar pode, de certo modo, influenciar no desenvolvimento da dependência, em virtude de incutir nos filhos tendências negativas, que prejudiquem o seu emocional e estimulem suas inseguranças. Todavia, não pode ser considerada a causa determinante, uma vez não é rara a instalação da dependência em ambientes familiares equilibrados. Nesses casos, a motivação da dependência poderá ser descoberta com base em uma análise profunda norteadas pelos conhecimentos psicológicos e neuropsiquiátricos<sup>179</sup>.

Nesse diapasão, não se pode olvidar que, embora a família não possa ser responsabilizada pela origem do problema, a sua participação no processo de reabilitação do dependente químico é de crucial importância, devendo ampliar seus laços de afetividade, fornecendo ao dependente a sustentação emocional necessária para que ele se recupere<sup>180</sup>.

Atravessar essa fase é uma tarefa difícil e dolorosa e muitos pais não conseguem lidar com o problema, procurando por métodos de apoio, como a internação do filho. No entanto, erram ao acreditar que o internamento por si só resolverá o problema e terminam por abandoná-lo aos cuidados dos especialistas, esquecendo-se de seu papel fundamental na recuperação do dependente, o qual dificilmente continuará o tratamento sem o devido suporte<sup>181</sup>.

Como explica Disposti:

[...] é importantíssimo o envolvimento de todos os membros da família no processo de reabilitação. É o momento de pacificar os corações que se exaltaram e se feriram durante as discussões mantidas, a cada vez que o dependente, depois de impor inquietação e sofrimento pela injustificada demora, retornou para casa em péssimas condições. Nenhum especialista substitui os gestos de atenção, cordialidade e afeto que a família pode e deve oferecer<sup>182</sup>.

A situação se agrava nos casos em que os pais abandonam o filho ainda no momento da descoberta, expulsando-o de casa sem oferecer qualquer suporte ou

<sup>178</sup> DISPOSTI, Wilson. Op. cit., p. 58.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>180</sup> Idem.

<sup>181</sup> DISPOSTI, Wilson. Op. cit., p. 61.

<sup>182</sup> Ibidem, p. 59.

mesmo o mínimo de compreensão que possibilite ao dependente se sentir confortável para pedir ajuda, ou então nos casos em que os pais acreditam já ter feito de tudo e, não obtendo sucesso, desistem do dependente, deixando-o à mercê do vício<sup>183</sup>. O autor enfatiza que:

Nessas circunstâncias, as possibilidades de reabilitação são bem reduzidas. Sem casa, cuidados e afeto, o dependente químico poderá buscar os pequenos traficantes, oferecendo-se para o crime, à espera de “proteção” e da garantia de que a droga não lhe faltará. Não encontrando acolhida nesse meio, poderá se unir aos grupos de viciados em crack, dentre os quais se encontram aqueles que fugiram do amparo dos pais e do conforto do lar, para se transformarem em moradores de rua<sup>184</sup>.

A falta de apoio familiar pode contribuir para o isolamento e sentimento de solidão do indivíduo que apresenta um problema, fazendo com que este procure por uma forma de compensação para obter o alívio de seu sofrimento. Por isso, é responsabilidade da família oferecer um ambiente confortável aos seus integrantes, dando-lhes proteção e apoio emocional, para que, uma vez que se sintam compreendidos, possam compartilhar de seus conflitos íntimos e, assim, conseguir superar o problema<sup>185</sup>.

#### 4.2 Políticas públicas e a responsabilidade social do Estado

Como já foi dito nos capítulos anteriores, a elaboração das declarações de direitos pelo mundo e a sua recepção nos ordenamentos jurídicos dos países, mais precisamente em seus diplomas constitucionais, conferiram aos cidadãos a prerrogativa de exigir do Estado o respeito e proteção à suas esferas individuais, ou seja, exigir a não intervenção do Estado em situações determinadas.

Tal prerrogativa consiste em um direito de *status negativus* ou uma pretensão de resistência à intervenção estatal, como explica Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Trata-se de direitos que permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado. Nessa hipótese, E (esfera do Estado) não deve interferir (“entrar”) em I (esfera do indivíduo), sendo que o indivíduo pode repelir eventual interferência estatal, resistindo com vários meios que o

<sup>183</sup> DISPOSTI, Wilson. *Filhos da dor: prevenção e tratamento da dependência de drogas*. São Paulo: Intelítora, 2010, p. 64.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 69.

ordenamento jurídico lhe oferece. Esses direitos protegem a liberdade do indivíduo contra uma possível atuação do Estado e, logicamente, limitam as possibilidades de atuação do Estado<sup>186</sup>.

Contudo, ainda que se entenda que os direitos fundamentais positivados na Carta Magna são de amparo irrestrito, impondo ao Estado uma prestação negativa e, assim, vedam possíveis ingerências deste na esfera jurídica individual, vislumbram-se situações em que são realizadas ações estatais buscando intervir nessas esferas privadas protegidas. Surgem, então, questionamentos sobre se tais ações estatais não estariam violando a proteção da esfera de intimidade do indivíduo, uma vez que permitem a realização da vontade estatal, resultando na sobreposição desta sobre a vontade individual.

Como resposta a esse empasse, essa atuação estatal encontra-se justificada pelos direitos de *status positivus*, ou mesmo direitos sociais, os quais, segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, se explicam da seguinte forma:

A categoria dos direitos de *status positivus*, também chamados de direitos sociais ou a prestações, engloba os direitos que permitem aos indivíduos exigir determinada atuação do Estado, no intuito de melhorar suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus*. [...] A expressão direitos sociais se justifica porque seu objetivo é melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e concretas de política social<sup>187</sup>.

Ou seja, os direitos sociais vão em sentido oposto aos direitos individuais. Enquanto estes afastam a atuação estatal de uma esfera de proteção, àqueles exigem uma prestação, uma resposta estatal para a concretização das garantias individuais positivadas, por exemplo. Tal resposta pode se dar na forma de políticas públicas que, segundo Maurides de Melo Ribeiro, são “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”<sup>188</sup>.

Com efeito, para efetivar os direitos e garantias fundamentais, pode o Estado se utilizar da intervenção nas esferas privadas sem, contudo, negligenciar os

<sup>186</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 49.

<sup>187</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Op. cit., p. 51.

<sup>188</sup> RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos: Os direitos das pessoas que usam drogas*. São Paulo: Sairava, 2013, p. 19.

limites que esses mesmos direitos e garantias exigem. Nesse sentido, são formuladas políticas que almejam a resolução de temas recorrentes no âmbito social, como a segurança e a criminalidade. Não obstante, é precário o debate sobre tais problemáticas, de modo que os programas empreendidos limitam-se à promoção de medidas repressivas, sem se aprofundarem nas raízes do problema<sup>189</sup>.

No tocante à drogadição, como já foi visto, a política inicialmente empregada se pautou na repressão do consumo, com a consequente punição dos usuários, no afã de coibir o uso de drogas. Tal política encontrava seu fundamento no modelo proibicionista americano, o qual restou fracassado e passou a ser substituído por uma nova política, desenvolvida no âmbito da saúde, e que aos poucos vem ocupando seu espaço, influenciando dispositivos legais no ordenamento jurídico brasileiro: o modelo de redução de danos. É sobre estes modelos que discorreremos a seguir.

#### 4.2.1 O proibicionismo

O consumo de substâncias psicotrópicas até meados do século XIX não era tido como uma conduta proibida e, portanto, passível de punição. As substâncias não só eram vendidas livremente, como o seu uso com finalidades recreativas era perfeitamente aceitável e encarado com certa normalidade. Ademais, os males que o consumo ocasionava eram combatidos através de ações de saúde, do mesmo modo que ocorria com as demais doenças<sup>190</sup>.

Já no fim do século XIX, surge um movimento contrário ao consumo de tais substâncias, o qual reivindicava a sua proibição, destacando-se entre seus argumentos, concepções morais, religiosas e étnicas. De acordo com este pensamento, uma política proibitiva seria a melhor a ser adotada com escopo de sanar os prejuízos provenientes do consumo desenfreado de drogas<sup>191</sup>. Aliado a isto, o desenvolvimento e aperfeiçoamento da produção dessas substâncias, obtido com a Revolução Científica, que conferiram a estas a potencialização de seus efeitos, bem como o parecer psiquiátrico de que o consumo de psicotrópicos seria

---

<sup>189</sup> RIBEIRO, Maurides de Melo. Op. cit., p. 20.

<sup>190</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>191</sup> Idem.

capaz de levar a dependência, desencadearam a implementação de políticas de proibição do consumo nos países<sup>192</sup>.

Essa concepção proibitiva recebeu destaque nos Estados Unidos e se desenvolveu, constituindo um movimento político estruturado, como explica Maurides de Melo Ribeiro:

O marco do nascimento do Proibicionismo, como sistema político, se deu no estado de Ohio, a partir de uma aliança entre as igrejas locais (católicas e protestantes). Sob o *slogan* “ao badalar dos sinos das igrejas de Ohio, os saloons devem partir”, o movimento tinha como sua plataforma política o fim do comércio de álcool, por julgá-lo a causa da degradação moral e física que acreditavam ter acometido o país<sup>193</sup>.

Na sequência, a mentalidade proibicionista difundiu-se pelo país, havendo o estabelecimento de uma maior fiscalização e controle da composição de medicamentos, bem como a proibição do consumo de ópio e cocaína, restringindo-os ao uso com finalidades médicas, sob prescrição. Em seu ápice, instaurou a Lei Seca, banindo o consumo de álcool do país<sup>194</sup>. Dessa forma, o modelo proibicionista americano se consolidou por muito tempo como a única solução efetiva de controle do consumo de drogas, tipificando tal conduta e a ela cominando penas, não existindo outra ideologia que tentasse contestá-lo<sup>195</sup>.

O modelo seguiu sendo ratificado em diversas Convenções, bem como adotado por todas as nações, que assinavam tratados comprometendo-se a cumprir metas de redução de produção e de consumo de drogas. Entretanto, com o passar dos anos, o que se via era um verdadeiro fracasso dessa política, que não conseguia cumprir com o estipulado, reduzindo os níveis de produção e consumo, e ainda colocava os usuários em uma situação de maior risco, uma vez que o consumo continuava na clandestinidade, e casos de dependência já haviam se instalado<sup>196</sup>.

Com o fim da guerra fria, o comércio das substâncias psicoativas torna-se globalizado, abrindo espaço para o fortalecimento da criminalidade transnacional, o que aumenta as pressões internacionais para uma política mundial de combate ao

---

<sup>192</sup> RIBEIRO, Maurides de Melo. Op. cit., p. 24-25.

<sup>193</sup> RIBEIRO, Maurides de Melo. Op. cit., p. 25.

<sup>194</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 26-27.

<sup>196</sup> Ibidem, p. 28.

narcotráfico. O modelo proibicionista, então, cria um totalitarismo penal, caracterizado pela atuação de um estado policialesco, o qual restringe direitos e garantias constitucionais, quando não os suprime inteiramente<sup>197</sup>.

Esse quadro de crise apenas se altera com o surgimento da epidemia da AIDS, conforme expõe Maurides de Melo Ribeiro, afirmando que:

Apesar de todas as críticas, o proibicionismo-punitivo imperou como única alternativa de modelo de política criminal até que a situação dos cidadãos usuários dessas substâncias se viu em muito agravada com o advento da epidemia da AIDS, no início dos anos 1980. Constatou-se que o submundo no qual se desenvolvia a cena do uso de drogas, notadamente as injetáveis, enfeixava inúmeros fatores propícios à difusão da epidemia. Nos anos 1980, houve a demonstração de que um dos principais vetores de transmissão do HIV era a prática de compartilhamento de seringas e agulhas entre os consumidores de drogas injetáveis. A partir dessa verificação epidemiológica os agentes de saúde pública passaram a desenvolver uma proposta de política pública para a questão das drogas que foi designada como estratégia de redução de danos<sup>198</sup>.

Surge, dessa maneira, uma nova política de combate às drogas, que diferentemente do proibicionismo, permitia a consumação de tais substâncias, fornecendo condições para que este consumo ocasione o menor dano possível, numa abordagem que prioriza a saúde e a vida do usuário, bem como a sua relação com a sociedade<sup>199</sup>.

No Brasil, o modelo proibicionista-punitivo consagrou-se nas legislações anteriores à Lei 11.343/2006, as quais consideravam o consumo como conduta típica, e puniam os usuários com penas privativas de liberdade.

#### 4.2.2 O modelo de redução de danos

A política de redução de danos é uma iniciativa do âmbito da Saúde Pública que consiste em “um conjunto de estratégias que visam minimizar os danos causados pelo uso de diferentes drogas, sem necessariamente exigir a abstinência do seu uso”<sup>200</sup>. Uma vez que a abstinência não seja possível, que pelo menos o

<sup>197</sup> RIBEIRO, Maurides de Melo. Op. cit., p. 28-29.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>199</sup> Idem.

<sup>200</sup> RIBEIRO, Maurides de Melo. Op. cit., p. 45.

usuário tenha o resguardo de sua saúde, contra outros males que possam ser ocasionados pela prática do consumo da droga<sup>201</sup>.

Nesse sentido, essa nova política demonstra uma preocupação com o consumo da droga considerando a sua complexidade, bem como os diversos fatores que possam determinar uma menor exposição dos usuários aos riscos que o cenário da droga apresenta. Há, pois, uma preocupação com a saúde em detrimento da necessidade de se reprimir ou punir a conduta, ao contrário do modelo anterior<sup>202</sup>. De acordo com Maurides de Melo Ribeiro,

Diante desse novo contexto, pode-se pretender uma ampliação conceitual, definindo-a como uma política humanista e pragmática que visa a melhora do quadro geral do cidadão que usa drogas, sem que lhe seja exigida a abstinência ou imposta a renúncia ao consumo dessas substâncias<sup>203</sup>.

Com efeito, a redução de danos surge na Holanda que, embora signatária dos tratados que impunham o modelo proibicionista-repressivo, optou por realizar uma política mais liberal, em virtude de já atentar para os riscos que o uso clandestino dos psicotrópicos poderia gerar aos cidadãos<sup>204</sup>. Através da iniciativa de um projeto que objetivava as trocas de agulhas e seringas usadas por novas, no afã de conter a disseminação da Hepatite B e, posteriormente, a Aids, foi constatado o êxito da política holandesa, fazendo com que estratégias semelhantes fossem empreendidas em outros países<sup>205</sup>.

Como leciona Maurides de Melo Ribeiro:

Com o desenvolvimento desses projetos, o conceito de redução de danos foi sendo revisto, ampliado e incorporado por muitos atores da saúde pública, governamentais ou não, preocupados com a prevenção de doenças infectocontagiosas e outros agravos associados ao uso de drogas<sup>206</sup>.

Por conseguinte, a redução de danos começou a ser uma tendência, no sentido de ser recepcionada na legislação de diversos países da Europa, o que já ocorreu na Bélgica, França, Luxemburgo, Polônia, Portugal, Eslovênia e Finlândia<sup>207</sup>.

---

<sup>201</sup> RIBEIRO, Maurides de Melo. Op. cit., p. 45.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 45-46.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>204</sup> Ibidem, p. 48-49.

<sup>205</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>206</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>207</sup> Idem.

No Brasil, a redução de danos aparece pela primeira vez em 1989, na cidade de Santos, a qual se destacava pelo alto número de casos de Aids, o que estava relacionado com o uso de drogas injetáveis. O programa de troca de seringas foi deflagrado, contudo, sofreu intervenções da Polícia e do Ministério Público, devido à polêmica que gerou, sobre se estar incentivando o uso de drogas, uma vez que as ações de saúde enquadravam-se nas condutas típicas das leis de controle de droga então vigentes. Com isso, o projeto não conseguiu ser implementado<sup>208</sup>. Após anos de obstaculização, apenas em 1995 o programa de troca de seringas pode ser efetivado, através do CETAD – Centro de Estudos e Terapia do Abuso de Drogas, em Salvador, popularizando-se como modelo para implementação da estratégia de redução de danos<sup>209</sup>.

Na sequência, seguiu-se um grande avanço do modelo que passou a ser discutido em Conferências, bem como recepcionado em diversas leis estaduais, além de ter sido encampada pela Secretaria Nacional Antidrogas – SENAD, “como uma das estratégias da Política Nacional Antidrogas brasileira, nos termos da Resolução n. 3/CONAD, de 27 de outubro de 2005”<sup>210</sup>, consagrando-se como uma estratégia de prevenção.

Dessa maneira, a Lei 11343/2006, segundo Ribeiro,

embora tenha mantido a criminalização da conduta do mero uso de substâncias psicoativas, optando por promover uma descarcerização da sanção penal cominada, não se pode negar que tenha introduzido avanços, notadamente no que diz respeito ao exposto reconhecimento de estratégia de redução de danos, aproximando a política nacional de drogas ao modelo europeu, que se caracteriza pela adoção de uma política proibicionista moderada<sup>211</sup>.

Assim, a estratégia de redução de danos tem recebido destaque, embora sua aplicação não esteja contemplando toda a sua potencialidade, devido à concepção do modelo proibicionista ainda ser predominante<sup>212</sup>.

---

<sup>208</sup> RIBEIRO, Maurides de Melo. Op. cit., p. 51.

<sup>209</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>210</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>211</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 30.

### 4.3 O tratamento compulsório dos dependentes químicos

A matéria, que ainda carece de legislação específica, encontra-se disciplinada de forma subsidiária pela Lei 10.216/2001, sendo aplicada nos moldes da internação psiquiátrica de doentes mentais. Segundo o art. 6º da referida lei:

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

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

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

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

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça<sup>213</sup>.

De acordo com esse artigo, diferenciam-se três tipos de internação, estando a internação compulsória disciplinada em seu inciso III, como medida aplicada através de determinação judicial. A existência de tais modalidades de internação se justificam com base na necessidade de se implementar o tratamento adequado a cada caso específico, o que deve ser determinado por avaliação médica, conforme se extrai do caput do citado dispositivo.

Desse modo, podem ser apontados três requisitos que devem ser observados na determinação da internação compulsória. O primeiro é a exigência de que a internação só poderá ser cogitada após os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, sendo a internação o único meio para tratamento do caso em questão. O segundo é a comprovação da necessidade através de laudo médico, sem o qual não será aceita a indicação do procedimento. E, por último, a questão das condições de segurança do estabelecimento, cabendo ao juiz essa verificação, antes de determinar a internação do dependente, no afã de assegurar as garantias deste e dos demais internos<sup>214</sup>.

<sup>213</sup> BRASIL. *Lei Nº. 10.216, de 06 de abril de 2001*. Lei da Reforma Psiquiátrica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm)>. Acesso em 10 jun. 2014.

<sup>214</sup> RIBEIRO, Bernardon Rafael; VILELA, Lucimar Russo; CORDEIRO, Quirino. *Legislação das internações psiquiátricas involuntárias e compulsórias*. Transtorno mental e perda de liberdade. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013, p. 83.

Contudo, insta salientar que a internação compulsória é medida extrema, conforme afirmam Rafael Bernardon Ribeiro, Lucimar Russo Vilela e Quirino Cordeiro:

[...] a internação deve ser uma exceção, mas sua indicação não pode ser protelada ou negligenciada quando necessária, tanto do ponto de vista ético como legal. O paciente não pode ser vítima de experimentação que o coloque em situação de risco para si ou outrem. Os dizeres “[a internação] só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes” devem ser vistos lado a lado com o direito a “ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades”, ambos da lei 10.216/01. Na dúvida, preserva-se a vida, que é um direito fundamental estabelecido pela constituição brasileira, assim como o direito à saúde<sup>215</sup>.

Nesse sentido, surgem questionamentos sobre a constitucionalidade da internação compulsória, uma vez que na imposição dessa modalidade de tratamento, entram em conflito direitos fundamentais do dependente químico, conforme veremos a seguir.

#### 4.3.1 O conflito de direitos: a vida e a liberdade

É sabido que a Constituição Federal, em seu art. 5º, tutela a inviolabilidade do direito à vida, à luz do princípio da dignidade humana, bem como o direito à liberdade. Com isso, existe um dever implícito do Estado em prover que o indivíduo possa usufruir plenamente de sua dignidade, bem como possa se utilizar de sua liberdade da forma que lhe convir, desde que tal direito não viole direito alheio.

Ocorre que, a despeito de ambos os direitos mencionados estarem assegurados em diploma constitucional, nem sempre será possível garantir a efetividade destes simultaneamente. Nesse esteio, o internamento compulsório do dependente químico configura uma das hipóteses em que necessariamente haverá a restrição de um direito fundamental em detrimento de outro.

Não se pode olvidar que a internação tem como finalidade proteger à vida do indivíduo, afastando-o do uso indiscriminado de substâncias químicas que, uma vez persistindo, possa levá-lo a morte. Contudo, o fato da internação ser aplicada de forma compulsória, ou seja, sem o consentimento do internando, implica numa

---

<sup>215</sup> RIBEIRO, Bernardon Rafael; VILELA, Lucimar Russo; CORDEIRO, Quirino. Op. cit., p. 90.

violação clara do direito constitucional à liberdade do dependente, o que gera uma colisão de direitos fundamentais no caso concreto e suscita, dessa forma, uma análise mais aprofundada a respeito dos direitos e da situação em tela, para que se decida, então, pelo direito que deverá prevalecer.

José Afonso da Silva, numa tentativa de definir o direito à vida, utiliza-se da assertiva de Recasén Siches, o qual afirma que “vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo”. Complementando-a, afirma Silva que “ela constitui a fonte primária de todos os bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”<sup>216</sup>.

Quanto à liberdade, Silva menciona o entendimento de Eduardo Spínola, segundo o qual, o direito a liberdade é a faculdade de “dirigir suas atividades e dispor de seu tempo, como bem lhes parecer, em princípio, cumprindo-lhes, entretanto, respeitar as medidas impostas pela lei, no interesse comum, e abster-se de atos lesivos dos direitos de outrem”<sup>217</sup>.

Também sobre a liberdade, afirma Luís Roberto Barroso que:

Efetivamente, a liberdade tem um conteúdo nuclear no poder de escolha, de decisão entre várias possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma dimensão não apenas subjetiva, mas que envolve, também, a possibilidade objetiva de decidir<sup>218</sup>.

Ambas as definições de liberdade possuem como núcleo o poder de escolha, destacando a vontade do indivíduo. Assim, um dos elementos essenciais ao direito à liberdade, que é concedido pelo ordenamento jurídico aos particulares, é autonomia da vontade, a capacidade destes de auto-reger suas ações, uma vez que, através da razão, são capazes de discernir entre o bem e o mal.

Feitas tais considerações, é possível optar pela conclusão de que o direito à vida seria mais importante do que os demais, uma vez que, segundo o entendimento

<sup>216</sup> SICHES, Recasén. Apud SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 198.

<sup>217</sup> SPÍNOLA, Eduardo. Apud SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 238.

<sup>218</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Tutela e Efetividade do Direito Constitucional à Liberdade*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15946-15947-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

de Silva, seria este fonte primária de todos os outros direitos. Em verdade, sem o direito à vida, é lógico deduzir que não haveria nenhum dos outros direitos, posto que é necessário estar vivo para poder, de fato, exercê-los. Contudo, tal constatação só se justifica partindo da premissa de que a drogadição necessariamente levaria o dependente à morte, o que não corresponde à situação concreta.

A dependência química, em sua complexidade, se estabelece em níveis, os quais podem ser mensurados devidamente apenas através de avaliação de um profissional da área médica. Assim, de acordo com o nível de dependência constatado, será possível verificar se há a falta de consciência do dependente, situação em que este estaria pondo em risco a própria vida, submetendo-se a situações sem o mínimo de dignidade.

Dessa forma, apenas nesse caso específico, deverá a família ou, na falta desta, o Estado se responsabilizar, intervindo para o bem do indivíduo, assegurando o resguardo de seu direito fundamental à vida, uma vez que resta comprovado que o indivíduo encontra-se incapaz de exercer a autonomia da vontade que o ordenamento jurídico a ele assegura. Dessa forma, é possível e necessário o desenvolvimento de políticas públicas para que sejam atendidos os interesses sociais, contendo, neste caso, o avanço da dependência, bem como mitigando as suas consequências.

O Estado, na figura do órgão julgador, não estaria, portanto, invadindo a esfera íntima do indivíduo e violando o seu direito à liberdade, mas sim exercendo a sua responsabilidade social, no resguardo do direito à vida, que deve prevalecer nessas circunstâncias. Cabe ressaltar que os efeitos da dependência, em casos em que está alcança um nível elevado, vão além da esfera individual, afetando a família do dependente e, em um contexto mais amplo, a sociedade, o que reforça a necessidade de uma intervenção estatal para solucionar o problema.

Assim, caberá ao Judiciário um importante papel de observância do direito e dos princípios de justiça, no afã de assegurar que não serão violadas as garantias mínimas dos dependentes, internando-os compulsoriamente de modo indiscriminado e sem que seja estritamente necessário.

#### 4.3.2 O papel do Judiciário e a garantia de segurança jurídica

A necessidade de garantir a segurança jurídica remete ao sopesamento dos direitos constitucionais envolvidos. Assim, desde que sejam determinados os parâmetros para que o Poder Judiciário possa decidir com justiça, bem como feita a análise do caso concreto, através do juiz, a judicialização da internação compulsória não será realizada de modo indiscriminado. Vale ressaltar ainda, a disposição que legal que vincula a decisão do órgão julgador à análise de comissão devidamente instruída com laudo médico. Isso significa dizer que caso não haja o preenchimento dos requisitos para processar a internação, a aplicação da medida estará apenas ferindo o direito à liberdade de modo arbitrário, não podendo ser justificada pela relativização de direitos.

O fato de esta medida estar voltada para os dependentes que se encontram à margem da sociedade, sem qualquer amparo, confere ao Judiciário uma maior atenção para que o órgão possa combater a violação de direitos ao invés de colaborar com esta. Como ainda não há uma disciplina da internação compulsória que realmente trate o processo legal e as condições em que serão realizados o procedimento de tratamento, há um terreno bastante fértil para que se proceda a arbitrariedade, prevalecendo o interesse estatal sobre a real necessidade do dependente químico.

Assim, faz-se necessário a adoção de parâmetros pelo Poder Judiciário, de modo que as suas decisões não violem os direitos colidentes, mas que acolham aquele que mais se adequar a situação concreta. Para isso, o julgador poderá se utilizar da doutrina jurídica, bem como dos entendimentos jurisprudenciais para definir os critérios de sua escolha, promovendo a harmonização dos direitos fundamentais colidentes no caso concreto<sup>219</sup>.

Atualmente, como já visto, a matéria é disciplina subsidiariamente pela Lei Psiquiátrica de nº 10.216/2001, a qual equipara a dependência química às doenças mentais. De acordo com seu texto, já resta estabelecido alguns requisitos para que se proceda à internação compulsória, dentre eles a exigência de laudo médico

---

<sup>219</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 77.

circunstanciado, o que já confere limites à aplicação da medida. Com base nesses requisitos, se fundamentam alguns entendimentos jurisprudenciais, senão veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. DROGADIÇÃO. Tutela Antecipada deferida para determinar a internação compulsória do agravante. Comprovada a necessidade de internação de dependente químico. Impõe-se a medida, a fim de garantir a segurança do usuário e de seus familiares. Presentes os requisitos de verossimilhança e de dano irreparável. Decisão mantida. Recurso desprovido<sup>220</sup>.

Conforme a ementa, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela prevalência do direito à vida e à saúde, sobre o direito à liberdade, uma vez que existia a comprovação de laudo médico, fundamentando a necessidade internação.

Em seu relatório, a Relatora apresenta entre os seus fundamentos o posicionamento do Procurador de Justiça. De acordo com este:

A conduta demonstrada pelo ora toxicômano deixa claro que controlar seu tratamento ambulatorial já é impossível. Mostra, finalmente, que a necessidade de internação é premente, para garantia de sua integridade física e mental, para garantia da ordem na comunidade em que vive e, principalmente, para garantia da segurança, integridade física e da própria vida dos que o amam, agora já à beira da miséria em razão dos desatinos do agravado<sup>221</sup>.

Nesse diapasão, o sopesamento de direitos fica evidente, uma vez que garantir neste momento o direito à liberdade do dependente em questão, significaria colocar a sua vida e de outros em risco. Além disso, no caso em tela restou comprovado que o tratamento ambulatorial não é mais capaz de tratar com eficiência o estado de dependência apresentado, sendo a internação compulsória o último meio disponível para tanto.

Também nesse esteio, tem-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mantendo a decisão ora recorrida com base na inexistência do laudo médico, bem como na recomendação médica no sentido de submeter o usuário ao tratamento ambulatorial, o que desqualifica a necessidade de internação compulsória, conforme segue:

---

<sup>220</sup> TJ-SP - AI: 01524610620138260000 SP 0152461-06.2013.8.26.0000, Relator: Ana Lucia Romanhole Martucci, Data de Julgamento: 13/02/2014, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/02/2014. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br/](http://www.tjsp.jus.br/)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>221</sup> TJ-SP - AI: 01524610620138260000 SP 0152461-06.2013.8.26.0000, Relator: Ana Lucia Romanhole Martucci, Data de Julgamento: 13/02/2014, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/02/2014. Disponível em: <[www.tjsp.jus.br/](http://www.tjsp.jus.br/)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. AVALIAÇÃO E INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. DROGADIÇÃO. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS MÉDICOS QUE IMPLIQUEM NA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. O demandado foi submetido compulsoriamente à avaliação psiquiátrica, sendo o resultado da perícia no sentido de submetê-lo a tratamento ambulatorial para tratamento da patologia que o acomete, o que desautoriza a internação compulsória pretendida pela autora. Deve se dar valor ao laudo médico exarado pelo psiquiatra que atendeu e teve contato com o paciente, pois é o melhor conhecedor da doença e do tratamento, devendo dar credibilidade ao referido laudo. RECURSO DESPROVIDO<sup>222</sup>.

Decisão do mesmo Tribunal ressalta a função do Estado como assegurado de direitos, destacando a obrigação deste em custear o tratamento para os usuários que não possuem condições financeiras para tal. Contudo, a internação fora negada como medida de proteção do direito à liberdade do indivíduo em questão, visto que não havia atestado médico demonstrando a necessidade da internação, senão veja-se:

DIREITO À SAÚDE. INTERNAÇÃO HOSPITALAR PSQUIÁTRICA COMPULSÓRIA. PESSOA MAIOR USUÁRIA DE DROGAS. PEDIDO DE MANUTENÇÃO DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA NECESSIDADE. 1. **O Estado tem o dever de assegurar à população o direito à liberdade, à saúde e à vida.** 2. Quando se trata de pessoa usuária de drogas e também de família pobre, é **cabível pedir ao Estado a sua internação compulsória, a fim de assegurar-lhe o tratamento necessário, como forma de proteção ao indivíduo e também ao próprio grupo familiar.** 3. No entanto, inexistindo nos autos atestado médico atual demonstrando a necessidade da manutenção da internação para tratamento do favorecido, mostra-se descabida a pretensão recursal, que constitui, em si, medida excepcional e violenta, na medida em que restringe o próprio direito de liberdade da pessoa. Recurso desprovido<sup>223</sup>. – grifo nosso.

Ainda que sejam poucas as decisões judiciais disponíveis sobre a temática, já é possível constatar a importância da verificação dos critérios, por parte do órgão julgador, para se aplicar o procedimento, dentre eles a avaliação médica, analisando o grau da incapacidade do indivíduo caso a caso, visto que existem outras modalidades, antes da internação compulsória, que podem ser adotadas, de acordo com o nível de dependência e grau de discernimento do dependente. Evita-se, desse modo, a privação da liberdade do indivíduo quando não estritamente necessária, garantindo a segurança jurídica nas decisões que envolvem restrição de direitos.

<sup>222</sup> Apelação Cível Nº 70058530973, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 21/02/2014. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br/](http://www.tjrs.jus.br/)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>223</sup> Agravo de Instrumento Nº 70058354432, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/03/2014. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br/](http://www.tjrs.jus.br/)>. Acesso em: 10 jun. 2014.

#### 4.4 Programas de combate às drogas desenvolvidos na atualidade

A situação crítica de dependência na Cracolândia, em São Paulo, culminou com a adoção de algumas medidas por parte do governo do Estado e da prefeitura, no sentido de solucionar o problema das drogas nessa região.

Assim, houve a realização de uma parceria entre profissionais da saúde, do Ministério Público, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para promoção de tratamento aos dependentes do local. Tal medida, oficializada pelo governo do estado no início de 2013, prevê a realização de plantão jurídico no Cratod (Centro de Referência de Álcool, Tabaco e Outras Drogas), contando com a participação de juízes, promotores públicos e advogados designados pela OAB, no afã de prestar apoio aos usuários de drogas e seus familiares, promovendo o reconhecimento dos níveis de dependência, e aplicando-se o tratamento mais adequado dentre as opções de tratamento ambulatorial, internação voluntária, involuntária e compulsória, estas duas últimas sujeitas à avaliação médica e judicial, respectivamente<sup>224</sup>.

Entretanto, apesar da iniciativa do Estado corresponder ao cumprimento de um dever, imposto pela sua função de promover a concretização do interesse social, o programa recebeu várias críticas de especialistas, no tocante à possibilidade do Estado estar camuflando a verdadeira intenção do projeto, que atenderia, na realidade, o interesse da classe dominante, retirando os viciados das ruas em um processo de higienização social.

A prefeitura, no entanto, desenvolveu proposta diversa, implementando o projeto De Braços Abertos, o qual oferece uma nova oportunidade aos dependentes da região. O programa fornece moradia, trabalho e atendimento de saúde para dependentes de crack da região da Luz, como o prefeito de São Paulo, Fernando Haddad (PT), prefere chamar a região, ao invés de Cracolândia, termo considerado pejorativo. O projeto já conta com uma redução do consumo pelos participantes de até 70%, conforme foi verificado pelas equipes de saúde da prefeitura. Já foram cadastradas, desde o dia 14 de janeiro, 386 pessoas no programa, as quais

---

<sup>224</sup> OAB SP atende mais de mil dependentes no Cratod. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2014/02/27/9290/>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

costumavam consumir de 10 a 15 pedras. Ao todo, totalizam 3 mil abordagens, 355 atendimentos médicos e 149 pessoas iniciaram tratamento de desintoxicação<sup>225</sup>.

O programa é visto com bons olhos, uma vez que trata os dependentes como sujeitos de direitos, e promovem a reabilitação com base num processo de ressocialização, retirando os dependentes do centro do vício, ao mesmo tempo em que oferecem a oportunidade de um recomeço com dignidade.

---

<sup>225</sup> *Consumo de crack é reduzido em 70% com programa De Braços Abertos*. Disponível em: <<http://www.spressosp.com.br/2014/02/18/consumo-de-crack-e-reduzido-em-70-com-programa-de-bracos-abertos/>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

## 5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, resta mitigada a polêmica a cerca da constitucionalidade da judicialização da internação compulsória, uma vez que pela Teoria dos Princípios, apontando a relativização dos direitos fundamentais como a saída para solucionar o impasse entre o direito à vida e o direito à liberdade, ambos positivados no art. 5º da Constituição Federal de 1988 e em colisão nesta problemática, é possível oferecer a solução que exige o caso concreto, decidindo pelo direito mais adequado. O que pode ser determinado com base na análise médica do estado mental do dependente químico, mensurando se a sua alienação afeta de modo significativo o discernimento e autonomia de vontade, de modo que se clarifique se é primordial ou não proteger o seu direito à vida, em detrimento de sua liberdade.

A relevância da temática evidencia-se em seu histórico legislativo, uma vez que o legislador não se absteve de discipliná-la, ainda em 1921, quando a internação compulsória apareceu em diploma legal pela primeira vez. Na atualidade, a urgência por uma política que abarque o tema é ainda maior e se faz mister uma atuação do Estado para prestar a assistência que os dependentes químicos tanto demandam. O que não pode ser desconsiderado, é o fato de uma temática tão antiga, já abordada no ordenamento jurídico ainda no início do século XX, não ter ainda obtido um deslinde.

Não se pode olvidar que a questão da constitucionalidade é apenas um dos questionamentos que acaloram o debate, mas, na ótica deste trabalho, deveria ser a menor das preocupações, visto que a Teoria dos Princípios já abarca uma solução perfeitamente viável. É fatídico que o discurso político é muito forte, o que de certo modo gera desconfianças sobre reais intenções do poder que se escondem por trás de tal medida. Contudo, mais do que prever uma medida para tratar os dependentes, deveria ser projetada uma nova política, recepcionando os avanços que a psiquiatria e a psicologia, em seus estudos específicos, vem alcançando, ao invés de insistir numa política social que há muito não oferece os resultados pretendidos.

Nesse sentido, a estratégia de redução de danos é um campo que merece ser explorado e pode vir a fundamentar medidas mais eficazes e que causem menos dano a esfera jurídica dos dependentes químicos, do que a internação compulsória.

Assim, há muito a ser considerado, inclusive os aspectos legislativos, que pouco a pouco apresentam inovações, tendo em vista que as legislações anteriores que disciplinaram a temática, pouco contribuíram para um melhor deslinde do problema. A dependência química é fenômeno bastante complexo e, até então, tem sido equiparada a doenças mentais, com a aplicação subsidiária da Lei de Psiquiatria. Todavia, os dispositivos legais já postos em vigor não tem considerado a extensão da dependência à nível de saúde pública, com sérias implicações na seara penal. Punem e deixam de tratar ou planejam tratar e terminam punindo.

Nessa linha, os projetos de lei em tramitação pouco tem a acrescentar, considerando apenas a disciplina da internação compulsória, como se esta fosse a solução definitiva para o problema. Do mesmo, as parcerias que vem sendo firmadas entre o Estado, Judiciário e setores da saúde em São Paulo para acelerar o procedimento de internação, reflete uma outra preocupação, direcionada às consequências da dependência na Cracolândia, dentre eles o alto índice de criminalidade. Isso implica dizer que a argumentação de que a judicialização da internação compulsória pode ser apenas um meio de legalizar a violação dos direitos não seja de todo infundada, visto que a preocupação com a saúde pública, que deveria ser primordial, parece não ter a devida atenção.

Corroborando com tal posicionamento, há opiniões de todos os âmbitos, seja ele jurídico, político, da saúde ou assistência social. A pressa para solucionar um problema dessa magnitude pode ocasionar a não observância de critérios essenciais, como a análise da incapacidade do indivíduo, visto que existem outras modalidades, antes da internação compulsória, que podem ser adotadas, de acordo com o nível de dependência e grau de discernimento do dependente.

Não se pode esquecer, também, da responsabilização da família do dependente químico, bem como os efeitos que a internação compulsória possa vir a causar no âmbito familiar. Deve-se atentar para o fato de que a presença e apoio familiar são determinantes na recuperação do dependente, porém, a disciplina da

internação compulsória não aborda esse importante fator dentro do procedimento de tratamento.

Por isso, é necessário analisar todas as implicações que a medida pode gerar, tanto na esfera individual e familiar do dependente, como na sua proteção jurídica, visando garantir a efetividade dos direitos fundamentais diante da intervenção do Poder Público, sob pena desta se mostrar abusiva.

Insta salientar que outras modalidades de programas podem ser bem sucedidas, como o caso do Projeto de Braços Abertos, que tem se mostrado como um grande avanço no modo de lidar com a dependência, oferecendo aos seus participantes a oportunidade de tratamento, aliada a construção de uma vida digna, por meio do trabalho.

Portanto, a disciplina da internação compulsória, ainda que possa ser operacionalizada por meio do sopesamento de direitos, deveria ser repensada, uma vez que já é abordada há bastante tempo e ainda se apresenta como uma solução insuficiente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. Ed. Trad. Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Tutela e Efetividade do Direito Constitucional à Liberdade**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15946-15947-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 de dez. 2013.

BRASIL. **Decreto nº 1.132, de 22 de Dezembro de 1903**. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1132-22-dezembro-1903\\_585004-publicacaooriginal-107902-pl.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1132-22-dezembro-1903_585004-publicacaooriginal-107902-pl.html)>. Acesso em: 10 jun. 2014

BRASIL. **Lei Nº. 10.216, de 06 de abril de 2001**. Lei da Reforma Psiquiátrica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm)>. Acesso em 02 de dez. 2013.

BRASIL. **Lei Nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em 02 de dez. 2013.

BRASIL. **PLS – Projeto de Lei do Senado, nº 111 de 2010**. Portal Atividade Legislativa: Projetos e Matérias Legislativas, 2010. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=96509](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96509)>. Acesso em: 07 dez. 2013.

BRODBECK, Rafael Vitolla. **Lei de drogas anotada**: incluindo as alterações acrescentadas pela Lei 12.403/2011 e Lei 12.483/2011. São Paulo: Verno Jurídico, 2012.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DISPOSTI, Wilson. **Filhos da dor: prevenção e tratamento da dependência de drogas**. São Paulo: Intelítera, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GENTIL, Valentim. **Uma leitura anotada do projeto brasileiro de “Reforma Psiquiátrica”**. REVISTA USP, São Paulo, n.43, setembro/novembro 1999, p. 23. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/43/01-valentim.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PICCININI, Walmor J; ODA, Ana Maria G. R. **A loucura e os legisladores**. Psychiatry online Brazil, v. 11, n. 3, março, 2006. Disponível em: <<http://polvr.med.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014. Documento eletrônico sem paginação.

PICCININI, Walmor J. **Psiquiatria Forense no Brasil a partir das suas publicações (I)**. Psychiatry online Brazil, v. 7, n. 5, maio, 2002. Disponível em: <<http://polvr.med.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014. Documento eletrônico sem paginação.

PICCININI, Walmor J. **Psiquiatria Forense no Brasil a partir das suas publicações (II)**. Psychiatry online Brazil, v. 7, n. 6, junho, 2002. Disponível em: <<http://polvr.med.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014. Documento eletrônico sem paginação.

RIBEIRO, Bernardon Rafael; VILELA, Lucimar Russo; CORDEIRO, Quirino. **Legislação das internações psiquiátricas involuntárias e compulsórias**. Transtorno mental e perda de liberdade. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013, p. 77.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.