

**INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR PRESIDENTE TANCREDO DE
ALMEIDA NEVES**



RUBENS FERREIRA

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

São João del Rei – MG

2015

Rubens Ferreira

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada junto ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves (IPTAN) como requisito para obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Ms. Antônio Américo de Campos Júnior

São João del Rei - MG

2015

Rubens Ferreira

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada junto ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves (IPTAN) como requisito para obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Ms. Antônio Américo de Campos Júnior

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. MSc. Antônio Américo de Campos Júnior
IPTAN

Prof. MSc. Rafael Isaac de Almeida Coelho
IPTAN

Prof. MSc. Mateus de Moura Ferreira
IPTAN

São João del Rei, 09 de Novembro de 2015

Dedico este trabalho ao meu pai, Nathanielr Ferreira.

(in memorian)

Agradecimento

Agradeço a Deus, como forma de dizer a Ele que sempre vou precisar de suas mãos para conquistar outras coisas mais.

Agradeço ao Professor Ms. Antônio Américo de Campos Júnior, pela orientação, apoio e confiança.

Agradeço a Cíntia Josane, Cíntia Fernanda e Bruno, pela força diária, amizade, companheirismo e amor.

*“Não existe comparação entre aquilo que é perdido
por não se obter êxito e aquilo que é perdido por não se tentar.”*

Francis Bacon

Resumo

A colisão entre direitos fundamentais é tema de grande relevância no campo do Direito Constitucional. Este fenômeno ocorre quando há superposição dos âmbitos protegidos por dois ou mais direitos fundamentais. Para que o aplicador do direito possa solucionar esse conflito, é preciso ter conhecimento das especificidades do assunto. Os direitos fundamentais possuem natureza principiológica, sendo, portanto, mais abstratos. Por sua relatividade, a solução de conflitos exigirá ferramentas mais sofisticadas que a hermenêutica clássica. Assim, deu-se destaque para o princípio da proporcionalidade na ponderação de interesses, quando da ocorrência de colisão entre direitos fundamentais. Este princípio, que possui origem na dogmática germânica, subdivide-se nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Em paralelo, como norteador de nosso ordenamento jurídico, temos o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve guiar as decisões no caso concreto. Para abordar adequadamente a questão, foi realizada uma vasta revisão bibliográfica, sendo considerados os maiores doutrinadores do assunto. A fim de se apresentar a aplicação no caso concreto, foram estudadas diversas jurisprudências, tendo sido selecionadas três delas para apresentação neste trabalho.

Palavras-chave:

Direitos fundamentais. Colisão. Princípio da Proporcionalidade. Dignidade da pessoa humana.

Abstract

The collision between fundamental rights is highly relevant topic in the field of constitutional law. This phenomenon occurs when there is overlapping of the areas protected by two or more fundamental rights. So the applicator can resolve this conflict, we must be aware of the specifics of the matter. Fundamental rights have principled nature, and is therefore more abstract. By its relativity, conflict resolution will require more sophisticated tools than classical hermeneutics. Thus, emphasis was given to the proportionality principle in the balancing of interests, in the event of collision between fundamental rights. This principle, which has origins in Germanic dogmatic, subdivided in subprinciples the appropriateness, necessity and proportionality in the strict sense. In parallel, as a guide of our legal system, we have the principle of human dignity, which should guide decisions in this case. To properly address the issue, an extensive literature review was performed, being considered the greatest scholars of the subject. In order to present the application in this case, several precedents were studied, having been selected to present three of them in this work.

Keywords:

Fundamental rights. Collision. Proportionality principle. Dignity of the human person.

Sumário

Introdução	10
1 Do Sistema Normativo Constitucional	12
1.1 Diferença entre Regras e Princípios	12
1.2 Natureza Principiológica das Direitos Fundamentais	16
2 Teoria dos Direitos Fundamentais.....	17
2.1 Conceituação de Direitos Fundamentais	17
2.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais e sua Aplicabilidade.....	19
3 Colisão entre Direitos Fundamentais	22
3.1 Princípio da Proporcionalidade	26
3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	29
3.3 Ação do Poder Público quando da Colisão entre Direitos Fundamentais ..	30
4 Jurisprudência na Solução de Colisões entre Direitos Fundamentais	32
4.1 Caso 1: Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade	32
4.2 Caso 2: Exame de DNA forçado em investigação de paternidade	34
4.3 Caso 3: Exigência de certidão de antecedentes criminais	35
Conclusão	38
Referências Bibliográficas	40

Introdução

O objetivo do presente trabalho, no campo do Direito Constitucional, é trazer à superfície uma análise sobre a colisão autêntica entre direitos fundamentais. O titular de um direito fundamental, ao exercê-lo, pode se deparar com a colisão do âmbito deste com o âmbito do direito fundamental exercido por outro titular.

Iniciaremos o tema, no primeiro capítulo, abordando a distinção entre regras e princípios no contexto do sistema normativo constitucional. Serão abordados os critérios doutrinários que embasam a diferenciação, segundo os quais os princípios possuem maior grau de abstração, enquanto as regras possuem grau mais baixo.

A seguir, trataremos da natureza principiológica dos direitos fundamentais. Nesse sentido, os direitos fundamentais destacam-se por sua relatividade, exigindo a ponderação no caso concreto. Com isso, é possível compreender a natureza flexível destes, culminando com o surgimento de colisões. Nessa etapa, traremos a teoria de Alexy na diferenciação entre regras e princípios.

Já no capítulo 2, será tratada a teoria dos direitos fundamentais, fazendo-se necessário conceituar o termo segundo a visão de eminentes doutrinadores, como Paulo Bonavides e Canotilho. Será abordada também a evolução histórica desses direitos, a fim de se compreender seu papel nas sociedades modernas. Falaremos das gerações de direitos fundamentais e das suas características específicas. O acúmulo das gerações seguintes com as anteriores faz surgir o a ideia de dimensões de direitos fundamentais. Por fim, tratamos da aplicabilidade imediata destes direitos e como isso reflete nas colisões.

No capítulo 3, por sua vez, abordaremos a colisão entre os direitos fundamentais, à luz dos entendimentos apresentados por importantes estudiosos da área, como Alexy e Steinmetz. Tendo natureza principiológica e, portanto, mais fluida, os direitos fundamentais entram em colisão entre si, sendo necessário determinar o âmbito protegido por cada direito.

Serão apresentados os métodos de resolução desse tipo de conflito, destacando-se o princípio da proporcionalidade, que tem origem na doutrina alemã. É uma ferramenta que ganhou grande notoriedade no direito constitucional brasileiro por ponderar os conflitos levando em conta os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse contexto, será abordado também o princípio da dignidade da pessoa humana, importante norteador de nosso sistema jurídico. Como tal, deve ser sempre considerado quando da ocorrência de colisão entre direitos fundamentais. Trataremos ainda da ação do poder público na solução dos conflitos.

Por fim, no capítulo 4, abordaremos a aplicação do princípio da proporcionalidade na solução do caso concreto. Para isso, será apresentada a jurisprudência na solução de colisões entre direitos fundamentais, sendo discutida a aplicação da doutrina em três casos concretos levados a nossos tribunais.

1 Do Sistema Normativo Constitucional

Para compreender os mecanismos dos conflitos entre normas constitucionais, devemos primeiramente fazer a distinção entre regras e princípios. Importante ressaltar que, conforme expõe Barroso (2003, p. 337), os princípios conquistaram “o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata”. Dessa forma, deles emanam valores humanísticos primordiais para a estrutura e interpretação do Direito.

1.1 Diferença entre Regras e Princípios

O sistema normativo constitucional é composto por regras e princípios. Estes são, portanto, espécies do gênero norma jurídica. Embora seja possível diferenciá-los segundo critérios doutrinários, eles ocupam o mesmo nível hierárquico no ordenamento jurídico e possuem igual força normativa. Assim, não se pode falar em sobreposição de uns em relação aos outros. Pelo contrário, buscam-se a harmonização e a unicidade.

Destacam-se os critérios da abstração ou generalidade e da aplicabilidade, por sua importância para a diferenciação entre regras e princípios. O primeiro considera o grau de abstração, em que princípios são normas de grau de abstração elevado em relação às regras, que possuem grau de abstração mais baixo. De acordo com o critério da aplicabilidade, por sua vez, os princípios carecem de instrumentos que viabilizem sua aplicação, contrapondo-se às regras, as quais possuem aplicação imediata.

Assim, temos princípios como normas de elevado grau de abstração e regras como normas de abstração reduzida, o que levará a diferentes níveis de densidade e poder de concretização. De acordo com as palavras de Barroso (2003, p. 30):

Normalmente as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição.

Desse modo, os princípios admitem uma otimização, dando oportunidade para o estabelecimento de diversas condutas que busquem o melhor escopo e que visem o resultado adequado. Nas palavras de Paulo Bonavides (2006, p. 294), os princípios “são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição”.

Em contrapartida, as regras seguem a forma do tudo ou nada, tendo seu cumprimento já previsto no caso concreto. Sua incidência não pode ser rebaixada ou relativizada, isto é, ou são integralmente aplicadas ou são inválidas.

Nesse sentido, mediações concretizadoras são exigidas na aplicação dos princípios, por se tratarem de normas com sentido amplo. Já as regras podem ser tratadas de maneira mais prática por meio da subsunção, quando da adequação de uma conduta ou fato concreto à norma jurídica.

Citam-se Dworkin e Alexy como destacados doutrinadores no campo da diferenciação entre princípios e regras. Do ponto de vista de Dworkin, ao contrário das regras, os princípios possuem dimensão de peso. Este é verificável no caso concreto, quando da colisão entre princípios, devendo haver preponderância do de maior peso.

Alexy, por sua vez, aprofunda o tema, introduzindo os princípios como mandatos de otimização. Isto é, o dever de que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades normativas e fáticas.

Em 1985, ao tratar do escopo das imperfeições descobertas na doutrina desenvolvida por Dworkin, Robert Alexy expõe um trabalho sobre teoria dos direitos fundamentais. Este ofício referia-se a uma ferramenta ágil na busca da reconstrução dos princípios práticos ao ordenamento jurídico atual, garantindo dessa forma a teoria dos princípios, a principal matéria desenvolvida por Alexy.

Alexy, junto a outros filósofos pós-positivistas, no intuito de conceder uma maior consideração normativa aos princípios, adentrou no núcleo da diferenciação entre regras e princípios. Sua teoria dos princípios leva em conta a conjugação de três teses fundamentais: Tese da Otimização, Lei da Colisão e Lei da Ponderação.

Da Tese da Otimização, segundo Alexy (2008, p. 90) “os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, os quais podem ser cumpridas em diferentes graus e cuja a medida de cumprimento não depende somente de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas”.

Os princípios e regras em colisão elucidam esse conceito jurídico. Assim, Alexy apreciou as regras como definitivas, tendo como fundamento sua distinção tanto progressiva quanto qualitativa. A análise é matéria para compreensão da diferenciação entre estes fenômenos.

As regras não são suscetíveis de ponderação, procura-se a subsunção no caso concreto. Ou seja, o conflito entre regras será extinto invalidando uma delas ou eventualmente se incluindo uma cláusula de exceção como maneira de se resolver um conflito entre regras. Segundo expõe o referido doutrinador (Alexy, 2008, p. 93):

Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.

Em contrapartida, em conflito de princípios, a forma adequada na resolução será a ponderação, decidindo-se pela precessão de um princípio em relação ao outro, levando em consideração o contexto fático do caso concreto. Daí surge a tese da Lei da Colisão (Alexy, 2008, p. 99), que:

(...) reflete o caráter dos princípios como mandamentos de otimização e demonstra que entre os princípios de um sistema jurídico não existem relações de precedência incondicionada ou relações absolutas ou abstratas de precedência, mas apenas relações de precedência condicionada.

A última tese acerca da teoria dos princípios desenvolvida por Alexy, determina uma junção entre princípio da proporcionalidade e a teoria dos princípios, visualizando os haveres fáticos e jurídicos. Assim, torna-se imprescindível a ponderação de princípios em conflito.

Constata-se, portanto, agora tendo como base as palavras de Paulo Bonavides (2006, p. 288), que os princípios, tidos como “valores fundamentais, governam a Constituição, a ordem jurídica. Não são apenas lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”.

Neste contexto, temos que as diferenças entre regras e princípios ficam mais explícitas quando se está diante de uma colisão. Assim, dependendo das espécies de normas jurídicas envolvidas, serão verificados diferentes mecanismos de solução.

Começemos com a hipótese de conflito entre regras. Nesse caso, verifica-se a necessidade de uma cláusula de exceção ou um juízo de validade. Deste modo, o conflito entre regras se resolve no campo da validade, determinando que, sendo uma regra válida, ela deve ser aplicada ao caso concreto. Já no caso de ambas serem válidas, deve-se introduzir uma cláusula de exceção a fim de suprimir o conflito. Apreciemos as palavras de Alexy (2008, p. 88) sobre o assunto:

Se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de dever-ser reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento.

Os métodos hermenêuticos clássicos para realização do juízo de validade funcionam como base para resolução de colisão entre regras. Temos o critério hierárquico, segundo o qual uma regra hierarquicamente superior elimina a regra inferior. Já o critério cronológico determina que a regra posterior predomina sobre a anterior. Por fim, o critério da especialidade diz que a regra especial prevalece sobre a geral.

Note, porém, que os métodos hermenêuticos clássicos não são suficientes para solucionar a colisão entre princípios, sendo necessários métodos de solução distintos. Assim, tomando por hipótese a colisão entre princípios, torna-se necessário harmonizá-los, para que se evite o sacrifício de uns em função de outros. Seguindo essa linha, o Professor Gonet Branco (2002, p. 182) diz que “no conflito entre princípios, deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento por irremediável contradição com o outro”.

Portanto, a colisão entre princípios demanda um juízo de valor, de peso, isto é, de importância, valia. Assim, requer que se utilize da ponderação para sua solução. De outro modo, a colisão entre regras tem como base um juízo de validade apenas,

segundo o qual a validade de uma regra implica em sua aplicação no caso concreto. Segundo os ensinamentos de Ávila (2004, p. 37) temos que:

Havendo colisão entre as regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

1.2 Natureza Principiológica das Direitos Fundamentais

Quando analisamos o caso específico das normas de direitos fundamentais, tema desta monografia, nos deparamos com sua característica flexível e complexa, levando a doutrina a caracterizá-las com princípios. De acordo com as palavras de Vale (2009, p. 129), “o forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios”.

Possuindo natureza principiológica, os direitos fundamentais se destacam por sua relatividade, isto é, não se apresentam com caráter absoluto. Desta forma, em caso de colisão, será necessária a ponderação de interesses. Consoante com esta ideia, temos o posicionamento do próprio STF, segundo o qual não há direitos ou garantias absolutos no sistema constitucional brasileiro.

Essa vertente é reforçada pela obra de Alexandre de Moraes (2003, p. 46), que diz que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade)”.

2 Teoria dos Direitos Fundamentais

A fim de se analisar a colisão entre Direitos Fundamentais, faz-se necessário conceituar o termo, bem como compreender sua evolução histórica desde as primeiras concepções jusnaturalistas. É importante ainda localizar no tempo o surgimento das diversas gerações de Direitos Fundamentais, além de abordar sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Conceituação de Direitos Fundamentais

De modo geral, pode-se entender Direitos Fundamentais como aqueles ligados à condição de pessoa humana, e que estejam positivados em um ordenamento jurídico. Contudo, é difícil estabelecer um conceito absoluto para o termo, visto que há divergências entre os conhecedores do tema em questão. Através da obra de Pérez Luño (1990, p. 48), ilustre jurista espanhol, pode-se apresentar uma definição bastante completa:

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.

É possível expor uma conceituação mais acessível, de acordo com a visão da UNESCO do que seriam Direitos Fundamentais:

[...] considera-se por um lado uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos de poder cometidos pelos órgãos do Estado e, por outro, regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

A dificuldade aumenta quando nos deparamos com as diversas expressões usadas para se referir a este conceito, quais sejam: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais. Desta forma, para estabelecer os limites conceituais, é também importante caracterizar cada um desses termos.

Para tanto, serão utilizadas as concepções de Silva (1991, p. 157). Direitos Naturais tratam de “direitos inerentes a natureza do homem, direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem”. Note que esta acepção ignora a mudança constante da historicidade dos direitos. Direitos Humanos, por sua vez, é o termo usado para se referir aos direitos protegidos no âmbito do direito internacional público. Já os Direitos Individuais são “os direitos do indivíduo isolado”. Por fim, os Direitos Fundamentais do Homem referem-se a “princípio que resumem a concepção do mundo, no nível de direito positivo, com prerrogativas e instituições que se concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.

Neste sentido, constituem-se direitos fundamentais não apenas aqueles expressamente previstos na Carta Política, mas também aqueles que podem ser deduzidos de seu texto. Já os direitos humanos estão positivados em tratados internacionais. Sarlet (2006, p. 35) dissertou sobre o tema:

O termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com documentos de direito internacional por referir-se aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram a validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Os direitos fundamentais historicamente estão na base do Estado de Direito e da Democracia e seus alicerces ideológicos foram objeto de debate por longos anos. São resultado de processos progressivos da evolução humana, com fundamento no Direito Natural. Contudo, começaram a ganhar destaque através do Jusnaturalismo Racional dos séculos XVII e XVIII, por intermédio de suas teorias contratualistas.

No transcorrer do século XVIII, observou-se a atribuição efetiva dos direitos naturais aos cidadãos, contrapondo-se ao poder ilimitado do Estado. Surgiram, assim, renomadas declarações, como a Declaração do Estado da Virgínia, de 1760. Porém, foi após a chegada da Revolução Francesa, em 1789, com a Declaração dos Direitos

do Homem e do Cidadão, que os fundamentos de liberdade, igualdade e fraternidade passaram a se aplicar a todos os cidadãos, independente de fatores sociais e políticos. Sobre o assunto, podemos apreciar as palavras de Paulo Bonavides (2006, p. 516):

Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano.

Estes direitos, que tiveram como embrião a Declaração de 1789, alcançaram a posição de Direitos Fundamentais a partir da sua positivação no ordenamento jurídico, passando a ser tutelados pelo Estado. Assim, torna-se imprescindível atuação estatal no sentido de concretizar os direitos previstos, conforme se posiciona Canotilho (2002, p.372):

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Não basta qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais.

2.2 Dimensões dos Direitos Fundamentais e sua Aplicabilidade

Os direitos fundamentais passaram por inúmeras transformações em relação a sua titularidade, conteúdo, eficácia e efetivação. Neste sentido, historicamente as mudanças atribuídas aos direitos fundamentais levaram a aparição de gerações de direito, com características próprias. Observe que os direitos das gerações seguintes se acumularam aos das gerações anteriores, sendo mais adequado o uso da expressão “Dimensões dos Direitos”. É pacífica a divisão dos direitos em três dimensões, sendo que alguns autores já falam no surgimento de uma quarta dimensão.

Os direitos de primeira geração são aqueles que buscam restringir a atuação do Estado sobre o indivíduo, tendo como valor fonte a liberdade. Foram reconhecidos ao final do século XVIII com o advento da Revolução Francesa. Trata-se de liberdade negativa, com o objetivo de limitar a ingerência da atuação estatal. Como exemplo temos o direito de propriedade, de locomoção e de livre associação.

Os direitos de segunda geração, por sua vez, seriam as liberdades positivas, direitos que envolvem as prestações positivas do Estado aos indivíduos, como políticas e serviços públicos. São as obrigações de fazer algo em prol do indivíduo, tendo como fonte a igualdade e atingindo os direitos econômicos, sociais e culturais. Citam-se os direitos à educação, à saúde e ao trabalho.

Já os direitos de terceira geração alcançam a coletividade, sendo direitos supraindividuais ou transindividuais. São difusos e possuem como valor fonte a fraternidade, tendo como exemplos o direito do consumidor, o direito ao meio ambiente e o direito ao desenvolvimento.

Quanto aos direitos de quarta dimensão, consideremos as palavras de Paulo Bonavides (2006, p. 571):

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Conforme se depreende do Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, §1º, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”. No entanto, em função de seu enunciado e objeto, algumas destas normas precisarão de uma lei regulamentadora para alcançar sua eficácia. Dessa forma, em muitas situações é necessária uma lei que regule a matéria, demandando um complemento para sua aplicabilidade e eficácia. Nesse sentido, dissertou Canotilho (2002, p. 438):

Lembremos, de novo, que se esta ideia de aplicabilidade direta significa uma normatividade qualificada, nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através de entidades legiferantes. Por outras palavras: a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em direitos subjetivos, concretos e definitivos.

Quanto à eficácia das normas constitucionais, podemos classificá-la em eficácia vertical e eficácia horizontal. No primeiro caso, trata-se de proteger os direitos do homem em face dos excessos do Estado. Já no segundo caso, temos os direitos dos indivíduos envolvidos em relações privadas.

3 Colisão entre Direitos Fundamentais

Conforme foi exposto nas seções anteriores, os direitos fundamentais possuem natureza principiológica, o que irá determinar a maneira como abordamos suas colisões. Sendo o conteúdo desses direitos amplo e mutável, tais colisões serão melhor examinadas quando o aplicador do direito se deparar com o caso concreto. De acordo com Andrade (1987, p. 220), “haverá conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta”.

Para nos aprofundarmos no tema, faz-se necessário conceituar a colisão entre direitos fundamentais de modo sistemático. Para tanto, considere-se a visão de Canotilho (2002, p. 1270):

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos.

Assim, a colisão entre direitos fundamentais está amplamente prevista e amparada pela doutrina, fazendo parte da aplicação do direito no caso concreto. Isto acontece porque as normas constitucionais são polimórficas, isto é, sua interpretação pode ser relativizada, e estão dispostas de forma que é possível se deparar com a necessidade de proteger dois ou mais direitos simultaneamente. Esse caráter abrangente do texto constitucional fica melhor explicitado nas palavras de Steinmetz (2001, p. 63):

(...) não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisão *in concreto*.

Destaca-se ainda que existem duas hipóteses para essas colisões. A primeira acontece quando o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outros direitos. Já a segunda trata do choque entre um direito fundamental e outro bem jurídico constitucionalmente protegido.

Independente dos pressupostos usados na solução de tais colisões, sempre haverá a restrição total ou parcial dos valores envolvidos. Isto, por sua vez, dependerá da interpretação do caso concreto e das informações disponibilizadas pelas partes. Note, contudo, que não se verifica prevalência inata e absoluta de um direito sobre outro; o objetivo é buscar a ponderação de interesses. A possibilidade de os direitos fundamentais sofrerem restrições em determinadas circunstâncias, é contemplada pelas palavras de Sarmiento (2006, p.79):

Apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.

Com isso, fica patente que o caráter relativo dos direitos fundamentais sujeita seu exercício a certos limites, os quais estão pautados na busca pela harmonização e ponderação. Reforça-se ainda que, conforme expôs (2003, p. 329), “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”.

Estando diante de um caso de colisão entre direitos fundamentais, é preciso inicialmente determinar se há uma colisão aparente ou autêntica. Estes conceitos, por sua vez, estão amplamente ligados ao âmbito de proteção do direito fundamental. Isto é, torna-se necessário definir se o caso em questão é objeto de proteção da garantia fundamental. Para delimitar o âmbito de proteção de um direito fundamental, tomamos os ensinamentos de Canotilho (2002, p. 1522):

Determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção – âmbito de proteção da norma – e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia sofrem de qualquer restrição

imediatamente estabelecida pela própria constituição – restrição constitucional expressa – ou se a constituição autoriza a lei a restringir esse âmbito de proteção – reserva de lei restritiva.

Assim, usando a concepção de Canotilho, a determinação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais evita situações de colisão ilusória, conhecidas como colisões aparentes. Nestes casos, a interpretação equivocada do caso leva à classificação de um conflito que na realidade inexistente. O que existe na prática é uma avaliação imprecisa do âmbito de proteção. Quando for este o caso, a solução é simples, exigindo que se tutele integralmente o direito afetado. Para maiores esclarecimentos, apresentamos um exemplo clássico de colisão aparente: a divulgação de ideias racistas, gerando colisão aparente entre a liberdade de expressão e o princípio da dignidade humana.

Em contrapartida, temos os casos de colisão autêntica, quando há verdadeira sobreposição entre os âmbitos de proteção dos direitos fundamentais envolvidos. Neste caso, a solução para a colisão é mais complicada, uma vez que a hermenêutica clássica é insuficiente. Conforme leciona Ana Paula Barcelos, tratam-se de “casos difíceis (hard cases), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado”. Neste contexto, faz-se necessário o uso de técnicas de ponderação, com base no princípio da proporcionalidade, evitando-se o sacrifício de um dos direitos. Apreciemos as palavras de Cristóvam (2010) sobre o assunto:

Não se pode aceitar que um princípio reconhecido no ordenamento constitucional possa ser declarado inválido, por que não aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição.

Assim, a Constituição Federal entrevê a heterogeneidade de direitos fundamentais, resultando numa ampla gama colisão entre esses direitos no caso concreto. Entende-se a colisão de direitos fundamentais de duas formas: como colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo.

Segundo Alexy (1998), a colisão somente ocorrerá quando o “o exercício ou a realização do direito fundamental de um dado titular de direito produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro titular”. Para colisões referentes a direitos fundamentais idênticos, o autor padroniza quatro tipos de colisão: direitos liberais de defesa, entre direito de defesa e direito de proteção, entre lados positivos e negativos dos direitos fundamentais e a consideração do lado jurídico e o lado fático de um mesmo direito. De acordo com suas palavras:

No primeiro tipo, tem-se a afetação de idêntico direito de defesa liberal. Exemplo: dois grupos políticos opostos pretendem manifestar-se no mesmo local e horário. No segundo tipo, há a afetação de idêntico direito fundamental, que para um dos titulares é direito de defesa e para outro é direito de proteção. Exemplo: atiradores de elite da polícia pretendem salvar a vida do refém eliminando a vida do seqüestrador. No terceiro tipo, há a colisão de direitos fundamentais idênticos em razão de que podem manifestar-se positiva ou negativamente. Exemplo típico desse caso é a liberdade de crença. Poderá haver, conforme o caso da “decisão sobre o crucifixo”, na qual se debatia a presença do crucifixo nas salas de aula, a colisão entre a liberdade de crença negativa dos não-cristãos e a liberdade positiva dos cristãos. E no quarto tipo, tem-se a dimensão jurídica de um direito que colide com a sua dimensão fática. Como exemplo, a igualdade jurídica que há entre o pobre e o rico no que diz respeito ao não amparo financiamento estatal de custas judiciais e honorários do advogado, e a igualdade fática, em que há uma desigualdade no tratamento do pobre em relação ao rico.

Em contrapartida, pode haver colisão entre direitos diversos, como a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação e a intimidade, a vida privada. Há ainda o caso de colisão entre direitos individuais e os interesses coletivos da comunidade. Nesse sentido, Alexy (1998) disserta que “os bens não se apresentam apenas como adversários dos direitos individuais. Eles podem também significar o pressuposto ou meio de relação desses direitos”. Como exemplo desses bens coletivos, protegidos pela Constituição, temos a saúde pública e o patrimônio cultural. As palavras de Alexy elucidam o assunto:

O dever do Estado de proteger seu cidadão obriga-o a desenvolver a proteção desse bem. Isto, todavia, não é possível sem a intervenção no direito de liberdade daqueles que podem afetar ou ameaçar a segurança pública.

O princípio da proporcionalidade e sua aplicação na ponderação de interesses serão discutidos na seção que se segue.

3.1 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem suas origens na doutrina alemã e seu uso foi incorporado ao sistema constitucional brasileiro como ferramenta capaz de solucionar colisões entre normas de direitos fundamentais. Estas, por não possuírem caráter absoluto, podem ser restringidas e interpretadas com a função de preservar outro direito fundamental. Conforme disserta Araújo (2006, p. 11):

O conceito de proporcionalidade como termo técnico jurídico no Direito Alemão foi utilizado pela primeira vez em 1802, por Von Berg, cujas idéias só bem mais tarde, cerca de um século depois, foram impostas de forma efetiva no campo do Direito de Polícia, por obra do superior tribunal administrativo da Prússia. Cumpre ressaltar acerca da jurisprudência constitucional da Alemanha, onde muito cedo, sedimentou-se o entendimento de que a proporcionalidade consubstancia relevante meio de controle estatal, visando à observância e concretização dos direitos fundamentais do cidadão.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso LIV, trata da garantia do devido processo legal, de forma que o princípio da proporcionalidade fica implicitamente disposto. Trata-se, pois, de uma ferramenta de operacionalização do método da ponderação, que ganhou grande relevância no direito constitucional por caracterizar limites e propor formas de solução entre colisões. Este princípio traz consigo a essência da ponderação igualitária e harmoniosa, na busca por uma proposta justa quando da colisão entre direitos fundamentais. Nas palavras de Sarlet (2006, p. 127), temos que:

[...] cuida-se de processo de ponderação no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre o outro, mas sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas.

Ressalta-se que todas as circunstâncias envolvendo colisão de direitos fundamentais são de difícil solução, sendo a ponderação o melhor caminho a ser seguido. Conforme expõe Sarmiento (2006, p. 187), “o emprego do princípio da proporcionalidade busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro”.

Ao analisar o caso concreto, a doutrina tem adotado três dimensões ou subprincípios do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ao se ponderar os limites dos direitos envolvidos, devem se fazer presentes esses três subprincípios.

O princípio da adequação considera que as medidas restritivas devem ser apropriadas para se alcançar a finalidade pretendida. Para tanto, deve-se usar o meio mais apto e pertinente. O princípio da necessidade, também denominado princípio da exigibilidade, determina que a solução tomada deve ser aquela que causa menos prejuízos aos envolvidos. Assim, a medida restritiva deve ser realmente imprescindível, não havendo outro meio menos gravoso. Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito prevê uma solução satisfatória dentro do contexto, em que os prejuízos decorrentes da decisão sejam menos significativos que os benefícios resultantes. Em outras palavras, trata-se de ponderar interesses, analisando o custo-benefício.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade desponta como importante abordagem das colisões de direitos fundamentais, ao atribuir racionalidade e coerência ao seu tratamento. O aplicador do Direito deve, portanto, atribuir um peso específico a cada direito conflitante no contexto do caso concreto, permitindo a realização da ponderação de interesses. Steinmez (2001, p. 69) discorre sobre a importância do princípio da proporcionalidade nestes casos:

As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis e duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem são

direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige sobre tudo a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação jus fundamental.

Assim, após se constatar a existência da colisão autêntica, prossegue-se com a ponderação, levando em conta o subprincípio da proporcionalidade estrita. São atribuídos pesos aos direitos conflitantes, de forma que se possa decidir a intensidade dessas normas no caso concreto. É importante que o julgador diferencie o peso genérico atribuído pela ordem constitucional do peso específico associado ao caso concreto. Dessa forma, o grau de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso atribuído. Nesse contexto, Sarmento (2006, p. 239) ressalta que “as restrições devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”.

Note, entretanto, que a prática da ponderação não é absoluta em relação aos direitos fundamentais. Isto porque é necessário levar em consideração o que se considera como núcleo essencial dos direitos fundamentais. Este seria, segundo Sarmento (2006, p. 111), “o conteúdo mínimo do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito”.

Pode-se abordar o tema do núcleo essencial dos direitos fundamentais sob a ótica absoluta ou relativa. A teoria absoluta considera que o conteúdo essencial é determinado em abstrato, não havendo possibilidade de transpor seus limites. Já a teoria relativa prevê que o caso concreto é determinante para se delimitar o núcleo essencial.

Observe que a teoria absoluta pode levar a restrições totais dos direitos, o que a torna menos adequada para abordagem dos conflitos. Assim, a teoria relativa é mais apropriada pois, como leciona Sarmento (2006, p. 113), é “a que mais se adapta à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais completas”.

3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Conforme leciona Novelino (2008, p. 248), “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro, constitui-se no valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais”. Daí decorre sua relevância no estudo da colisão entre direitos fundamentais e sua respectiva solução por meio da ponderação de interesses. Isto é, na solução do caso concreto, o aplicador do direito tem que estar pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A grande importância desse princípio reside em sua previsão no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Nesse sentido, está também explícito, no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Para compreendermos a essência desse princípio, nos pautemos nas palavras de Farias (2000, p. 63):

O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual.

Assim, temos que se trata de um princípio norteador do sistema constitucional brasileiro, produzindo efeito em todo o ordenamento jurídico. Ainda de acordo com Farias, a dignidade da pessoa humana seria “a fonte jurídico-administrativa dos direitos fundamentais, o princípio que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais”. Observe que a aplicação deste princípio abarca não somente a abstenção de interferências do Estado, mas também sua influência através de prestações positivas. Desse modo, tal princípio direciona a garantia ao mínimo necessário à sobrevivência digna.

No que diz respeito às colisões entre direitos fundamentais, a aplicação do princípio da proporcionalidade deve produzir resultados coerentes com o princípio da dignidade da pessoa humana. Este deve, portanto, orientar a aplicação da ponderação de interesses, como fica claro nas lições de Sarmento (2006, p. 145): “a

ponderação deve sempre orientar no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que estejam a ordem constitucional vigente”

Ressalta-se, dessa forma, que todos os métodos hermenêuticos, incluindo a ponderação, devem se pautar à luz dos desdobramentos previstos pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

3.3 Ação do Poder Público quando da Colisão entre Direitos Fundamentais

Aprofundando no tema de colisão entre direitos fundamentais, prossegue-se com a exposição das competências para solução de conflitos. Assim, no caso concreto de colisão entre direitos fundamentais, o Poder Judiciário poderá ser acionado, interferindo em questões das mais variadas naturezas. Segundo Steinmez (2001, p. 170), o Poder Judiciário é o mais atuante, devido às seguintes razões:

Primeiro, porque, em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao Poder Judiciário compete pronunciar-se sobre qualquer questão, bastando que se invoque a sua apreciação por meio de mecanismos processuais adequados, sendo-lhe, ainda, vedado o non liquet. Segundo, porque a colisão se dá em concreto. Terceiro por mais hipóteses de colisão que possam prever, em abstrato, os legisladores constituinte e ordinário jamais poderão oferecer uma enumeração completa.

No entanto, pode também o Poder Legislativo atuar prevendo métodos para possíveis colisões. Trata-se da previsão, em abstrato, de choque que possivelmente ocorrerá no caso concreto. Neste contexto, cabe ao Poder Legislativo antever soluções e registrá-las no aparato legal. Assim orienta Zavascki (1995, p. 28) quanto à busca da harmonização pelo Poder Legislativo:

(...) a intervenção do legislador ordinário, disciplinado o processo cautelar, as medidas cautelares e suas liminares, representa na via legislativa destinada a propiciar a convivência mais harmônica possível dos direitos constitucionais dos litigantes, propiciando alternativas para a resolução das eventuais colisões.

Observe que o legislador é incapaz de prever as inúmeras possibilidades de colisão, o que reforça a importância do Poder Judiciário na solução do conflito no caso concreto.

Por fim, é relevante ressaltar que o Poder Executivo não está autorizado a propor regras para a solução de colisões entre direitos fundamentais. Assim, seus atos normativos não podem ser instrumento de previsão de soluções, nem em abstrato, nem no caso concreto. Canotilho (2002, p. 1274) trata do assunto:

Note-se que esse juízo de ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efetuar-se logo a nível legislativo (por exemplo: o legislador exclui a ilicitude da interrupção da gravidez em caso de violação) como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto (ex: o juiz adia a discussão de julgamento perante as informações médicas da eminência de enfarte na pessoa do acusado). O poder executivo está excluído.

4 Jurisprudência na Solução de Colisões entre Direitos Fundamentais

Nesta seção, serão analisados três casos de posicionamento jurisprudencial quando da ocorrência de colisão entre direitos fundamentais. A partir deles, é possível compreender a aplicação da doutrina no caso concreto.

4.1 Caso 1: Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade

Processo: ADI-MC 3540 DF

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

“MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) [...] A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO

AMBIENTE [...] A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA [...]"

CF/88, Art. 1º, IV

"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;"

CF/88, Art. 3º, II

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

II - garantir o desenvolvimento nacional;"

CF, Art. 170, VI

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;"

CF/88, ART. 225, § 1º, III

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão

permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;”

Nesse processo o STF analisa a possibilidade de a administração pública autorizar, licenciar ou permitir atividades econômicas nos espaços protegidos, desde que cumpridas as exigências legais. Verifica-se conflito entre as sucessivas gerações dos direitos da pessoa humana a um meio ambiente equilibrado (CF, Art. 170, VI e Art. 225) e os direitos a livre iniciativa econômica (CF, Art. 1º, IV e Art. 3º, II).

O pertinente juízo arbitrado pelo STF considera os alcances da coletividade, atestando um meio ambiente ecologicamente estável. Assim, o tribunal optou por preservar o direito difuso a qualidade de vida e ao meio ambiente, em contraposição ao direito fundamental à livre atividade econômica.

4.2 Caso 2: Exame de DNA forçado em investigação de paternidade

Processo: HC 71373 RS

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.”

CF/88, Art. 1º, III

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;”

CF/88, Art. 227, caput

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

O presente caso trata da realização de exame de sangue forçado em investigação de paternidade. O processo foi levado a apreciação pelo STF, que analisou a colisão entre o direito a integridade física (CF, Art. 1º, III) e o direito ao conhecimento da paternidade (CF, Art. 227).

Neste processo, o suposto pai negou o fornecimento de sangue para realização do exame, sendo determinado por ordem judicial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a execução obrigatória. Posteriormente, foi impetrado Habeas Corpus junto ao STF, que, após longas discussões, concedeu o HC ao suposto pai, firmando a jurisprudência acima verificada. De acordo com o posicionamento do STF, prevaleceu o direito a integridade física do pai, posto que a prova judicial poderia ser obtida por outros meios.

Assim, há prevalência da integridade física sobre a necessidade de realização de prova judicial. Observe, porém, que alguns consideraram a decisão do tribunal equivocada, uma vez que seria pequeno o sacrifício imposto ao pai defronte ao direito da criança em conhecer sua paternidade. No entanto, o entendimento geral é de que foi julgada a necessidade de forçar um ser humano a predispor de sua integridade física para produzir prova judicial.

4.3 Caso 3: Exigência de certidão de antecedentes criminais

Processo: Agravo de Instrumento Nº. 70006884647

Órgão Julgador: Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul TJ-MS

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXISTA. APENADO EM LIVRAMENTO CONDICIONAL. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE

ANTECEDENTES. Legalidade da exigência pela autoridade municipal de certidão de antecedentes criminais para verificação da natureza do crime pelo qual o apenado em livramento condicional foi condenado. Aplicação do art. 329 do CTB que se justifica no caso concreto para proteção do interesse público dos usuários de táxi. Colisão de direitos fundamentais (direito ao trabalho lícito do apenado em livramento condicional e proteção da segurança dos usuários de táxi). DECISÃO REFORMADA. AGRAVO PROVIDO POR MAIORIA. VOTO VENCIDO DO RELATOR. (Agravado de Instrumento Nº. 70006884647, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 25/09/2003). Legalidade da exigência pela autoridade municipal de certidão de antecedentes criminais para verificação da natureza do crime pelo qual o apenado em livramento condicional foi condenado. Aplicação do art. 329 do CTB que se justifica no caso concreto para proteção do interesse público dos usuários de táxi.”

CF/88, Art. 6º

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

CTB, Art. 329

“Art. 329. Os condutores dos veículos de que tratam os arts. 135 e 136, para exercerem suas atividades, deverão apresentar, previamente, certidão negativa do registro de distribuição criminal relativamente aos crimes de homicídio, roubo, estupro e corrupção de menores, renovável a cada cinco anos, junto ao órgão responsável pela respectiva concessão ou autorização.”

Neste caso temos colisão entre o direito ao trabalho lícito do apenado em livramento condicional (CF, Art. 6º) e o direito a proteção da segurança dos usuários de táxi (CTB, Art. 329). Em questão temos a legalidade da exigência de certidão de antecedentes criminais para verificação da natureza do crime do apenado em livramento condicional.

De acordo com o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, o interesse público na reabilitação do apenado deve se antepor à regra que exige a apresentação de certidão negativa criminal perante o órgão de trânsito. É patente que tal determinação

somente agravará a condição de ex-detento, com grande possibilidade de retorno à esfera criminosa. Assim, prevalece a necessidade de reintegração do apenado através do trabalho lícito.

Conclusão

O trabalho apresentado tratou da importância dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, tendo sido abordada sua natureza principiológica. Foi abordada a distinção entre regras e princípios trazida por Alexy, considerando a expressiva relevância deste doutrinador para a determinação da natureza dos direitos fundamentais.

Os princípios se distinguem das regras por terem uma essência mais fluida. Devido a este caráter mais abstrato, e por sua aplicação imediata, o aplicador do direito depara-se com situação de colisão entre direitos fundamentais. Isso ocorre quando há superposição dos âmbitos protegidos por dois ou mais direitos fundamentais.

Note que não há hierarquia entre os direitos fundamentais, em razão do princípio da unidade constitucional. Por serem relativos e não possuírem interpretação absoluta, faz-se necessária uma doutrina específica para solução desses conflitos. Tendo como origem o direito germânico, o princípio da proporcionalidade é uma valiosa ferramenta para a ponderação de interesses nesses casos. De fato, Alexy prova em sua obra que não é possível haver subsunção de uma norma em relação a outra.

O princípio da proporcionalidade leva em conta os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que devem ser aplicados em conjunta. Para realizar a correta atribuição de pesos, é necessário consolidar uma esfera de proteção para cada direito. Isto é, é preciso determinar a núcleo essencial dos direitos fundamentais envolvidos.

Caso a colisão seja apenas aparente, tutela-se o direito fundamental protegido, limitando o prejuízo do outro. Por outro lado, se a colisão for autêntica, procede-se à aplicação do princípio da proporcionalidade, utilizando seus subprincípios.

Por fim, há que se frisar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, que deve nortear a solução das colisões. Ressalta-se ainda que as ferramentas apresentadas devem ser interpretadas junto ao caso concreto, que irá direcionar sua aplicação.

Assim, o presente trabalho buscou fundamentar o entendimento dos direitos fundamentais, a fim de tratar da colisão entre eles, inerente ao Estado Democrático de Direito. Adentrou-se na problemática do método a ser utilizado pelo aplicador do

direito nesses casos, sendo o princípio da proporcionalidade o mais adequado, frente à impossibilidade de usar a hermenêutica clássica. Abordou-se, então, a atribuição de pesos segundo seus subprincípios, ficando subordinado ao caso concreto. Nesse contexto, o princípio da dignidade foi tratado, segundo a visão de importantes doutrinadores, como importante norteador. Isto é, as decisões alcançadas usando os métodos descritos devem ser coerentes com este princípio.

Referências Bibliográficas

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

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Ed. Almedina, 1987.

ARAGÃO, João Carlos M. *Choque entre direitos fundamentais*. Brasília: a.48 n. 189. Jan./Mar. 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Org. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In MENDES, Gilmar Ferreira; et. al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro de 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3540 / DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 01 de setembro de 2005. Diário da Justiça, Brasília, p. 00014, 03 fev. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 71.373/RS. Brasília, DF, 22 de novembro de 1996. Lex: Diário da Justiça da União, DJU.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *A resolução das colisões entre princípios constitucionais*. 2010.

DA HORA, Carolina Prado. A resolução dos conflitos de direitos fundamentais. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7635>

FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e A Imagem versus A Liberdade de Expressão*. 2ª ed, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

LOPES, Lorena D. Santos. Colisão entre direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>

LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Los Derechos fundamentales*. Madri: Tecnos, 2004.

MATO GROSSO DO SUL. TJ-MS - Apelação : APL 08000935620118120026 MS 0800093-56.2011.8.12.0026 • Inteiro Teor, Disponível em < <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128101481/apelacao-apl-8000935620118120026-ms-0800093-5620118120026/inteiro-teor-128101488>>

MORAIS, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método. 2008.

PACHECO, Eliana Descovi. *Colisão entre direitos fundamentais e formas de solucionar a questão juridicamente*. Disponível em < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4228%3E>

RODRIGUES, Arthur M. Ramos. *A colisão entre direitos fundamentais*. Disponível em < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_amos_rodrigues.pdf>

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Ed. Livraria do advogado, Porto Alegre, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7ª ed, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1991.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela e a Colisão de Direitos Fundamentais*. Ajuris, Porto Alegre, V. XXII, nº. 64, julho de 1995.