

COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: RESOLUÇÃO MEDIANTE O EMPREGO DAS TÉCNICAS HERMENÊUTICAS DA PONDERAÇÃO, DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA E DA HIERARQUIZAÇÃO AXIOLÓGICA, DE ACORDO COM O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE

*Odoné Serrano JÚNIOR**

Sumário: 1. Direitos fundamentais: noções introdutórias; 2. Principais características dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988; 2.1. Revelação hermenêutica a partir do Texto Constitucional e dos Tratados de Direitos Humanos a ele incorporados; 2.2. Força normativa potencializada; 2.2.1. Não-sujeição à abolição ou a retrocessos (art. 60, § 4º, IV, da Constituição); 2.2.2. Aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição), sendo a intensidade ou amplitude da eficácia de cada direito fundamental em um caso concreto definida como uma questão de colisão entre direitos a ser resolvida mediante o emprego das técnicas hermenêuticas da ponderação, da concordância prática e da hierarquização axiológica, guiadas pelos critérios da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia; 3. Solução de conflitos normativos aparentes envolvendo direitos fundamentais; 3.1. Os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade; 3.2. O critério da proporcionalidade; Referências bibliográfica

Resumo: Este artigo pretende tratar as técnicas de resolução dos conflitos entre direitos fundamentais, principalmente das técnicas hermenêuticas da ponderação e da hierarquização axiológica, de acordo com o critério da proporcionalidade.

Abstract: This article intends to address the techniques for resolving conflicts between fundamental rights, especially the hermeneutics techniques weighting and axiological ranking, according to the criterion of proportionality.

Palavras-chave: direitos fundamentais; colisão; resolução de conflitos

* Promotor de Justiça. Mestre em Ciência Jurídica pela FUNDINOPI.

Keywords: fundamental rights; collision; resolution of conflicts

1. Direitos fundamentais: noções introdutórias

Os direitos fundamentais são aqueles considerados pela ordem jurídica constitucional como imprescindíveis à proteção da dignidade da pessoa humana e, por isso, mercedores de prioritária tutela, além de estarem na condição de base do ordenamento jurídico pátrio.

O sistema de direitos fundamentais assenta-se na proteção da dignidade humana¹, que é um valor que, uma vez elevado à categoria de princípio fundamental da República do Brasil (preâmbulo, artigo 1º, III, do artigo 3º e do artigo 4º, II, da Carta de 1988), garante unidade axiológica ao nosso ordenamento jurídico.

De ser a proteção à dignidade humana a base do sistema de direitos fundamentais vem a imposição de que, em toda e qualquer decisão que envolva direitos fundamentais, a escolha recaia sobre a versão interpretativa que melhor atenda a proteção da dignidade da pessoa humana, pois esta é a única resposta correta para o problema jurídico concreto. Há um dever de agir neste sentido. Assim, se a decisão não é a que melhor protege a dignidade da pessoa humana, ela não é válida, pois padece da mácula da inconstitucionalidade.

No que se refere às suas funções, os direitos fundamentais têm natureza pluridimensional, já que o atendimento das necessidades de proteção à dignidade humana pode importar em exigências múltiplas: de não-intervenção em esferas de liberdade que compõem a vida privada; de omissão de comportamentos lesivos; de comportamentos ativos, como o fornecimento de prestações materiais ou jurídicas ou a criação e manutenção de organizações e procedimentos acessíveis e resolutivos para proteção de bens jurídicos.

2. Principais características dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

O processo constituinte de 1986 a 1988, como marco de ruptura com o período ditatorial militar iniciado em 1964, sofreu grande influência das Constituições européias do segundo pós-guerra, principalmente do constitucionalismo alemão (Constituição de Weimar de 1919 e Lei Fundamental

¹ Na definição de Ingo Wolfgang SARLET (in Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60), dignidade da pessoa humana é: “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da com[unidade], implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comum com os demais seres humanos”.

de Bonn de 1949), bem como resgatou o perfil da segunda Constituição Republicana de 1934, fazendo renascer no Brasil um Estado Democrático de Direito preocupado com a Justiça Social.²

A Constituição da República do Brasil de 05 de outubro de 1988 revela a opção do povo brasileiro pela proteção da dignidade da pessoa humana, incumbido o Estado desta finalidade, zelando por sua observância quer no âmbito do direito público, quer nas relações jurídicas privadas.

A compreensão dos direitos fundamentais no contexto da Constituição Brasileira de 1988 demanda a análise das seguintes características.

2.1. Revelação hermenêutica a partir do Texto Constitucional e dos Tratados de Direitos Humanos a ele incorporados

No Brasil, os direitos fundamentais revelam-se por intermédio da hermenêutica, entendida como o processo de interpretação-aplicação-do-Direito para resolver casos práticos, como normas constitucionais, da mais alta hierarquia normativa do ordenamento jurídico nacional.³ Nesta leitura, o intérprete-aplicador-do-Direito buscará o embasamento da proteção aos direitos fundamentais nas disposições que constam do texto da Carta Magna, em uma leitura sistemática e coerente com o regime e os princípios por ela adotados (§ 2º do artigo 5º).

Além das emendas constitucionais, outra forma de acrescentar direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro ocorre pela incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos. Por força do disposto no § 2º, *in fine*, do artigo 5º da Constituição de 1988, há incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil seja parte. Os direitos humanos são universais porque inerentes à condição humana, de modo que peculiaridades locais ou ocasionais não têm o condão de afastar o dever de respeito e promoção destes direitos, o que se reflete no plano do Direito Internacional, mediante a previsão da proteção destes direitos em vários documentos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, a

² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 331-336.

³ ROTHEMBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional n. 30, p. 146-158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.149-150. Wilson STEINMETZ (in A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 93) destaca que: "Ao longo de sua afirmação histórica e jurídica na modernidade, os direitos, progressivamente, ampliaram-se. Na modernidade, há três fases: (i) a da positivação, identificada na conversão de direitos havidos como naturais em direitos positivos; (ii) a da generalização, materializada com o advento do Estado Social de Direito (lembre-se que, inicialmente, o Estado Liberal de Direito não incorporava os interesses da maioria da população e os direitos civis e políticos eram direitos das classes proprietárias); e, por fim, (iii) na segunda metade do século XX, há o processo de internacionalização dos direitos fundamentais. É a atual fase do seu devenir histórico, inaugurada com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948." Para aprofundar, ver COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo, Saraiva, 1999.

Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica de 1969, entre outros. Também se percebe uma crescente internacionalização dos meios de proteção destes direitos, por meio da instituição de tribunais com jurisdição internacional, como a Corte de Haia, Corte de Estrasburgo, Corte de São José da Costa Rica⁴. Neste contexto, se percebe como foi importante a previsão do §2º do artigo 5º da Constituição de 1988, de que os tratados internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil faça parte incorporam-se automaticamente ao nosso ordenamento jurídico interno, com força hierárquica de normas constitucionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é muito rica na previsão (explícita ou implícita) de direitos fundamentais. O Texto Magno, ao adotar os princípios republicanos e o modelo de Estado Democrático e Social de Direito, oferece material jurídico suficiente para fundamentar a proteção dos direitos fundamentais dos mais diversos matizes, de modo que, na grandiosa maioria dos casos, a Carta de 1988 é bastante em si mesma para dar embasamento à proteção adequada aos direitos fundamentais. Ainda assim, o poder constituinte previu a incorporação à Carta Maior dos tratados internacionais sobre direitos humanos, seguindo a linha de proteção potencializada a dignidade da pessoa humana.

Equívocadamente, o Supremo Tribunal Federal, inicialmente, encampou o entendimento de que os tratados a respeito dos direitos humanos, uma vez incorporados à ordem jurídica interna, equiparavam-se às leis ordinárias.⁵ Este posicionamento recebeu muitas críticas porque desconsiderou que há uma diferença essencial entre os tratados internacionais sobre direitos humanos e os demais tratados internacionais: enquanto estes procuram assegurar, por meio da reciprocidade, as prerrogativas dos Estados signatários, aqueles visam à proteção da dignidade dos seres humanos em qualquer lugar do Mundo.⁶

Buscando corrigir o equívoco de interpretação do Pretório Excelso, o Congresso Nacional, com a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, introduziu no artigo 5º o § 3º por meio do qual explicitou que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil faça parte, uma vez aprovados pelo Congresso Nacional, serão recepcionados no ordenamento jurídico pátrio com força de normas constitucionais⁷.

⁴ ROTHEMBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional n. 30, p. 146-158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 147-148.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações privadas. In: Revista Jurídica n. 341. Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, março de 2006, p. 23.

⁶ Em brilhante argumentação, Flávia PIOVESAN (in Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 96), asseverou que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes a natureza de norma constitucional. Este tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam caráter especial que os distingue dos tratados internacionais comuns, na medida em que não buscam simplesmente o equilíbrio e a reciprocidade entre os Estados signatários, mas objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.

Por fim, temos que a revelação de normas constitucionais sobre direitos fundamentais também pode se dar mediante atualização hermenêutica que reconhece novos conteúdos e funções para alguns direitos já tradicionais. Como afirmou brilhantemente Paulo Bonavides “os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições Democráticas”.⁸ A atualização hermenêutica oxigena a proteção aos direitos fundamentais, a exemplo do que está acontecendo com a proteção da liberdade, da igualdade, da vida, da intimidade e de outros valores essenciais à dignidade da pessoa humana, revitalizada em face de novas agressões decorrentes dos avanços tecnológicos.

Consoante destaca Miguel Reale, muitas vezes “as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei a um *novo espírito*, a uma imprevista *ratio juris*. Tais alterações na semântica normativa podem resultar: a) do impacto de *valorações* novas, ou de mutações imprevistas na hierarquia dos valores dominantes; b) da superveniência de *atos* que venham modificar para mais ou para menos os *dados* da incidência normativa; c) da intercorrência de outras normas, que não revogam propriamente uma regra em vigor, mas interferem no seu campo ou linha de interpretação; d) da conjugação de dois ou até mesmo dos três fatores acima discriminados”.⁹ A atualização hermenêutica ocorre porque o Direito precisa acompanhar os progressos e dar respostas adequadas para novos problemas que surgem, *verbi gratia*, com o crescente controle dos indivíduos por meio dos recursos de informática, como os bancos de dados, as redes de computadores, os registros informatizados de compra com cartão de crédito; com as novas técnicas de investigação criminal, como a interceptação telefônica, a quebra de sigilo bancário e de correspondência; com os avanços científicos que trazem novas questões

⁷ Este dispositivo tem a seguinte redação: “Os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Gustavo TEPEDINO, em A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações privadas. In: Revista Jurídica n. 341. Porto Alegre: Notadez/ Fonte do Direito, março de 2006, p. 24-25, entende que com o § 3º do artigo 5º, foram criadas duas espécies de tratados internacionais sobre direitos humanos: 1) aqueles que foram aprovados com o quorum qualificado, verdadeiras normas constitucionais, ingressando no ordenamento pátrio como cláusula pétrea, inserido no rol das garantias fundamentais e 2) os demais, simplesmente promulgados e revogados por simples atos do Executivo e meramente referendados pelo Congresso, que são equiparados à legislação ordinária, conforme o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal. Fabio Konder COMPARATO (in Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das letras, 2006, p. 622-623) entender ser claramente anti-republicano o procedimento atual de submissão dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos à exigência tradicional de serem submetidos à ratificação parlamentar, depois de assinados pelos representantes diplomáticos dos Estados pactuantes, mormente se votados no seio de uma organização internacional como a ONU, na qual prevalece o princípio do quorum deliberativo majoritário. O ingresso do Estado na organização internacional já foi objeto de ratificação pelo seu parlamento ou órgão equivalente, o que implicou na aceitação das regras constitutivas da organização internacional. Da mesma forma, é inconciliável com o princípio republicano deixar de atribuir eficácia imediata às normas constitucionais sobre direitos e garantias fundamentais ou recusar a atribuição de nível constitucional às normas de tratados internacionais de direitos humanos.

⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 340.

⁹ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 566-567.

jurídicas, como a recente controvérsia em torno das novas técnicas de fecundação artificial, da utilização em pesquisas de células-tronco embrionárias, das cirurgias de mudança de sexo ou da fabricação de “clones humanos”¹⁰. As respostas jurídicas a estas novas demandas não dependem da edição de diplomas legais específicos, nem de emendas constitucionais, podendo ser efetuadas pelo intérprete-aplicador-Direito mediante atualização dos sentidos atribuídos aos textos normativos já disponíveis no ordenamento jurídico.

2.2. Força normativa potencializada

Os direitos fundamentais, por serem essenciais e indispensáveis à proteção da dignidade humana, constituem a base lógica e axiológica do ordenamento jurídico brasileiro. Por isto, eles possuem *status* jurídico que privilegia sua proteção e eficácia¹¹. Significa dizer que o regime jurídico a que estão sujeitos busca conferir, na prática, um maior grau de proteção e efetivação. São fundamentais e, justamente por isso, merecedores de prioritário respeito tanto pelos particulares como também pelo Poder Público.

Contudente manifestação do *status* jurídico privilegiado dos direitos fundamentais é estarem eles entre os princípios constitucionais sensíveis, autorizando a medida extrema de intervenção da União em um Estado ou no Distrito Federal para “assegurar a observância” dos “direitos da pessoa humana” (artigo 34, VII, “b”, da Constituição da República).

Em razão de sua força normativa potencializada, a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana, que emerge das normas decorrentes do preâmbulo da Carta Magna, bem como do artigo 1º, III, artigo 3º, III e artigo 5º, §§ 1º e 2º, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, atua no plano da hermenêutica para condicionar e conformar todo o tecido normativo.¹²

Tem-se que os direitos fundamentais ocupam posição preferencial, como expressamente se verifica da análise do artigo 5º, § 1º e do artigo 60, § 4º, IV, da Carta de 1988, por força do que todos devem respeitá-los, tratá-los a sério. Muito a sério. O intérprete-aplicador-do-Direito está inexoravelmente vinculado ao dever de tutela e promoção da pessoa humana, não podendo nunca, frustrá-lo em sua atividade de solucionar questões jurídicas. Enfim, a tutela prioritária dos direitos fundamentais decorre de eles representam os valores que fundam e justificam a existência do Direito e do Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 55-60.

¹¹ MARTINS NETO, João dos Passos. Direitos fundamentais: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 79.

¹² TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações privadas. In: Revista Jurídica n. 341. Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, março de 2006, p. 25-26.

substancial da democracia. Disso se infere um imperativo básico: o Direito brasileiro existe para tutelar os direitos fundamentais.¹³

2.2.1. Não-sujeição à abolição ou a retrocessos (art. 60, § 4º, IV, da Constituição)

Como os direitos fundamentais protegem bens jurídicos sem os quais haverá comprometimento do valor supremo que é a dignidade humana, eles jamais poderão ser suprimidos. Esta intangibilidade decorre de os direitos fundamentais estarem resguardados sob o estatuto das cláusulas pétreas, conforme artigo 60, § 4º, IV, da Constituição do Brasil, que invalida qualquer proposta de emenda constitucional tendente a aboli-los. Com efeito, os direitos fundamentais podem ser identificados como “direitos pétreos”, tendo essa proteção na medida em que são preordenados à realização concreta do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁴ Pelos mesmos motivos eles não se sujeitam a retrocessos ou a abolição.¹⁵

Nesta linha, a irrevogabilidade dos direitos fundamentais constitui elemento essencial da democracia na medida em que salvaguarda os indivíduos e as minorias, na medida em que impede que o critério da maioria converta-se num princípio absoluto, equacionando a função legitimadora da soberania popular. A maioria fundante (constituente), que decidiu pela proteção incondicionada da dignidade humana, sempre prevalece sobre eventuais maiorias parlamentares.

Oscar Vilhena Vieira aborda a questão enquanto teoria das cláusulas constitucionais intangíveis, isto é, das cláusulas pétreas, salientando que o constitucionalismo não é uma simples limitação à regra da maioria, mas tem um caráter positivo e promocional da democracia. O Estado democrático-constitucional tem historicamente articulado a convivência de um Direito co pretensão de legitimidade e um poder coercitivo que garante respaldo a esse Direito, ao mesmo tempo em que este poder coercitivo é domesticado pelo Direito. A finalidade das cláusulas pétreas é que o processo de emancipação humana, que o

¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. Sistema de investigação preliminar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 14.

¹⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. Direitos fundamentais: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 77-94.

¹⁵ Lenio Luiz STRECK (in Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 120) traz o exemplo de manifestação da intangibilidade dos direitos fundamentais com a decisão proferida no acórdão 38/84 do Tribunal Constitucional Português que anulou lei que representava retrocesso no direito à saúde dos cidadãos portugueses, mediante a aplicação do princípio da “proibição do retrocesso social”, que é uma herança do Bundesverfassungsgericht – Tribunal Constitucional Alemão, segundo o qual: “A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.

constitucionalismo democrático vem realizando, possa ser preservado e expandido ao longo do tempo; é proteger que as condições fundamentais para a preservação da dignidade e da autonomia pública e privada dos cidadãos não sucumbam em face de eventuais maiorias qualificadas “seduzidas pelo canto de morte das sereias”. Assim sendo, as cláusulas pétreas não são antidemocráticas, mas instrumentos legítimos e habilitadores da democracia, como meio de realização dos direitos humanos fundamentais. Por isso, na correta visão deste autor, devem ser legitimamente subtraídos ao poder de reforma da Constituição: 1) os direitos que conferem autonomia privada a cada indivíduo, como a liberdade de pensamento e de crença, a liberdade de locomoção, a integridade física e mental, bem como as garantias necessárias para que essas liberdades sejam preservadas; 2) a instituição do Estado de Direito, garantindo o princípio da legalidade, que significa que as regras devem ser gerais, públicas, concernentes ao futuro, e aplicadas de forma congruente, o que exige que o Estado seja organizado com base no princípio da separação dos Poderes, pelo qual o Legislativo democraticamente eleito produza as regras gerais, o Executivo as implemente, numa atividade *sub legem*, e o Judiciário, de forma independente, possa obstaculizar as violações a direitos, de modo a consolidar um governo das leis; 3) um rol de direitos essenciais para que a igualdade e a dignidade dos cidadãos, enquanto seres racionais e autônomos, sejam mantidas, como os direitos de participação na tomadas de decisões públicas – direito de votar e de ser votado; direito de se expressar livremente e de ter acesso ao maior número de informações livremente produzidas- e o direito de se divergir e de fazer oposição; 4) os direitos sociais básicos, que não devem ficar vulneráveis porque, por exemplo, a violação do direito à alimentação básica do indivíduo é tão grave quanto uma agressão física; privá-lo de educação é tão grave quanto impedir seu acesso a informações ou restringir-lhe a liberdade de expressão, pois fere igualmente a dignidade, de modo que os direitos básicos à alimentação, moradia, educação e saúde também compõem o rol de direitos essenciais à realização da igualdade e da dignidade entre os cidadãos.¹⁶

2.2.2. Aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição), sendo a intensidade ou amplitude da eficácia de cada direito fundamental em um caso concreto definida como uma questão de colisão entre direitos a ser resolvida mediante o emprego das técnicas hermenêuticas da ponderação, da concordância prática e da hierarquização axiológica, guiadas pelos critérios da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia

Dispõe o § 1º do artigo 5º da Constituição da República que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esta é outra faceta da força normativa potencializada dos direitos fundamentais. Os

¹⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 226-227 e 230-231.

direitos fundamentais têm plena eficácia, não ficando na dependência de *interpositio legislatoris* para poderem ser aplicados quer nas relações Estado-cidadão, quer nas relações entre particulares. A vinculação do Poder Público e dos particulares aos direitos fundamentais não fica na dependência da vontade do legislador infraconstitucional, pois as normas constitucionais são normas jurídicas plenas, não obstante a intensidade ou amplitude da eficácia de cada direito fundamental em um caso concreto tenha que ser resolvida como uma questão de colisão entre direitos fundamentais por meio do emprego da ponderação, da concordância prática e da hierarquização axiológica, guiada pelo critério da proporcionalidade.

3. Solução de conflitos normativos aparentes envolvendo direitos fundamentais

Com muita frequência, o jurista deverá resolver questões em que direitos fundamentais aparentemente encontram-se entre si em rota de colisão.¹⁷ Isso se dá porque os direitos fundamentais compõem um sistema e, assim sendo, eles interagem entre si, influenciando-se reciprocamente, complementando-se e delimitando-se. Ocorre que os titulares de cada um dos direitos fundamentais em interação podem não se entender quanto aos limites de cada um dos direitos, suscitando o conflito a ser resolvido mediante o emprego da ponderação.

Ensina Wilson Steinmetz que o fenômeno da colisão se materializa quando, *in concreto*, o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o exercício de um direito fundamental de outro titular ou outro bem jurídico protegido constitucionalmente.¹⁸ Para solucionar adequadamente os conflitos jurídicos, o intérprete-aplicador-do-Direito deverá identificar os argumentos que sustentam as posições jurídicas antagônicas e examiná-los com atenção e minúcia, considerando as circunstâncias do caso concreto e passando tais argumentos pela filtragem constitucional. O objetivo é verificar de que modo o caso concreto deve ser regulado para que realize plenamente os princípios, os valores e os fins do programa da nossa Constituição, que tem por eixo principal o dever de dar máxima proteção à dignidade humana .

A decisão deve estar pautada em critérios sérios, aptos a conquistar a

¹⁷ Exemplos: 1) a liberdade de expressão artística, intelectual, científica ou de comunicação pode entrar em rota de colisão com a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; 2) a liberdade de expressão e criação dos jornalistas e a sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de comunicação podem colidir com o direito de propriedade das empresas jornalísticas; 3) as necessidades de proteção da saúde pública podem conflitar com o direito de livre locomoção; 4) o bem jurídico patrimônio cultural pode colidir com o direito de propriedade; 5) a defesa da pátria pode colidir com a inviolabilidade da liberdade de consciência, crença religiosa ou convicção política ou filosófica alegada para se eximir de atividade de caráter essencialmente militar; 6) o livre exercício de uma atividade econômica pode entrar em conflito com a necessidade de proteção do meio ambiente; 7) a aplicação do direito penal pode colidir com o direito à vida e à integridade física nos casos de legítima defesa ou de estado de necessidade.

¹⁸ STEINMETZ, Wilson (Antônio). A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 132-134.

adesão de pessoas esclarecidas e bem intencionadas e ter a pretensão de validade para além do caso decidido, isto é, com possibilidade de ser universalizada. Deve se demonstrar racionalmente, em parâmetros intersubjetivos, por critérios objetivos, que a solução do problema é a que atende a vontade constitucional. A demonstração lógica e adequada ao raciocínio desenvolvido, com a explicitação das premissas e dos critérios utilizados, é vital para a legitimidade da decisão. A argumentação desenvolvida deve ser suficientemente lógica e racional para pretender conquistar a adesão de um universo de pessoas bem-intencionadas e esclarecidas.¹⁹

Eros Roberto Grau salienta que a interpretação será correta quando: 1) se insere no quadro (na moldura do direito); 2) o discurso que a justifica se processa de maneira racional; 3) atenta ao código de valores dominante. Do contrário haverá a subversão do texto, com ofensa aos princípios da democracia e da representação popular. Além disso, no aspecto fático não poderá o intérprete-aplicador-do-Direito distorcer a base fática de incidência normativa.²⁰

A verificação da legitimidade da decisão é verificada pela argumentação que a justifica, de modo a aferir-se se houve demonstração racional de que a solução proposta é a que realiza a vontade constitucional.²¹

Para Pietro Barcelona, “As normas são legítimas com base numa verificação discursiva da motivação que as sustenta. Só o consenso motivado pode fornecer os recursos de legitimação necessários à obrigação jurídica. (...) Por isso, a aceitação das normas jurídicas deve ser motivada racionalmente e suscetível, a todo instante, de ser problematizada com respeito ao modelo ideal da comunicação discursiva, livre de domínio. - O reconhecimento racionalmente motivado em termos discursivos da pretensa validade de uma norma resulta, de fato, acessível apenas no quadro de uma pesquisa cooperativa da verdade”.²² Contudo, a interpretação-aplicação-do-Direito não se legitimam tão-só pela legalidade do processo, pelo procedimento, mas pela interpretação do ordenamento jurídico em sua totalidade. Daí a necessidade de uma motivação discursiva de natureza substancial, que tenha por base os princípios, os valores e os fins de nossa Constituição, enfim, o sistema de direitos fundamentais.

Percebe-se, então, que, se a interpretação-aplicação-do-Direito estiver inserida em um paradigma de intersubjetividade, é possível exercer o controle de legitimidade das decisões jurídicas, não dando espaço para subjetivismos e atribuição arbitrária de sentidos, pois, na medida em que é feito um exame dos

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Interesse Público n. 19, p. 51-80. Sapucaia do Sul: Notadez, maio/jun. 2003, p. 68-69.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 204.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Interesse Público n. 19, p. 51-80. Sapucaia do Sul: Notadez, maio/jun. 2003, p. 80.

²² BARCELONA, Pietro. O egoísmo maduro e a insensatez do capitalismo. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995, p. 69.

argumentos apresentados para dar embasamento à decisão, pode-se verificar se a norma concreta produzida pelo intérprete-aplicador-do-Direito é legítima, realizando a vontade constitucional, na medida em que se pauta em critérios que asseguram a máxima proteção à dignidade da pessoa humana, ou, se ao contrário, apresenta funções repressivas, que visam perpetuar relações de violência e de desigualdades injustas, distoantes do que estabelece a Carta de 1988.

Exemplo invocado por vários doutrinadores, embora oriundo de direito estrangeiro, porque mostra muito bem como foi solucionado um problema de colisão aparente entre direitos fundamentais pela consideração dos princípios, valores e finalidades da Constituição é o da decisão do “caso Lebach” pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, a seguir descrito:

Um programa de televisão tinha a intenção de transmitir um documentário sobre o assassinato de quatro soldados de um grupo de guardas de um depósito de munições do Exército Federal, perto de Lebach, que foram atacados enquanto dormiam, sendo subtraídas as armas com as quais se pretendia praticar outros atos delitivos. Uma pessoa que havia sido condenada por cumplicidade considerou que a transmissão do documentário, na qual seria mencionado expressamente, bem como exposta a sua fotografia, violaria um direito fundamental seu, pois colocaria em perigo sua ressocialização, mas seu pleito foi negado pelo Tribunal Provincial Superior, sendo que contra esta decisão apresentou um recurso de inconstitucionalidade, o qual restou acolhido pelo Tribunal Constitucional Federal.

Após, proceder à oitiva de representantes do canal de televisão interessado, da comunidade editorial alemã, de especialistas nos diversos ramos do conhecimento pertinentes, do Governo Federal e do Estado da Federação onde o condenado haveria de se reintegrar, o Tribunal Constitucional reformou o entendimento dos juízos anteriores, concedendo a liminar para impedir a veiculação do programa, caso houvesse menção expressa ao interessados.

A motivação do julgamento foi estruturada em três etapas. Num primeiro momento, constatou a tensão existente entre a proteção à personalidade e o direito à informação. Numa segunda etapa, considerou que existe uma procedência geral (*prima facie*) do direito da emissora de informar fatos delituosos atuais. Por fim, decidiu o Tribunal que a comunicação sobre fato delituoso que não atenda a interesses atuais de informações, além de colocar em risco a ressocialização do autor, não tem preferência sobre a proteção à personalidade. Assim, no caso de uma repetição de uma informação sobre um delito grave que não responda aos interesses atuais de informação, pondo em perigo a ressocialização de uma pessoa, que já foi condenada e já cumpriu a pena pelo delito outrora cometido, o conflito entre a proteção da personalidade e a liberdade de informação se dá pela preponderância da proteção à personalidade. A solução encontrada pelo Tribunal Constitucional Alemão lastreou-se no juízo de proporcionalidade em sentido estrito, entendendo que, naquele momento histórico do país, o que se perderia com o

exercício do direito de informação no caso concreto (isto é, o prejuízo ao ressociação do indivíduo que já foi condenado e já pagou sua pena) era de maior relevo e, por isso, teve mais peso do que aquilo que se ganharia com a divulgação da matéria (informação sobre os fatos).²³

Luís Roberto Barroso trabalha interessante exemplo em que “o ocupante de um importante cargo político na República é visto na saída de um motel, acompanhado de uma senhora que não é a sua esposa. Um jornalista que se encontrava na calçada em frente fotografa o casal, ainda sob a placa identificadora do estabelecimento. A foto irá ilustrar a capa de uma importante revista semanal, que circulará no sábado seguinte, trazendo ampla matéria intitulada “A infidelidade no poder”. Tomando conhecimento do fato, a autoridade propõe medida judicial de natureza cautelar com o fim de impedir a publicação de sua foto e de referências à sua pessoa, invocando seu direito de privacidade (CF, art. 5º, X) e alegando que: estava em seu carro particular, fora do horário do expediente e que não há interesse legítimo em divulgar fatos de sua vida pessoal e sexual. Os direitos contrapostos, como intuitivo, são os da liberdade de expressão (CF, art. 5º, IX) e o da informação (CF, arts. 5º, XIV, e 220).” Luís Roberto Barroso expõem que, para resolver a demanda, o juiz, levando em conta os elementos juridicamente do caso concreto, deverá desenvolver uma argumentação lógica e racional, com pretensão de conquistar a adesão de um universo de pessoas bem-intencionadas e esclarecidas. Se o fato for verdadeiro, somente em situações excepcionais é que o Judiciário deve impedir sua divulgação. Se o conhecimento do fato não foi obtido por meio ilícito, não há porque o Judiciário impedir a divulgação da notícia. Se houver interesse público potencial no conhecimento do fato – suponha-se que a autoridade em questão exercesse cargo no Ministério dos Transportes, onde uma importante licitação estivesse por ser decidida e, se “a senhora que o acompanhasse estivesse a serviço de um dos licitantes, utilizando argumentos – como dizer? – não previstos no edital” – também não há razão para impedir que o fato seja noticiado pela imprensa.²⁴

Também fazendo raciocínio ponderativo entre direitos em colisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu alterar a prioridade, em concurso de credores falimentares, dos créditos fiscais e previdenciários em favor dos créditos trabalhistas, sob o fundamento que estes, na concretude do caso sob análise, seriam indispensáveis à sobrevivência do ser humano, e, por, isso, deveriam ter mais peso do que a pretensão de satisfação creditícia da Fazenda Pública.²⁵

²³ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 95-96. BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro, Renovar: 2005, p. 119. FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 99-101. STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 205-206.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Interesse Público n. 19, p. 51-80. Sapucaia do Sul: Notadez, maio/jun. 2003, p. 68-69.

Outro exemplo interessante é o da decisão proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Joinville, Santa Catarina, dando provimento ao pedido, formulado pelo Ministério Público, de que fosse determinado que o Município de Joinville, com a verba que seria destinada por ele em favor de um clube de futebol local que disputava a terceira divisão do campeonato brasileiro, ao invés disso, criasse 2.948 vagas de ensino fundamental na rede pública de ensino. O confronto entre os valores “lazer-cultura” e “educação”, ambos tutelados pela Constituição, foi resolvido no caso concreto em favor da educação, com fundamentação construída a partir dos textos do artigo 205 da Constituição, do § 2º do artigo 211 da Constituição, do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e do artigo 54, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente e dos objetivos fundamentais da República, de construir uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (artigo 3º da Constituição). Inequivocamente, para a obtenção dos objetivos fundamentais da República, a abertura de vagas em escolas públicas tem um papel de muito mais peso do que o bom desempenho do time de futebol local no campeonato brasileiro da terceira divisão. Por isso, foi correto o sopesamento dos interesses que estavam em jogo no caso concreto, realizando a decisão jurídica em tela a vontade constitucional.²⁶

Casos envolvendo pedidos de prestações estatais para tratamento de saúde apresentam grande conflituosidade, de modo a merecer a devida ponderação. Os argumentos geralmente apresentados pelo Poder Público para não custear tratamento postulado (ou no exterior, ou por meio de medicamento que não consta na lista padronizada do Ministério da Saúde, ou por técnicas médicas de eficácia ainda não reconhecida oficialmente, ou mediante colocação de próteses ortopédicas de alto custo financeiro e assim por diante), são os de falta de prévia dotação orçamentária para o caso concreto ou de falta de disponibilidade de recursos financeiros. Ocorre o direito à saúde é corolário do direito à vida, do direito a uma vida digna. Muitas vezes, se o tratamento não for prestado, isto importará em verdadeira aplicação de uma pena de morte, sem processo e sem possibilidade de defesa²⁷, ou de uma condenação a viver com graves seqüelas (cegueira, deficiência mental, etc.). Assim, se restar demonstrado no caso concreto que há possibilidade (ainda que remota) de eficácia do tratamento postulado e que não há outro tratamento menos oneroso mas igualmente eficaz disponível, a decisão do conflito,

²⁵ TJRS, Acórdão proferido em 25.08.99, rel. Des. Osvaldo Stefanello, citado por SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 83-84. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 101-103.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 103-104.

²⁷ Regina Maria Macedo Nery FERRARI. (in Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 236) destaca que, sendo o direito à saúde corolário do direito à vida, a uma vida digna, este não pode padecer sob o argumento da falta de recurso do Poder Público, pois, caso contrário, haveria a caracterização da aplicação de uma pena de morte, sem processo e sem possibilidade de defesa. Na mesma linha é a argumentação de Igo Wolfgang SARLET (in A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª.

para ser válida, deve ser no sentido de que o tratamento postulado seja concedido pelo Poder Público, pois assim determina nossa Constituição da República, que tem por finalidade fundamental a proteção da dignidade humana, atribuindo-se à proteção à saúde maior peso.²⁸

Opções orçamentárias podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário para realizar o princípio da dignidade humana e proteger direitos fundamentais, mediante hierarquização axiológica do ordenamento jurídico. O exemplo mais eloquente e didático disso talvez seja o “congelamento” de gastos com propagandas oficiais (cuja prática atual é de questionável observância ao preceito do § 1º do artigo 37 da Constituição) para dar suporte financeiro a tratamento de saúde.

A ponderação, enquanto estrutura de raciocínio, é fórmula meramente formal e, por isso, vazia de conteúdo, de modo que, quando de sua aplicação, ela deve ser preenchida materialmente com critérios substanciais que guiem o intérprete-aplicador-do-Direito na sua tarefa de atribuição de pesos e de decisão

ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 302-303): “Não nos esqueçamos de que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu – evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida – uma vedação praticamente absoluta (salvo em caso de guerra regularmente declarada) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVIII, alínea a). Cumpre lembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte, sem crime, sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilidade dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça”.

²⁸ STF, AgRgRExt 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24.11.2000: “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes” STJ, REsp 509753/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 06.10.2003: “Em face do princípio constitucional à saúde, deve prevalecer a possibilidade, ainda que remota, do tratamento a ser realizado em Cuba, por ser reconhecido o país que, atualmente, vem conseguindo os melhores resultados no tratamento da retinose pigmentar”. STJ, REsp 353147/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU 18.08.2003: “O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa. Não se pode conceber que a simples existência de Portaria, suspendendo os auxílios-financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à saúde”. STJ, REsp 325337/RJ, Rel. Min. José Delgado, DJU 03.09.2001: “3. É dever constitucional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e imediato de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da AIDS. 4. Pela peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei n. 9.313/96”. STJ, MS 8740/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 09.02.2004: “Não se pode generalizar a aplicação da norma que veda ao Estado a concessão de auxílio financeiro fora do País, a ponto de abandonar, a própria sorte, aqueles que, comprovadamente, não podem obter, dentro de nossas fronteiras, tratamento que garanta condições de sobrevivência digna. Não havendo no País equipamento terapêutico apropriado ao tratamento da enfermidade, justifica-se que o Estado disponibilize recursos para sua aquisição no exterior, não podendo servir de óbice às pretensões do doente, necessitado, argumentos fundados em questões burocráticas, de cunho orçamentário”. BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 288-289.

de qual dos direitos fundamentais em rota de colisão devem prevalecer no caso concreto. Neste sentido, Ana Paula de Barcellos ensina que ponderar tem o sentido de atribuir peso a diversas grandezas para calcular a métrica ponderada; de examinar com atenção e minúcia; de avaliar, apreciar as vantagens e as desvantagens; de levar em consideração, ter atenção sobre alguma coisa, sopesar. Toda decisão humana minimamente racional envolve algum tipo de ponderação, de avaliação de vantagens e desvantagens, dos prós e contras, cuja conclusão condiciona à tomada de decisão em um ou outro sentido. Contudo, deve se reconhecer que a ponderação em si é uma técnica instrumental vazia de conteúdo, incapaz de responder às seguintes questões: 1) Que peso deve ser atribuído a cada elemento? 2) Por que uns receberão um peso maior que outros? 3) Por qual razão uma solução deve prevalecer sobre outra?²⁹ No mesmo sentido, explica Karl Larenz, citado por Luiz Guilherme Marinoni, que “ponderar” e “sopesar” direitos ou bens jurídicos são apenas imagens. Não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que deve ser feita no caso concreto, não se podendo, de antemão, catalogar em uma tabela a ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos.³⁰ Igualmente, Humberto Ávila ressalta que ponderação e concordância prática são estruturas exclusivamente formais, despidas de critérios materiais para solução do conflito dos elementos que se imbricam e, por isso, a *applicatio* deve se servir dos critérios da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade para estruturar adequadamente a aplicação das normas jurídicas.³¹

Lenio Luiz Streck observa, com razão, que, como os conflitos normativos somente podem ser resolvidos no caso concreto, simplesmente porque não existem casos em abstrato, resta inviabilizada a construção de discursos prévios de justificação. Somente a situação concreta é que serve de parâmetro para a resposta correta, adequada à Constituição.³² No máximo, a doutrina conseguirá formular orientações gerais, fornecer alguns parâmetros de modo a contribuir com o aprimoramento da técnica hermenêutica de resolver conflitos normativos aparentes envolvendo direitos fundamentais. Nesta linha, pode-se identificar e recolher na tradição jurídica alguns critérios que podem, senão dar uma resposta prévia definitiva, ao menos orientar a tarefa hermenêutica de isolar a regra jurídica de regência do caso singular em apreciação, norteados a ponderação e o sopesamento entre as posições antagônicas em face das peculiaridades do caso concreto, guiando-se de acordo com o critério da proporcionalidade e com o critério da razoabilidade, que a seguir serão tratados.

²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-3 e 124.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 256.

³¹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 96-97.

³² Decisão proferida pelo juiz Alexandre Moraes da Rosa nos autos do Proc. 038.03.008229-0. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 103-104.

3.1. Os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade

O critério cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), o hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*) e o da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) são de grande utilidade para casos em que se mostrar necessário filtrar textos normativos e pretensões de regulação do caso concreto que tenham sentidos conflitantes entre si, rumo à busca da única resposta correta para o caso em análise. Tais critérios devem ser utilizados como um primeiro filtro, mas não são suficientes em todos os casos porque eles não darão conta de situações em que há versões colidentes de atribuição de sentido de regulação lastreadas em textos normativos contemporâneos, de mesmo nível hierárquico e sem possibilidade de serem classificados alguns deles como regra geral e outros como regra especial. Quando isto ocorrer, haverá a necessidade de buscar outros critérios de solução do problema de antinomia aparente, como o da proporcionalidade e o da razoabilidade.

3.2. O critério da proporcionalidade

O postulado da proporcionalidade se aplica em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos discernidos empiricamente como um fim (estado de coisas que se procura atingir, resultado concreto ambicionado) e o meio para alcançá-lo. Exige-se que o meio em relação ao fim seja adequado, necessário e proporcional. Por isso, a estruturação exercida pelo postulado da proporcionalidade se dá mediante seus três exames fundamentais:

- 1) o da *adequação* = O meio promove o fim?;
- 2) o da *necessidade* ou da *proibição do excesso* = Dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo aos direitos fundamentais afetados? e
- 3) o da *proporcionalidade em sentido estrito* = As vantagens trazidas pela promoção do fim justificam as desvantagens provocadas pela adoção do meio? / O grau de importância da realização do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?³³

A contrario sensu, a decisão será inválida por descumprimento do dever de proporcionalidade, quando: 1) não haja adequação entre o fim perseguido e o

instrumento empregado (*adequação*); 2) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); 3) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*).³⁴

O exercício de um direito não poderá anular outro direito fundamental, pois há um dever de que convivência harmônica entre eles. Assim, não é justificável invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos; ou a liberdade artística para não só interpretar, mas efetivamente executar a morte de um ator no palco, ou para pintar no meio da rua, atrapalhando o trânsito. Não se pode invocar o direito de propriedade para não pagar impostos; ou o direito de educar os filhos para espancá-los violentamente; ou a liberdade de ir e vir para passear nu pelas vias públicas; ou o direito de greve para destruir ou danificar equipamentos da empresa empregadora.³⁵ Um pintor não poderá colocar o seu cavalete de pintura num cruzamento de trânsito intenso, em qualquer hora do dia, já que o seu direito de criação artística deve se harmonizar com os direitos que seriam gravemente afetados por esta conduta, a começar pela vida e pela integridade física do próprio pintor e a acabar noutros direitos como o exercício da atividade profissional dos outros cidadãos, a necessidade de circulação de bens, veículos e pessoas, etc.³⁶

Não se pode olvidar que a restrição de um direito só é justificável pelo grau de importância da satisfação do interesse oposto;³⁷ que o sacrifício de um direito deve ser indispensável, e o menor possível, para que seja legítimo; e que o meio empregado deve se mostrar adequado e necessário (não exagerado) para alcançar o objetivo procurado.

O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado. É necessário quando não poderia ter escolhido outro meio igualmente eficaz que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível algum direito fundamental. Trata-se de um derivativo do princípio da indispensabilidade do meio, pois sempre que houver alternativas que garantam de modo satisfatório o objetivo colimado, devem ser rechaçadas todas as demais alternativas que resultem mais

³³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112-125.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 198-218. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Interesse Público n. 19, p. 51-80. Sapucaia do Sul: Notadez, maio/jun. 2003, p. 71-72. GEBRAN NETO, João Pedro. A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipadora. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115.

³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998, p. 217.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 202.

³⁷ ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 161-164. Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 111 e 133: "Lei da ponderação: Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro".

gravosas para o direito objeto da limitação. O meio só será indispensável se não se puder eleger outra medida de limitação igualmente efetiva, mas menos gravosa para o direito fundamental afetado. Vale dizer, devem ser rechaçadas todas as demais alternativas que resultem mais gravosas para o direito objeto da limitação.

Enfim, se para solucionar um caso de conflito entre direitos fundamentais um tiver que ser restringido, cedendo espaço preponderante ao outro, tal restrição observa limites. Se a afetação de um direito só se justifica pelo grau de importância da satisfação do interesse oposto, as restrições aos direitos fundamentais devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos fundamentais. A máxima da proporcionalidade (princípio da proibição do excesso) impõe que qualquer limitação a um direito fundamento mostre-se adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (feita com justa medida).

A invocação de exemplos auxilia a melhor visualização da técnica interpretativa de utilizar o critério da proporcionalidade para resolver conflitos aparentes entre direitos fundamentais.

Elucidativo exemplo recolhido da prática jurisprudencial do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, que permite uma perfeita avaliação da idéia da proporcionalidade e sua decorrente proibição aos excessos é o do BverfGE 16, 194(202). No caso concreto, cuidava-se de alguém processado criminalmente por delito de menor potencial ofensivo (crime de bagatela) previsto no âmbito da legislação de trânsito. A prova seria obtida mediante a extração de líquidos da coluna do acusado. Contra essa determinação foi impetrada uma reclamação constitucional, alegando ofensa ao direito à integridade física e corporal. O Tribunal, ao apreciar o caso, considerou que a medida restritiva (invasiva da integridade física e corporal) não se afigurava como proporcional, relativa à insignificante gravidade da infração penal atribuída ao particular. Na decisão do caso, foi afirmado que seria manifestamente desarrazoado alcançar a condenação de alguém por um delito de insignificante ofensividade, expondo-o a um risco tão expressivo para sua saúde e integridade física. Além disso, frisou que se chega ao mesmo resultado a partir do critério da necessidade, pois as seqüelas decorrentes da investigação e determinação da autoria e responsabilidade pelo delito não poderiam atingir o autor de forma mais gravosa do que a sanção penal a ser aplicada no caso.³⁸

No Brasil, o “caso Glória Trevi”³⁹, julgado pelo Supremo Tribunal Federal abordou o mesmo conflito sobre o direito à integridade física e o direito à prova, sendo resolvido pelo critério da proporcionalidade. A cantora Glória Trevi, ao

³⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. In: Revista Jurídica n. 304, p. 23-31. Porto Alegre: Notadez, 2003, p. 24. SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. In: Interesse Público n. 2, p. 93-108. Sapucaia do Sul: Notadez, 1999.

³⁹ STF, RCL 2040/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 27.06.2003.

descobrir-se grávida na prisão, acusou de estupro os policiais que trabalhavam na carceragem. Quando do nascimento das crianças, os acusados apresentaram seus padrões de DNA e solicitaram que fosse realizado o exame na criança para que a acusação fosse submetida à prova. A despeito da oposição da mãe, o Pretório Excelso autorizou o exame, considerando a possibilidade de realizá-lo com o material da placenta, o que não importaria em qualquer restrição importante à integridade física da mãe ou da criança.⁴⁰

Doutrina de Robert Alexy analisa um hipotético o caso de obrigatoriedade da veiculação de advertência sobre os malefícios causados pelo fumo nas embalagens de mercadorias de tabaco, que envolve a colisão entre o direito à saúde e o direito de livre exercício de atividade econômica. Há, nesse caso uma intervenção na liberdade de profissão, mas numa intensidade muito pequena. As indústrias de tabaco ainda podem ser ativas, como também podem veicular propaganda. Apenas o fumante é tornado consciente de um dos aspectos que, segundo o nível de conhecimento médico atual, deve ser levado em consideração ao tomar a decisão de fumar ou não. Como as razões que justificam a intervenção (a contenção dos prejuízos relativos à saúde, causados pelo fumo que, muitas vezes, têm como consequência a morte) são mais graves que os gravames gerados pela obrigatoriedade da veiculação da advertência em tela nas embalagens dos produtos, a ponderação conduz à solução segundo a qual a intervenção na liberdade da profissão é constitucional e, portanto, válida.⁴¹

Solução diversa teria outro exemplo hipotético também trabalhado pela doutrina de Robert Alexy, igualmente envolvendo a colisão entre o direito à saúde e o direito de livre exercício de atividade econômica, que parte da suposição de um partido de fanáticos pela saúde ganhar a maioria no parlamento e proibir aos padeiros e todos os outros a produção de doces,ucas e tortas, como também, mais tarde, restar proibida a produção de pão branco, somente sendo admitido pão preto. Isso sem dúvida configuraria uma intervenção na liberdade do exercício de profissão dos padeiros. Se bastasse a intervenção ocorrer “por lei” para a sua justificação, o direito fundamental à liberdade de exercício profissional perderia, diante do legislador, toda a sua força, passando a correr no vazio. Daí a necessidade de submetê-la ao crivo da proporcionalidade. Ora, diferentemente do que ocorre no “Caso Tabaco”, a proibição de produzir doces,ucas e tortas intervém muito intensamente na liberdade de profissão do padeiro. Isso ainda é reforçado quando acresce a proibição do pão branco. A saúde é, como mostra o caso-tabaco, sem dúvida, um bem de alta hierarquia, mas deve ser diferenciado. Aqui, trata-se,

⁴⁰ BARCELLO, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 121.

⁴¹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. In: Revista de Direito Administrativo n. 217, p. 55-79. Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 1999, p. 64-79. Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 66-68 e 133-134.

sobretudo, de adoecimento dos dentes pelo consumo de comidas doces. Impedir isso senão insignificante é de peso mediano, de modo que, feita a ponderação, guiada pelo critério da proporcionalidade, conclui-se que a proibição em questão é inconstitucional.⁴²

Referências

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo* n. 217, p. 55-79. Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 1999, p. 64-79. Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro, Renovar: 2005.

BARCELONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capitalismo*. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história*. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Interesse Público* n. 19, p. 51-80. Sapucaia do Sul: Notadez, maio/jun. 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 340.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COMPARATO Fabio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo, Saraiva, 1999.

⁴² ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo* n. 217, p. 55-79. Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 1999, p. 64-79. Constitucionalismo discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 66-68.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipadora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistema de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*. In: *Revista Jurídica* n. 304, p. 23-31. Porto Alegre: Notadez, 2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais e suas características*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional* n. 30, p. 146-158. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. In: *Interesse Público* n. 2, p. 93-108. Sapucaia do Sul: Notadez, 1999.

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

_____. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 205-206.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações privadas. In: *Revista Jurídica* n. 341. Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, março de 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.