

A MEDIDA DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES DE CRACK E O DIREITO À SAÚDE

THE STEP OF THE COMPULSORY HOSPITALIZATION OF PEOPLE ADDICTED IN CRACK AND THE RIGHT TO HEALTH

Rosalice Fidalgo Pinheiro*
Luciana Ferreira de Mello**

RESUMO

A medida de internação compulsória dos indivíduos dependentes de crack representa um caso de colisão entre direitos fundamentais. De um lado, identifica-se a autonomia existencial do indivíduo e o direito à saúde e, de outro, a saúde pública. Trata-se de delinear o direito à saúde afeto ao direito à liberdade como uma construção pessoal, que possibilita ao indivíduo governar o seu próprio corpo. Nesta perspectiva, a autonomia privada deixa de ser identificada à liberdade econômica e evidencia-se como uma autonomia existencial, capaz de conferir ao indivíduo o direito à autonomia corporal. O presente estudo tem a pretensão de analisar a medida de internação compulsória sob o prisma da restrição destes direitos fundamentais. Para tanto, a teoria externa de Robert Alexy aponta para uma ponderação destes direitos em face do princípio da solidariedade. Conclui-se que as políticas públicas devem considerar o direito à saúde como uma construção pessoal dos dependentes de crack.

* Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora adjunta de Direito Civil do setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Professora adjunta de Direito Civil do programa de mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil. Líder do núcleo de pesquisa em Direito Civil e Constituição. Pesquisadora do projeto de pesquisa Virada de Copérnico do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. E-mail: rosallice@gmail.com.

** Possui graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (2009), especialização em Direito Aplicado pela Emap (2010), mestre em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Autônomo (2013). Atualmente, leciona na Fapar – Faculdade Paranaense – a disciplina de Direito Constitucional. Atua como advogada nas áreas trabalhista, cível e família. Leciona Direitos Humanos em curso preparatório para concursos públicos. E-mail: luciana_mello84@hotmail.com

Palavras-chave: Internação compulsória; Direitos fundamentais; Direito à saúde; Autonomia corporal.

ABSTRACT

The step of compulsory hospitalization of dependent on crack individuals is a case of collision between fundamental rights. On one side it identifies the existential autonomy of the individual and the right to health, on another, the public health. It is to outline the right to health affect the right to freedom as a personal construction, which enables the individual to govern their own body. In this perspective, private autonomy ceases to be identified as an economic freedom and shows up as an existential autonomy, able to give the individual the right to bodily autonomy. This study intends to analyze the step of compulsory hospitalization under the prism of the restriction of these rights. To do so, we use the external theory of Robert Alexy points to a weighting of in the face of the principle of solidarity. It is concluded that the public policies must consider the right to health as a personal construction, protecting the free development of the personality of the dependent on crack individuals.

Keywords: Compulsory hospitalization; Fundamental rights; Right to health; Bodily autonomy.

INTRODUÇÃO

O vício em psicotrópicos dentre os cidadãos é problema corrente na sociedade. Esta questão tem tido maior relevância em razão das manchetes dos noticiários que, recentemente, têm dado ênfase para a possibilidade de internação compulsória de usuários de crack no Estado de São Paulo.

Em 2006, foi criado, por meio de Lei Federal, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Em maio de 2010, foi publicado o Decreto n. 7.179, instituindo o Plano Integrado de Enfrentamento ao crack e outras substâncias, que daria cumprimento ao Sistema instituído pela Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, ambos relacionados ao Programa Federal “Crack é possível vencer”, que preveem a integração entre União, Estados e Municípios, bem como entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O programa de internação compulsória que está em prática, desde janeiro de 2013, em São Paulo é resultado da articulação entre o Poder Judiciário e o Ministério Público, cuja finalidade é, a princípio, promover a internação de viciados em crack do Estado de São Paulo, independentemente, de manifestação positiva de vontade por parte do indivíduo.

No âmbito Federal, o Projeto n. 7.663 de 2010, de autoria deputado Osmar Terra (PMDB-RS), foi aprovado em 22 de maio de 2013, na Câmara dos Deputados, e agora está em trâmite no Senado. Sua finalidade, dentre outras, é a de incluir a previsão de internação compulsória na Lei n. 11.343 de 2006, que instituiu o programa de enfrentamento ao crack.

Nesse contexto, em que a medida de internação de indivíduos viciados em crack independe de sua manifestação de vontade, indaga-se acerca de uma possível restrição aos direitos fundamentais. Partindo desta indagação, constata-se que está em jogo um amplo direito à saúde, que, afeto à liberdade, afirma-se como uma construção pessoal, que possibilita a cada pessoa o governo de seu próprio corpo em atenção ao livre desenvolvimento da personalidade. Ao seu lado, figura o direito à autonomia corporal, que resulta de uma ruptura com uma concepção de autonomia privada identificada à liberdade econômica, para se traduzir também em autonomia existencial.

Com vistas a responder semelhantes questões, o presente trabalho submete esses direitos fundamentais à teoria externa de Robert Alexy, identificando-se o âmbito de tutela dos bens envolvidos, à luz do princípio da solidariedade. Em última instância, questiona-se a possibilidade de restrição daqueles direitos em favor da saúde pública, rompendo a intangibilidade do corpo humano.

Valendo-se dos marcos teóricos de Ana Carolina Brochado Teixeira, José Antônio Peres Gediel e Robert Alexy, o trabalho utiliza-se do método dedutivo e do procedimento bibliográfico, dividindo-se em três partes: (i) o consumo de psicotrópicos e as políticas públicas de enfrentamento do crack no Brasil; (ii) a medida de internação compulsória dos dependentes de crack em face do direito à saúde e da autonomia corporal; (iii) a medida de internação compulsória dos dependentes de crack: uma restrição aos direitos fundamentais?

Considerando-se a necessidade de proteger a pessoa diante de um “novo humanismo”, que permeia os textos constitucionais do Segundo Pós-Guerra, procura-se demonstrar que a medida de internação compulsória, não obstante se mostre a saída mais imediata para o problema da dependência química, não pode ser utilizada em violação ao livre desenvolvimento da personalidade. Eis que, em um cenário de colisão de direitos fundamentais, a saúde desponta como uma construção pessoal que confere maior autonomia ao indivíduo para governar o próprio corpo, perfazendo-se como pessoa, o que não pode ser desconsiderado pelas políticas públicas de um Estado Democrático de Direito.

O CONSUMO DE PSICOTRÓPICOS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO DO CRACK NO BRASIL

As políticas públicas, recentemente promovidas para combater o crack no Estado de São Paulo, elegem a internação compulsória dos dependentes desta substância química, como forma de solucionar este problema social. Para contextualizar esta solução, o primeiro tópico deste trabalho se encarregará de apresentar um breve panorama a respeito dos psicotrópicos e sua influência no Brasil na última década, com base em estudos estatísticos realizados por entidades governamentais.

Popularmente conhecidos como “drogas”,¹ os psicotrópicos são substâncias que alteram o funcionamento do sistema nervoso central. As alterações promovidas pelos psicotrópicos podem ser de ordem estimulante, cuja função é aumentar a atividade cerebral. Trata-se de agir na atividade cerebral, alterando sua qualidade e deixando o indivíduo perturbado, por isso seus efeitos são chamados perturbadores.²

O uso contínuo dessas substâncias pode ensejar resultados preocupantes não somente para o usuário, mas também para a sociedade de uma maneira geral. Quanto aos efeitos diretos ao usuário, estudos comprovam que, especificamente, no que se refere ao crack – classificada como estimulante, é substância que, após inalada, proporciona um efeito mais rápido, em torno de 3 a 5 minutos, por isso a duração de seus efeitos é igualmente breve. Essa rapidez faz com que o usuário busque se drogar novamente, o que o leva à dependência mais rápido do que as outras drogas. Salientando que, além do prazer que se sente ao utilizá-la, há a ocorrência de fissura avassaladora, caracterizada pela compulsão em utilizá-la novamente.³

Dentre seus efeitos, o crack causa rápida perda de peso, cerca de 8 a 10 quilos em um mês. A substância faz com que o usuário deixe de promover os mínimos hábitos de higiene e limpeza, por isso, são de fácil identificação entre a população. Outro efeito marcante do crack é a incidência de um quadro mental paranoico, que proporciona ao viciado a sensação de estar sendo vigiado e perseguido continuamente.⁴ Na sociedade o impacto trazido pela substância, de acordo com especialistas, está relacionado ao aumento da criminalidade ensejada pelos roubos e furtos. O usuário perde a noção do risco e tem como único objetivo conseguir dinheiro para comprar a droga, com isso, utiliza-se de todos os meios que possui, sendo capaz de realizar qualquer ato para alcançar este objetivo, inclusive, roubar e furtar.⁵

¹ A origem do vocábulo droga vem do Holandês antigo – *droog* – cujo significado é folha seca. É das folhas secas a base dos medicamentos, de modo que, droga tanto pode significar um medicamento como um psicotrópico, por isso atualmente, a medicina define droga como qualquer substância capaz de modificar a função dos organismos vivos, resultando em mudanças fisiológicas ou de comportamento. Tendo em vista o caráter acadêmico científico, o presente estudo adora no decorrer do texto o vocábulo psicotrópico. BRASIL. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas. *Folheto sobre drogas psicotrópicas*: leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental; organizadores. 5. ed. Brasília: Senad/Cebrid, 2010, p. 8.

² *Folheto sobre drogas psicotrópicas*: leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental, p. 9.

³ *Folheto sobre drogas psicotrópicas*: leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental, p. 37.

⁴ *Folheto sobre drogas psicotrópicas*: leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental, p. 38.

⁵ *Folheto sobre drogas psicotrópicas*: leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental, p. 38.

A utilização de psicotrópicos pode levar à morte. Esta conclusão resulta de uma pesquisa realizada pela Secretaria Nacional de Política sobre Drogas, que analisou óbitos cuja causa básica foi envenenamento (intoxicação) ou transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substâncias psicoativas, notificados no sistema SIM (Sistema de Informação sobre Mortalidade), no período de 2001 a 2007. A pesquisa identificou que o número de óbitos por unidades federativas e regiões geográficas cresceu no Brasil como um todo. Todavia, no período de tempo observado, o Estado de São Paulo foi o que apresentou mais casos, aproximadamente 18% deles, o que já era esperado, por se tratar do Estado mais populoso do País.⁶

No que se refere à utilização de psicotrópicos, a Secretaria Nacional de Política sobre Drogas realizou um levantamento com estudantes da rede pública – no ensino fundamental e médio, na faixa etária de 12 a 65 anos, relacionado ao período de 2001 a 2005, em cidades com mais de 200 mil habitantes – e constatou-se que 0,7% dos entrevistados em 108 cidades do país já utilizou o crack em algum momento da vida.⁷ Dentre os universitários, apenas 11,2% dos entrevistados afirmaram nunca ter utilizado substâncias psicotrópicas, incluindo o álcool. Com relação à utilização de apenas uma única substância, 30,7% confessaram que utilizaram uma substância na vida; 58,1% já usaram mais de duas, dentre os quais 68% utilizaram três ou mais.⁸ No ano de 2010, Pablo Roig, psiquiatra, em audiência pública na Câmara de Deputados, apresentou uma estimativa feita com base em dados do censo promovido pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas), identificando que o número de usuários hoje no Brasil está em torno de 1,2 milhão e a idade média para início do uso específico do crack é de 13 anos.⁹

Com base nesses dados estatísticos, realizados entre os anos de 2005 e 2010, foi possível verificar que a utilização de psicotrópicos tem causado alterações que repercutem para além da esfera individual. Eis que o vício em psicotrópicos altera os níveis de criminalidade, causa transtorno nos usuários e aumenta, inclusive, as taxas de mortalidade. As pesquisas realizadas ressaltam, ainda, que o

⁶ Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Relatório brasileiro sobre drogas*. IME-USP; organizadores Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, Vladimir de Andrade Stempliuk e Lúcia Pereira Barroso. Brasília: Senad, 2009, 364p., p. 280-290.

⁷ *Relatório brasileiro sobre drogas*, p. 55.

⁸ Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *I levantamento nacional sobre o uso de álcool, tabaco e outras drogas entre universitários das 27 capitais brasileiras*. Crea/IPQ-HC/FMUSP; organizadores Arthur Guerra de Andrade, Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte e Lúcio Garcia de Oliveira. Brasília: Senad, 2010, 284p., p. 101.

⁹ Brasil. Confederação Nacional dos Municípios. *Pesquisa sobre a situação do crack nos municípios brasileiros*. Brasília: CNM, 2010, 155p., p. 5. Disponível em: <http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_saude/dados_e_estatistica/mapeamento_crack_municipios_brasil_estudo_completo.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2013.

vício em psicotrópicos tem alta incidência entre os jovens e crianças e que o número de consumidores no Brasil é preocupante. Em face destes dados alarmantes, o Estado tem apresentado algumas políticas públicas na tentativa de combater a comercialização e o tráfico de drogas.

Uma série de eventos deu início ao engajamento do Estado no sentido de promover políticas nacionais de combate ao crack. O primeiro passo foi com a realização do primeiro Seminário Internacional de Políticas Públicas sobre Drogas. O objetivo foi promover o debate e o intercâmbio de experiências de sete países: Canadá, Itália, Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Suécia e Suíça. Em um segundo momento, foram realizados fóruns regionais e, por fim, realizou-se uma reunião nacional para a discussão do tema.¹⁰ Como resultado das discussões levadas a efeito neste seminário, algumas alterações legislativas foram promovidas no ordenamento jurídico pátrio. Dentre elas, a publicação da Lei n. 11.343 de 2006, que institui do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas com a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades de prevenção, tratamento e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como as de repressão ao tráfico, em perfeito alinhamento com a Política Nacional sobre Drogas e com os compromissos internacionais do país. Alguns aspectos inovadores da medida foram o maior rigor nas penas aplicáveis ao crime de tráfico e o fim do tratamento obrigatório para dependentes de drogas e a concessão de benefícios fiscais para iniciativas de prevenção, tratamento, reinserção social e repressão ao tráfico.

Em maio de 2010, foi publicado o Decreto n. 7.179, instituindo o Plano Integrado de Enfrentamento ao crack e outras substâncias, bem como criando o Comitê para sua gestão. A atuação do Comitê se daria em quatro frentes: no combate ao tráfico; no tratamento; na prevenção e, por fim, na atuação do Judiciário.¹¹ No que tange ao combate, intentava-se a realização de operações especiais com vistas a dismantelar a rede de narcotráfico, especialmente, nas regiões de fronteira, bem como o fortalecimento das polícias estaduais para combater o tráfico em áreas de maior vulnerabilidade para o consumo. Já no que diz respeito ao tratamento, o decreto visava o atendimento, o tratamento e a reinserção social dos usuários, aumentando o número de leitos em hospitais. O decreto prevê, ainda, promoção de campanhas de mobilização, informação e orientação a fim de enfrentar a utilização do crack. Deste modo, o Decreto n. 7.179 de 2010,

¹⁰ Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Legislação e políticas públicas sobre drogas*, 2010, 106p., p. 8.

¹¹ LIMA FILHO, Mário Coelho. *O legislativo e a política de enfrentamento do uso do crack*. Brasília: 2010. 54f. Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor como parte de avaliação do Curso de Especialização em Legislativo e Políticas Públicas – LPP, p. 26.

mediante a integração das diversas esferas do poder, por meio da promoção de medidas de cunho repressivo e preventivo, enfrenta a proliferação do consumo do crack em nossa sociedade.

Não obstante, todas as medidas previstas pelos instrumentos legislativos citados, tramita perante a Câmara de Deputados, o Projeto de Lei n. 7.667 de 2010, proposto por Osmar Terra, por uma Comissão Mista, com a finalidade de alterar alguns dispositivos da Lei n. 11.434 de 2006 sobre Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad). Dentre as alterações promovidas pelo Projeto, o mais polêmico está relacionado à possibilidade de internação dos dependentes químicos. De acordo com o autor da proposta, o deputado Osmar Terra (PMDB-RS), mais do que uma solução para as cracolândias das grandes cidades, a intenção é o resgate pleno do paciente que não tem capacidade de discernimento e de decisão.¹² Salienta-se que, desde o início de janeiro de 2013, a implementação da medida de internação compulsória vem sendo instrumentalizada em São Paulo, com a integração entre o Poder Judiciário e o Ministério Público.

Apesar do artigo 4º da Lei n. 10.216/2001 determinar que “a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”, o PL n. 7.667 determina o seguinte:

Art. 11. Inclua-se o seguinte art. 23-A à Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006:

“Art. 23-A A internação de usuário ou dependente de drogas obedecerá ao seguinte:

I – será realizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina (CRM) do Estado onde se localize o estabelecimento no qual se dará a internação e com base na avaliação da equipe técnica;

II – ocorrerá em uma das seguintes situações:

- a) internação voluntária: aquela que é consentida pela pessoa a ser internada;
- b) internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e
- c) internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.¹³

Assim, de acordo com o artigo 11 do PL n. 7.663 de 2010, é prevista a inserção do artigo 23-A da Lei n. 11.343 de 2006 para regulamentar as internações e incluir as hipóteses de internação voluntária, a involuntária e a compulsória, sendo a última medida a mais discutível. Quanto à internação voluntária, o projeto determina que se dará da seguinte maneira:

¹² Projeto de Lei n. 763/2010. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/434191-CAMARA-PODE-VOTAR-PREVISAO-DE-INTERNACAO-INVO-LUNTARIA-DE-USUARIO-DE-DROGAS.html>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

¹³ Projeto de Lei n. 763/2010.

§ 1º A internação voluntária:

I – deve ser precedida da elaboração de documento que formalize, no momento da admissão, a vontade da pessoa que optou por esse regime de tratamento; e

II – seu término dar-se-á por determinação do médico responsável ou por solicitação escrita da pessoa que deseja interromper o tratamento.¹⁴

No que concerne à internação involuntária se dará nos seguintes moldes:

§ 2º A internação involuntária:

I – deve ser precedida da elaboração de documento que formalize, no momento da admissão, a vontade da pessoa que solicita a internação; e

II – seu término dar-se-á por determinação do médico responsável ou por solicitação escrita de familiar, ou responsável legal.¹⁵

Especificamente, com relação à internação compulsória o projeto determina que:

§ 3º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente.

§ 4º Todas as internações e altas de que trata esta Lei deverão ser registradas no Sistema Nacional de Informações sobre Drogas às quais terão acesso o Ministério Público, Conselhos de Políticas sobre Drogas e outros órgãos de fiscalização, na forma do regulamento.

§ 5º É garantido o sigilo das informações disponíveis no sistema e o acesso permitido apenas aos cadastrados e àqueles autorizados para o trato dessas informações, cuja inobservância fica sujeita ao disposto no art. 39-A desta Lei.

§ 6º O planejamento e execução da terapêutica deverá observar o previsto na Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.¹⁶

Procedendo-se a uma sucinta observação do texto do Projeto de Lei, é possível afirmar que a lei não deixa transparecer muito facilmente a diferença entre a internação involuntária e compulsória. Entende-se que a primeira pode ser realizada mediante a simples solicitação de terceiros, como parentes, por exemplo, pois a lei é omissa quanto à necessidade de autorização judicial, neste caso. Quanto à internação compulsória, dá a entender que esta seria realizada independentemente da solicitação de qualquer ente ligado ao usuário.

¹⁴ Projeto de Lei n. 763/2010, p. 23.

¹⁵ Projeto de Lei n. 763/2010, p. 24.

¹⁶ Projeto de Lei n. 763/2010, p. 24.

A política legislativa, acima esboçada de enfretamento ao vício em crack, culmina na política pública de internação compulsória, que já se observa no Estado de São Paulo, desde 11 de janeiro de 2013. Semelhante prática coloca em pauta a autonomia existencial que envolve o exercício de direitos da personalidade, por um lado, e na realização de um amplo direito à saúde, por parte do Estado e dos particulares.

A MEDIDA DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DOS DEPENDENTES DE CRACK EM FACE DO DIREITO À SAÚDE E DA AUTONOMIA CORPORAL

Diante de políticas públicas ensaiadas pelo Estado acerca do problema social da dependência química, indaga-se se a medida de internação compulsória de dependentes de crack, recentemente discutida pelo Senado,¹⁷ deve ser tratada como uma questão de segurança pública ou como uma medida de concretização do direito fundamental à saúde.

Atendendo ao caráter de segurança pública, poderia se afirmar que a medida de internação compulsória muito se assemelha à doutrina de Bentham, como adepto da corrente utilitarista que visa proporcionar a felicidade ao maior número de indivíduos. O filósofo sugere que, com vistas a proporcionar a felicidade ao maior número de pessoas da sociedade, os mendigos deveriam ser recolhidos em abrigos, independentemente de sua vontade, pois a infelicidade de alguns mendigos era menor, quantitativamente, à felicidade que seu recolhimento proporcionaria ao restante da população.¹⁸

Sandel, ao criticar esta teoria, embasa suas objeções no desrespeito aos direitos individuais que esta medida representa. Assim, da mesma forma, a internação compulsória afronta os direitos individuais dos viciados, que têm sua dignidade e autonomia, totalmente desconsiderados pelo Estado que decide interná-los contrariamente à sua vontade.¹⁹ Em consonância com os fundamentos kantianos de autonomia privada, esta supõe que, para agir livremente, é necessário agir com autonomia, e agir com autonomia é agir de acordo com as leis que cada um impõe para si mesmo, e não de acordo com as convenções sociais. Ao agir com autonomia, considera-se a pessoa como um fim em si mesmo, e não um meio. Eis os ensinamentos que figuram na base de uma dignidade especial, que

¹⁷ O Projeto de Lei do Senado n. 111/2010, em discussão no Senado, foi recentemente aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais e ainda passará por análise da Comissão de Direitos Humanos e de Constituição, Justiça e Cidadania.

¹⁸ BENTHAM, Jeremy. *Tracts on Poor Laws in: The Works of Jeremy Bentham*, v. 8 [1843]. A project of Liberty Fund, Inc. The Online Library of Liberty, 2011, p. 540-564.

¹⁹ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 143.

difere pessoas de coisas.²⁰ Para Kant, respeitar a dignidade da pessoa implica em tratá-la como finalidade e nunca como meio. Portanto, não é possível tratar um grupo de pessoas como instrumento em prol do bem-estar social, como sugere Bentham, ao afirmar que o arrebatamento dos mendigos tornaria o restante da população mais feliz.²¹

O direito fundamental à saúde como uma construção pessoal

A medida de internação compulsória aponta para a realização de um amplo direito à saúde. A Constituição da República trata do direito à saúde como um direito social, o que demanda uma intervenção por parte do Estado, idealizando a prestação de serviços que eliminem a doença. Contudo, tal afirmação liga-se a uma concepção reducionista do direito à saúde, que não se presta a uma tutela integral da pessoa humana.²² Para tanto, é necessário considerá-lo como um bem-estar físico e psíquico, que se liga ao direito fundamental à liberdade.

Amparado em diversos documentos internacionais, dos quais o Brasil se fez signatário, o direito humano à saúde ingressou no direito interno, por meio de disposição expressa no artigo 6º e nos artigos 196 a 200. Nesta ordem jurídico-constitucional, a saúde reveste-se da qualificação de direito fundamental social. Segundo Ingo Sarlet, este direito reveste-se de uma dupla fundamentalidade: a formal e a material. Isso significa, que sua relevância para a vida e a dignidade humana traz a medida de sua tutela, conferindo-lhe *status* de norma de hierarquia superior, e cláusula pétrea submetida à aplicabilidade imediata designada pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição da República de 1988.²³

Considerar a saúde como um direito público subjetivo pode significar reduzir sua eficácia.²⁴ Eis que ela se inscreve em uma dupla dimensão: a positiva e a negativa. Em sua dimensão positiva, a saúde é um direito prestacional. Possibilita ao particular, com base nas normas constitucionais que a acolhem, requerer

²⁰ KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo, 2004, p. 394.

²¹ SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, p. 143.

²² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 10, jan. 2002, p. 3.

²⁴ "(...) o direito à saúde não pode, portanto, continuar sendo reconduzido exclusiva e irrefletidamente à condição de direito público subjetivo, já que manifesta sua atuação também na esfera das relações entre particulares, ainda que se possa admitir que a assim denominada 'eficácia horizontal' dos direitos fundamentais, em suma, a vinculação dos sujeitos privados, não possa ser tratada de modo similar à vinculação do poder público" (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 6).

ao poder público uma prestação material, como medicamentos, tratamento médico, intervenção cirúrgica e outros.²⁵ Em sua dimensão negativa, a saúde revela-se como um direito de defesa, passível de ser oposto ao Estado ou aos particulares. Eis que se trata de bem jurídico fundamental, e, guardando esta característica, encontra-se protegida contra agressões que possam ser provocadas pelo Estado ou por terceiros. A estes, impõe-se o dever de não afetar a saúde das pessoas, sob pena de se configurar como inconstitucional.²⁶

Esta dupla dimensão permite superar a estrita consideração do direito à saúde como mero direito prestacional perante o Estado. Para efetiva tutela da saúde, é necessário considerá-la como direito de liberdade, o que conduz à vedação do Estado e dos particulares de atuar sem a autorização da pessoa. Trata-se de considerar a vontade do sujeito na construção de sua própria personalidade, o que lhe faculta modificar ou conservar sua saúde em face do modo como acredita ser mais adequado para si.²⁷ Por conseguinte, “(...) todos devem se abster de interferir nas condições atreladas à integridade psicofísica, de modo a não opor obstáculos às escolhas que se referem ao se e ao como gozar a própria saúde, uma vez que esta é uma opção pessoal, que não deve sofrer interferências de terceiros, salvo no que tange à informação médica”.²⁸

Pietro Perlingieri identifica um caráter dinâmico, que leva cada pessoa a construir um modelo individual de saúde que persegue durante o curso de sua vida, em conformidade com suas experiências, as mudanças em sua personalidade e sua realidade pessoal e familiar. Afasta-se, portanto, a possibilidade de um padrão universal de saúde, devendo-se considerar um modelo individual, que atenta para o livre desenvolvimento da personalidade.²⁹

Como efeito desta concepção de saúde atrelada à liberdade, ela ainda se traduz em um controle do corpo, que para ser exercido requer a integridade psíquica, ou ainda, o discernimento para escolher a destinação dada ao corpo.³⁰ Isso afastaria os incapazes, arrolados nos artigos 3º e 4º do Código Civil, que não apresentam o “discernimento necessário” para exercer a liberdade de construir o próprio conceito de saúde.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 12.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, p. 10.

²⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 69.

²⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 69-70.

²⁹ Perlingieri, Pietro. Il diritto alla salute quale diritto della personalità. *Rassegna di diritto civile*, Napoli: ESI, v. IV, 1982, p. 1.023, apud TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 70.

³⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 73.

Há nessa concepção de saúde uma ligação indissolúvel entre corpo e identidade: cada pessoa, amparada em seu direito fundamental à liberdade, pode dispor de seu corpo e de sua saúde, de acordo com parâmetros que julgar mais convenientes, para se realizar como pessoa e alcançar o seu próprio bem-estar.³¹ Paradoxalmente, a construção pessoal da saúde é traduzida em igualdade substancial. Na aceção de Maria Celina Bodin de Moraes, a igualdade reivindica o direito à diferença, buscando, no reconhecimento do outro, considerar as diferenças. Em outras palavras, é “(...) necessário interpretar e aplicar o Direito a partir do respeito pela diferença, que deve se sobressair, possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, cientes do que as distingue e do que as une – no caso, a singularidade de cada uma e a igual dignidade de todas as pessoas humanas”.³²

Atentando-se para uma construção individual de saúde, conectada com a ideia de “governo do próprio corpo”, o que se traduz em aproximá-la de uma perspectiva pessoal, que “só faz sentido dentro dos parâmetros estabelecidos por cada um, de acordo com a própria crença, experiências da vida, valores, enfim, com a concepção do que seja bom para si mesmo”.³³ Desse modo, o amplo direito à saúde deve ser reconstruído à luz do direito fundamental à liberdade, o que resulta em cogitar, para além da autonomia privada, a existência de uma autonomia existencial.

O direito ao corpo e a autonomia existencial

A compreensão da autonomia privada como “pedra angular” do Direito Privado deve-se a um preciso momento histórico: a ruptura com o sistema feudal e a passagem para uma forma superior de sociedade,³⁴ na qual se promove a liberdade do homem com vistas a adequá-lo à ideologia do modo capitalista de produção.

O direito é chamado a fazer da liberdade individual e da igualdade perante a lei, a mais alta realização de sua personalidade. Justifica-se, então, a autonomia privada como um princípio fundamental do Direito Privado, porque permite ao homem afirmar-se como pessoa.³⁵ Tal ligação está presente na

³¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 77.

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 92.

³³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 86-87.

³⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 37.

³⁵ Esta é a justificativa para conceber a autonomia privada como direito fundamental. LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 55.

própria essência da autonomia privada, pois é traduzida como o “poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos”.³⁶

Essa concepção de autonomia privada traduz uma “função translativa-circulatória”,³⁷ que encontra no direito subjetivo e no negócio jurídico seus veículos de realização, depositando na liberdade individual o nexos que os liga. Portanto, o princípio identifica-se com o conceito de liberdade de cunho econômico, na medida em que o negócio jurídico, como instrumento de dinâmica patrimonial, traduz a “mística da vontade”.³⁸

A afirmação de um sistema internacional de proteção de direitos humanos, no período do Segundo Pós-Guerra, delineou o que Eliseu Figueira chama de “novo humanismo”,³⁹ que se fez presente nos textos constitucionais do século XX. Trata-se de uma nova antropologia que se faz presente na Constituição da República Brasileira de 1988, quando esta acolhe o princípio da dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, III.

Como reflexo deste “novo humanismo”, o Direito Privado voltou-se para a tutela dos direitos da personalidade, ensejando as situações jurídicas subjetivas existenciais. Segundo Judith Martins-Costa, tais situações reúnem as seguintes características: (i) a complexidade, segundo a qual as situações existenciais constituem-se em poderes, direitos, deveres, ônus, faculdades mercedoras de tutela jurídica; (ii) a interioridade, que conduz a um exame interno, e não externo ou descritivo, da teia de relações em causa; (iii) a dinamicidade, pois não são atos isolados e atomizados entre si, ou temporalmente congelados; (iv) a concretude, uma vez que seus poderes não podem ser pensados em abstrato, mas concretamente já modelados e modulados por uma teia de interesses.⁴⁰

Tais características rendem às situações subjetivas existenciais a necessidade de encontrar um regime jurídico diverso daquele ancorado na lógica proprietária, delineada para as relações jurídicas patrimoniais pelo Direito Privado moderno. Eis que a liberdade patrimonial, expressa na propriedade e no contrato, não exaure as expressões da liberdade da pessoa humana, uma vez que se identifica como um instrumento realizador da dignidade da pessoa humana.⁴¹ Portanto, é necessário traçar os contornos da autonomia privada aplicada às si-

³⁶ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11.

³⁷ BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene Editore, 1996, p. 320.

³⁸ BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*, p. 324.

³⁹ FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do direito privado*. Lisboa: Caminho, 1989, p. 108.

⁴⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 136-137.

⁴¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 137.

tuações existenciais como o exercício do direito à saúde, a renúncia a tratamento médico ou atos de disposição do próprio corpo.⁴²

Distinguindo a autonomia privada de autodeterminação, Joaquim de Souza Ribeiro identifica, para além do seu componente patrimonial, o aspecto existencial caracterizado como o “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências”.⁴³ Já Pietro Perlingieri vale-se da expressão “autonomia negocial” com a qual designa situações patrimoniais e existenciais, definida como o “poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito, privado ou público, de regular com manifestações próprias de vontade e interesses privados ou públicos”.⁴⁴

A autonomia existencial refere-se a uma liberdade de exercício de direitos da personalidade, como resultado de uma positivação de princípios de proteção à pessoa humana. Por conseguinte, reclama um regime diferenciado das situações patrimoniais. Enquanto as situações existenciais têm como objetivo direto a realização da dignidade humana, o que lhes rende uma função pessoal, as situações patrimoniais tem a realização da dignidade humana como um objetivo indireto, evidenciando-se uma função social.⁴⁵ Como resultado desta comparação, atribui-se uma primazia das primeiras sobre as segundas, fundamentada no princípio do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana.

O texto constitucional de 1988 reconhece a autonomia corporal, no artigo 199, § 4º. Nesta seara, não há, entretanto, uma liberdade absoluta, pois a vontade dirigida à disposição corporal somente pode ser juridicamente valorada se for exercida em face dos fins admitidos pelo ordenamento jurídico. Com isso, afirma José Antônio Peres Gediel que “a vontade, apesar de necessária, não é suficiente para tonar lícitos todos os atos de disposição corporal”.⁴⁶

O Código Civil brasileiro, ao mesmo tempo em que valora, limita a autonomia corporal:⁴⁷ (i) o exercício dos direitos da personalidade não pode sofrer limitação voluntária, segundo o artigo 11; (ii) o artigo 13 estabelece os contornos de uma ordem pública, à qual se submetem os atos de disposição do próprio corpo, expressos na redução permanente da integridade física, nos bons costumes e na exigência médica; (iii) o parágrafo único do artigo 14 estabelece que os atos de disposição do próprio corpo podem ser livremente revogados a qualquer mo-

⁴² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 139.

⁴³ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 22.

⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 318.

⁴⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 147.

⁴⁶ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 98.

⁴⁷ GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*, p. 100.

mento; (iv) o artigo 15 exige que o sujeito expresse sua autonomia corporal, por meio de consentimento livre e esclarecido, para conferir validade jurídica aos atos de disposição do próprio corpo.

Os contornos fixados pelo Código Civil brasileiro para o exercício da autonomia corporal traduzem-se em critérios rígidos, fechados e estáticos, segundo alguns autores. Eis que se cria uma “reserva legal para a autolimitação dos direitos da personalidade”, e determinam-se “limites fixos que nem sempre serão os mais adequados para a correta solução do caso concreto”. Eis que “reconhecer que o particular somente pode dispor do exercício dos seus direitos da personalidade em hipóteses previamente definidas em lei seria negação da própria dignidade que se concretiza também pela liberdade”.⁴⁸

Conjugando-se o direito à saúde como uma construção pessoal com um “direito fundamental à autonomia corporal”,⁴⁹ indaga-se em que medida cabe ao Estado intervir nesta autonomia para delinear os contornos daquele direito fundamental. Está em jogo uma concepção abstrata e irrestrita do direito à saúde, de tal modo a exigir do Estado que proteja a pessoa contra si mesma, bem como uma intervenção máxima do Estado na autonomia corporal capaz de dissipar o livre desenvolvimento da personalidade. Transpondo semelhantes indagações para a medida de internação compulsória de dependentes de crack, indaga-se acerca da possibilidade do Estado, em nome da saúde pública, interferir na autonomia corporal dos sujeitos, impondo a internação compulsória. Com a finalidade de dissipar semelhante conflito, delinea-se a restrição aos direitos fundamentais, a partir da teoria externa de Robert Alexy.

A MEDIDA DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DOS DEPENDENTES DE CRACK: UMA RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

As indagações realizadas no item anterior revelam que a medida de internação de dependentes de crack traz consigo o problema da “reconstrução da relação entre os direitos e seus limites ou restrições”.⁵⁰ Trata-se da discussão acerca das teorias interna e externa de direitos fundamentais, formuladas por civilistas franceses como Planiol e Ripert e Josserand, ensejando a necessidade da compreensão da relação entre o direito e seus limites ou restrições.⁵¹ Afirma-se,

⁴⁸ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 185-187.

⁴⁹ GEDIEL, José Antônio Peres. *Droit de la santé: le statut juridique du corps humain au Brésil*. Association Henri Capitant, p. 2.

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 127.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 128.

ainda, que a convivência das duas vertentes teóricas não é pacífica, pois conceber que os direitos possuem limites imanentes, exclui que fatores externos, com base em ideias como o sopesamento entre princípios, não pode lhe proporcionar uma restrição externa.⁵²

Segundo a teoria interna, ancorada nos ensinamentos de Planiol e Ripert, sintetizados na máxima “o direito cessa onde o abuso começa”, o processo de definição de limites ao direito subjetivo é um processo interno, que não se deixa influenciar por aspectos externos, traduzidos na colisão com outros direitos. Por conseguinte, promove-se a definição do direito sob a estrutura de regras, de tal modo que qualquer restrição que lhe fosse imposta, posteriormente à edição da norma, seria inconstitucional. Sob a denominação de “limites imanentes”, seus defensores sustentam que os direitos fundamentais não são absolutos, pois possuem seus limites definidos, implícita ou expressamente, pela própria Constituição. Eis que “tais limites fazem parte da própria essência dos direitos fundamentais, já que não se pode falar em liberdades ou em direitos ilimitados e que é tarefa por excelência da interpretação constitucional tornar seus contornos os mais claros possíveis”.⁵³

Já a teoria externa separa o direito de suas restrições. A partir desta distinção, promove-se o sopesamento das colisões entre direitos fundamentais, com amparo na regra da proporcionalidade, em suas vertentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação ordena que se verifique, no caso concreto, se a restrição operada ao direito fundamental é útil e idônea para o fim que se pretende alcançar. Se for adequada, entra em jogo a necessidade, avaliando se a restrição ao direito fundamental é o meio menos gravoso de conseguir o fim que se espera no caso concreto. Em última instância, considera-se a proporcionalidade em sentido estrito: traduz a proporção entre a restrição ao direito fundamental e o fim pretendido.⁵⁴ As restrições não influenciam seu conteúdo, apenas restringem seu exercício no caso concreto, de tal modo que, em uma colisão entre princípios, um tem de ceder em favor do outro, sem afetar sua validade e sua extensão *prima facie*.⁵⁵ Para tanto, é requerido um forte ônus argumentativo que irá decidir qual direito deve prevalecer no caso concreto.

⁵² SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 128.

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 132.

⁵⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 212 e segs.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 138.

A contraposição entre as duas teorias revela a dificuldade em se delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. É possível afirmar que não podem ser considerados absolutos, como pretende a teoria interna, e, portanto, blindados contra qualquer tipo de restrição.⁵⁶ Já a ideia segundo a qual os direitos fundamentais possuem uma dimensão *prima facie*, comportando restrições, como sustenta a teoria externa, encontra maior receptividade. Portanto, o conteúdo do direito fundamental à autonomia corporal dos dependentes de crack dependerá da restrição que ele sofrer diante do caso concreto, mediante o exercício de ponderação com os direitos colidentes,⁵⁷ como é o caso da saúde pública. Para evidenciá-lo, recorre-se aos fundamentos de Robert Alexy.

Para delinear o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, Robert Alexy preocupa-se em identificar qual a natureza jurídica dos direitos fundamentais, colocando em pauta normas, regras ou princípios, pois esta identificação traz diferentes resultados em caso de conflito. Alexy chega à conclusão que os direitos fundamentais são princípios de otimização:

As regras que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, **determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.**

(...)

O ponto decisivo na distinção entre princípios e regras é que os 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 de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁵⁸ [grifo nosso]

Além disso, o autor estabelece o raciocínio segundo o qual os direitos fundamentais possuem duas dimensões: (i) *prima facie* na qual, em um primeiro momento, o âmbito de proteção abarca uma infinidade de bens jurídicos, e (ii) definitiva, em um segundo momento, no qual, após a realização da restrição, identificam-se os bens jurídicos protegidos após a colisão com outro direito fundamental.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 387.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 389.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

Nesse primeiro momento, depreende-se que os direitos fundamentais, segundo Robert Alexy, são mandamentos de otimização, o que significa dizer que tais direitos não sejam sempre efetivados por completo. E como são detentores de duas dimensões – uma *prima facie* e outra definitiva – há a possibilidade de colisão entre princípios. No entanto, para entendê-los como princípios é preciso assumir que, em caso de conflitos – diferentemente do que ocorre com as regras, nas quais apenas uma permanecerá no ordenamento jurídico –, a colisão entre princípios não implicará no banimento de um dos conflitantes, sendo importante que o resultado da colisão não implique em esvaziamento do direito preterido.⁵⁹

A partir do momento em que se conclui que os direitos são princípios e, portanto, regidos por um mandamento de otimização, entende-se que eles devem ser efetivados em seu grau máximo dentro das possibilidades e que tais direitos podem ser restringidos em caso de colisão com outros direitos. No que se refere à sua colisão – sua ocorrência entre dois princípios –, o papel do sopesamento realiza-se ao definir qual dos interesses conflitantes – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto, levando em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas.⁶⁰

A solução da colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. Assim, definida por Robert Alexy, a precedência condicionada auxilia na previsibilidade das decisões referentes aos conflitos entre princípios.⁶¹

De acordo com o autor, a colisão entre princípios guarda íntima relação com a máxima da proporcionalidade:

Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, com suas máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.⁶²

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 91.

⁶¹ ALEXY, Robert. A estrutura das normas de direitos fundamentais, p. 94.

⁶² ALEXY, Robert. A estrutura das normas de direitos fundamentais, p. 117.

Com efeito, os direitos fundamentais são numerosos e de conteúdo impreciso e não são raras as vezes em que, no caso concreto, existem dois interesses divergentes amparados por dois princípios antagônicos – como é o caso da internação compulsória dos dependentes de crack, que resulta na colisão entre o direito à saúde e o exercício da autonomia corporal. A solução desta colisão, segundo a teoria esboçada, está na ponderação entre os dois princípios.

Para chegar a um resultado mais próximo da constitucionalidade, Robert Alexy indica o modelo fundamentado para tomar a melhor decisão acerca de colisões, pois evita uma série de dificuldades que estão frequentemente associadas ao conceito de sopesamento.⁶³ Desse modo, fica claro que o sopesamento não é um procedimento que faz com que um direito se realize, de forma precipitada, às custas de outro. Trata-se de um procedimento abstrato e generalizante, existindo a necessidade de um forte ônus argumentativo para fundamentar a decisão.

Assim, com base na doutrina de Robert Alexy, ao se expor o problema da dependência do crack no Brasil e da política de internação compulsória dos dependentes – sem levar em consideração qualquer expressão de vontade deles –, é necessário indagar se semelhante restrição é justificável. A implementação de uma política pública de internação compulsória dos dependentes de crack, visando salvaguardar a saúde dos indivíduos, acaba por minimizar o alcance do princípio da autonomia corporal desses indivíduos, quando desconsidera sua declaração de vontade com relação ao ato.

É de se analisar se a atuação compulsória do Estado, reprimindo parcela da dignidade daqueles indivíduos – expressa na intangibilidade do corpo humano, realizando sua internação forçada – poderia ser considerada proporcional. O Estado estabelece os contornos de um direito à saúde, que é uma construção pessoal, excluindo completamente a participação do indivíduo, o que esvazia sua autonomia existencial. Considerando-se o direito à saúde como um aspecto da liberdade individual, qualquer intervenção sobre seu corpo, que não emane da própria vontade de seu titular, afasta a possibilidade do Estado ou de terceiros interferirem no corpo do indivíduo sem seu consentimento. Tal intervenção renderia ao ato aspectos de ilegitimidade, ou até mesmo, de inconstitucionalidade.

O debate acima travado pode adquirir uma resposta diversa, se conjugado com o princípio da solidariedade. Trata-se de responder à pergunta se, em nome da saúde pública, o Estado pode interferir na autonomia corporal do indivíduo, atuando semelhante intervenção como um componente de seu direito à saúde como uma construção pessoal.

O princípio da solidariedade, proclamado pelo constituinte, no artigo 3º, deve ser considerado na elaboração da legislação ordinária, na execução de po-

⁶³ ALEXY, Robert. A estrutura das normas de direitos fundamentais, p. 95.

líticas públicas e, ainda, na interpretação e aplicação do Direito. Trata-se de princípio constitucional que se identifica com um “conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”.⁶⁴ Isso significa que o projeto solidarista não expressa um mero preceito moral, mas uma princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de força normativa e capaz de tutelar a coexistência humana, enunciando o reconhecimento do outro.⁶⁵

No confronto entre saúde pública e autonomia corporal, o princípio da solidariedade apontaria para uma restrição à autonomia corporal, de tal modo que a opção pela construção pessoal da saúde – como a possibilidade de estar dependente de uma substância química como o crack – não poderia acarretar a outrem nenhuma repercussão social. Caso contrário, estaria ameaçada a saúde pública, que conformaria a intangibilidade do corpo humano e resultaria na concepção de saúde como um dever, em face da preponderância da solidariedade, que legitimaria intervenções coativas à autonomia corporal.

Porém, isso somente seria justificável, se “(...) o estado de doença do indivíduo for potencialmente lesivo a terceiros ou quando existe uma efetiva razão de tutela de saúde pública que se concretiza na proteção dos membros da coletividade”.⁶⁶ Excepcionalmente a tais casos, não é possível sustentar o dever do indivíduo conservar a própria saúde, por se tratar esta última uma construção individual afeta à liberdade. Portanto, “tal liberdade é conformada pela solidariedade, encontrando limites apenas no espaço jurídico de terceiros, no qual incide a intersubjetividade”.⁶⁷

Com efeito, delimita-se o âmbito de proteção dos bens envolvidos, que estão presentes nos direitos fundamentais em jogo: a saúde como construção individual e governo do próprio corpo não pode sofrer uma intervenção do Estado amparada em motivações outras senão a prevalência da saúde pública. Nesta perspectiva, a medida de internação dos dependentes de crack pode ser caracterizada como aceitável, se manejada como forma de promover a saúde pública, mas não como forma de promover a segurança pública. Além de se mostrar como um princípio que orientaria a interpretação e aplicação do Direito, a solidariedade também se presta a orientar políticas públicas. Portanto, para além de uma teoria externa que acolhe este princípio no âmbito da proporcionalidade, deve-se atentar para a execução de uma política pública aos dependentes de crack, por parte

⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 114.

⁶⁵ MOARES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 111-112.

⁶⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 83.

⁶⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*, p. 84.

do Estado, que considere o direito à saúde como uma construção pessoal que afeta ao governo do próprio corpo, e não como uma medida coativa que restringe seus direitos fundamentais em favor de uma pretensa segurança pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Comprovou-se estatisticamente que o vício em drogas no Brasil representa um problema que deve ser tratado com cuidado pelas entidades governamentais. Com vistas a sanar esse problema, o Estado criou políticas públicas de enfrentamento deste problema, mediante ação integrada de seus poderes. Neste sentido, o projeto de Lei n. 7667 de 2010, proposto por Osmar Terra, por uma Comissão Mista, foi aprovado na Câmara de Deputados e agora está em trâmite no Senado. Sua finalidade é alterar alguns dispositivos da Lei n. 11.343 de 2006 para nela incluir a possibilidade de internação compulsória dos viciados em crack. A partir de janeiro de 2013, no Estado de São Paulo anunciou-se o estabelecimento de parceria entre o Ministério Público e o Poder Judiciário para coordenar os trabalhos entre agentes de saúde e promover a internação compulsória dos viciados em crack.

A internação compulsória implica em realizar o recolhimento destes indivíduos que são viciados em crack a estabelecimento que lhes promova o tratamento com vistas à recuperação do vício, sem levar em consideração sua manifestação de vontade. O presente trabalho identificou nesta medida uma restrição ao direito à saúde como construção pessoal e ao direito à autonomia corporal. Trata-se o primeiro de um amplo direito à saúde, que transpõe a concepção estrita de um direito fundamental social, que demanda prestações do Estado. Na medida em que está afeto ao direito fundamental à liberdade, cada pessoa pode construir seu próprio conceito de saúde e qualquer intervenção sem seu corpo, realizada sem seu consentimento, resulta em sua invalidade.

Examinada essa colisão de direitos fundamentais à luz das teorias interna e externa, buscou-se identificar o âmbito de proteção dos bens envolvidos. Afastando-se a possibilidade de conceber os direitos à saúde e à autonomia corporal como absolutos, à luz da teoria interna, passou-se a delinear referido âmbito de proteção à luz da teoria externa, proposta por Robert Alexy. Considerando os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, em um primeiro momento, é possível sustentar a impossibilidade de restrição da medida de internamento compulsório aos dependentes de crack, em face da prevalência da saúde como um direito de liberdade, que requer o consentimento do indivíduo, delineando o governo do próprio corpo.

Contudo, adicionando-se à colisão de direitos fundamentais o componente do princípio da solidariedade, previsto em sede constitucional, uma concepção diversa emerge, ao considerar-se a medida de internação compulsória, não como

medida de segurança pública, mas de saúde pública. Esta prevalece sobre a intangibilidade do corpo humano e conduz semelhantes reflexões para a admissibilidade da medida de internação dos dependentes de crack que respeito o direito à saúde como uma construção pessoal atrelada à liberdade e não apenas como um direito prestacional. Portanto, é possível questionar a compulsoriedade da medida, mostrando-se como mais plausível que o Estado forneça condições ao dependente e, por vezes, aos seus familiares de optarem por esta medida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene Editore, 1996.

BENTHAM, Jeremy. *Tracts on Poor Laws in: the Works of Jeremy Bentham*, v. 8 [1843]. A project of Liberty Fund, Inc. The Online Library of Liberty, 2011, p. 540-564.

Brasil. Confederação Nacional dos Municípios. *Pesquisa sobre a situação do crack nos municípios brasileiros*. Brasília: CNM, 2010. 155 5p. Disponível em: <http://www.mp.ma.gov.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_saude/dados_e_estatistica/mapeamento_crack_municipios_brasil_estudo_completo.pdf> Acesso em: 17 jan. 2013.

Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *I levantamento nacional sobre o uso de álcool, tabaco e outras drogas entre universitários das 27 capitais brasileiras*. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. Crea/IPQ-HC/FMUSP; organizadores Arthur Guerra de Andrade, Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte e Lúcio Garcia de I. Brasília: Senad, 2010. 284p.

Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Centro Brasileiro de Informações sobre drogas Psicotrópicas. *Folheto sobre drogas psicotrópicas: leitura recomendada para alunos a partir do 7º ano do ensino fundamental*; organizadores. 5. ed. Brasília: Senad/Cebrid, 2010. 66p.

Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Legislação e políticas públicas sobre drogas*, 2010, p. 106.

Brasil. Presidência da República. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Relatório brasileiro sobre drogas*. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. IME-USP; organizadores Paulina do Carmo Arruda Vieira Duarte, Vladimir de Andrade Stempliuk e Lúcia Pereira Barroso. Brasília: Senad, 2009, 364p.

CITTADINO, Gisele Guimarães. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do direito privado*. Lisboa: Caminho, 1989.

GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GEDIEL, José Antônio Peres. *Droit de La santé: le statut juridique du corps humain au Brésil*. Association Henri Capitant.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo, 2004.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

LIMA FILHO, Mário Coelho. *O legislativo e a política de enfrentamento do uso do crack*. Brasília: 2010. 54f. Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor como parte de avaliação do Curso de Especialização em Legislativo e Políticas Públicas – LPP.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 10, jan. 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA SANTOS, Boaventura. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Data de recebimento: 30/05/2016

Data de aprovação: 12/01/2017

