

COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROPOSTAS DE SOLUÇÃO

Leandro Sousa Bessa

INTRODUÇÃO

O crescimento do grau de complexidade das relações sociais e as modificações da concepção do Estado, aliados ao ideal democrático dominante, exigiram a previsão e a proteção, na nossa ordem constitucional, de grande quantidade de direitos fundamentais. Destarte, novos problemas surgiram para a efetivação destes direitos e para a determinação da correta aplicação de cada um deles. Inevitáveis, por outro lado, são os conflitos destes direitos entre si e mesmo com outros valores constitucionalmente assegurados. Nasce destas constatações a problemática da colisão de direitos fundamentais.

Com o desiderato de amenizar o impacto destes conflitos em nossa ordem, inicialmente, deve-se atentar para o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, cuja incorreta compreensão gera as chamadas colisões aparentes. É mister que se verifique qual parcela da realidade está protegida pelo texto constitucional. Este exame dissolverá diversas dúvidas quanto à aplicação de direitos fundamentais, pois impede que haja interferência indevida do âmbito de proteção de um direito no de outro, em razão da determinação de seus limites imanentes.

É possível, entretanto, que os âmbitos de proteção de dois ou mais direitos fundamentais interpenetrem-se, o que gera a situação de colisão autêntica, visto que não se trata mais de simplesmente fixar a parcela da realidade que está sendo protegida, posto que esta se encontra no raio de atuação de dois ou mais direitos. Esta é a razão principal pela qual se diz serem similares as colisões de direitos fundamentais e a colisão de princípios. De fato, em ambos os casos é insuficiente uma simples análise de validade. Faz-se necessária uma ponderação entre os diversos valores albergados.

A terceira parte do estudo trará algumas propostas para amenizar a perplexidade do intérprete diante de um intrincado caso de colisão de princípios. Serão estabelecidos

determinados parâmetros para a ponderação necessária para a solução destes casos. Efetivamente, o estudo sempre demonstrará como meta o desenvolvimento de critérios através dos quais sejam fixadas decisões uniformes para casos similares de colisões de direitos fundamentais.

Como parâmetros primeiros, temos os princípios da unidade da constituição e da concordância prática, que mostram a colisão como uma anomalia de um sistema – representado pela Constituição – que não pode conviver com contradições em seu bojo. Deve-se sempre optar pela solução que garanta a manutenção da unidade da Constituição e da máxima efetividade de suas disposições.

Na técnica de ponderação sobreleva, ainda, o princípio da proporcionalidade, elevado à categoria de axioma do constitucionalismo moderno, por representar importante ferramenta para barrar a atuação exorbitante do Estado, significando uma exigência de aplicação de medidas adequadas, necessárias e razoáveis na atuação estatal. Seus subprincípios garantem ao intérprete noções seguras para uma interpretação desprovida de excessos.

Como último parâmetro para a solução da colisão de direitos fundamentais, apresentar-se-á o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Com efeito, este princípio encontra-se na Constituição Federal brasileira como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. A partir deste *status*, certamente será fácil constatar que qualquer interpretação que se faça das normas constitucionais deve levá-lo em consideração, como critério determinante, inclusive.

Com efeito, os direitos fundamentais representam concretizações e exigências do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, sempre que houver colisão entre eles, a interpretação deve se aproximar ao máximo da realização deste princípio fundamental, sempre tendo em vista a perspectiva de um Estado facilitador do exercício das liberdades, que atue com o fim último de enaltecer a figura do indivíduo como um ser dotado de dignidade e, portanto, sujeito – e não objeto - de direitos.

Os parâmetros estabelecidos representam apenas propostas para a solução de colisões de direitos fundamentais. São balizas e caminhos que podem ser observados pelo aplicador

do Direito para que mais se aproxime da concretização dos valores estabelecidos pelo poder constituinte originário.

1 – CONCEITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo cita Paulo Bonavides¹, Konrad Hesse entende os direitos fundamentais como aqueles que visam à criação e manutenção dos pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Ressalta desta definição a finalidade precípua dessa gama de direitos, além de ser notável o alargamento de seu âmbito de abrangência, o que por certo desfavorece a sua precisa identificação.

Atento a essa necessidade de identificação, há um conceito mais simples e restrito, também de Hesse, que considera direitos fundamentais aqueles que o direito vigente desta forma qualifica. Emerge, neste particular, a importância da positivação destes direitos, como uma forma de melhor indentificá-los e distingui-los dos demais.

Já Carl Schmitt , também citado por Bonavides², a par da adoção da definição restrita, na esteira do que preconizou Hesse, entende, ademais, que os direitos fundamentais são aqueles que recebem da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança. No Direito brasileiro, por exemplo, temos a proteção concedida pela Constituição, que impede qualquer deliberação de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais (Art. 60, § 4º, IV).

Carl Schmitt acrescenta que os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a espécie de valores e princípios que a Constituição de cada Estado consagra, de forma que o conceito de direitos fundamentais varia ao sabor das opções de cada Estado.

Fixada a dificuldade de precisar conceitos nesta matéria, partir-se-á com uma definição que agrega elementos que bem se amoldam aos objetivos deste estudo. Para Ingo Wolfgang Sarlet, *“os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa*

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.514.

² Id. *Ibidem*, p.515.

humana”³. Com esta idéia trabalharemos nos últimos capítulos deste estudo, ao demonstrar a importância da dignidade da pessoa humana como norte para a solução de colisão de direitos.

2 – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fácil perceber a heterogeneidade dos direitos fundamentais. Seu conteúdo é, na maioria das vezes, aberto e variável e somente pode ser aferido quando do deslinde de um caso concreto ou quando estes direitos estão em relação entre si, ou mesmo com outros valores protegidos pela Constituição.

É nesta perspectiva que surge a problemática da colisão de direitos fundamentais, que vem ocupando boa parte da doutrina moderna, ávida por desenvolver soluções a tais conflitos, que representam grandes problemas na prática, remetendo o intérprete a operações bem mais complexas que a simples subsunção, utilizada para a interpretação de normas com estrutura de regras.

2.1 – Âmbito de Proteção e Colisão aparente

Diante de uma situação de dúvida quanto à aplicabilidade de direitos fundamentais em aparente conflito, o primeiro passo rumo à solução deve ser a fixação do que se convencionou chamar “âmbito de proteção do direito fundamental”. Trata-se da parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto da proteção da garantia fundamental. É interessante, pois, fixar o bem jurídico protegido pela norma e os limites estabelecidos pelo constituinte a estes direitos fundamentais para que se tenha uma noção mais clara do âmbito de proteção. Este, em outras palavras, será fixado pela identificação dos bens jurídicos protegidos e pela amplitude desta proteção.

Há situações que podem ludibriar o intérprete à primeira vista. Com efeito, uma interpretação meramente literal da norma de direito fundamental pode fazer crer protegida certa situação, que na verdade foge ao real âmbito de proteção deste direito.

³SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.110.

Surge então o problema, bastante complexo, de se precisar o âmbito de proteção de cada direito fundamental. Há diversas correntes que procuram alcançar tal desiderato. Para a teoria liberal, no desempenho deste mister deve-se sempre assegurar a proteção do indivíduo frente ao Estado. Os direitos fundamentais, portanto, devem abranger sempre esta proteção.

De acordo com a teoria dos valores, os direitos fundamentais estão sempre dirigidos à realização dos valores protegidos pela Constituição. Há, ainda, o recurso à verificação da função social do direito fundamental. Até o ponto em que este exerce a citada função, estará utilizando-se de uma parcela de sua previsão; em outras palavras, não terá fugido de seu âmbito de proteção.

Fala-se, ainda, numa reserva de amizade e não prejudicialidade. Sempre que, na aplicação de direitos fundamentais, esta reserva for atacada, vislumbra-se uma aplicação errônea do direito fundamental, por exterior ao seu âmbito de proteção. Essa cláusula, segundo nos informa Gonet Branco⁴, operaria a partir de uma ponderação de princípios constitucionais, para excluir certas situações do âmbito de proteção da norma constitucional

A tarefa de se fixar o âmbito de atuação dos direitos fundamentais é complicada, primeiramente porque estes direitos apresentam-se em formas diversas, conforme já demonstrado, além de apresentarem conteúdo bastante aberto. Gilmar Mendes leciona:

*Não raro, a definição do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em conflito com eventual restrição a esse direito.*⁵

⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.191.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões*, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.212.

Casos há, entretanto, que o âmbito de proteção é mais facilmente delineável. Tal ocorre quando este é instituído direta e expressamente pelo próprio ordenamento jurídico. É o chamado âmbito de proteção estritamente normativo. Ao legislador cabe definir o próprio conteúdo do direito regulado. Estes direitos, ao mesmo tempo em que têm sua concretização e conformação dependentes da atuação do legislador, delegam a este a tarefa de vincular e obrigar o Estado. Como exemplo destes direitos, citamos o inciso XXXVIII do Art. 5º da Constituição brasileira: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei (...)”. Toda a organização do júri deverá ser delineada pelo legislador infraconstitucional, que desta forma estará moldando o âmbito de proteção deste direito.

Importante se faz o estudo do âmbito de proteção dos direitos fundamentais porque, muitas vezes, determinadas situações, que à primeira vista caracterizariam um conflito de direitos fundamentais, não o são verdadeiramente. O que se observa no caso é uma simples mensuração incorreta do âmbito de proteção. É a chamada colisão aparente. De fato, a colisão não ocorre, mas uma simples aparência de conflito de normas veiculadoras de direitos fundamentais, sanável pela fixação dos âmbitos de proteção de ambos, a fim de que não mais se interpenetrem.

Exemplo clássico é a divulgação de idéias com forte componente racista, no qual se vislumbra um conflito aparente entre a liberdade de expressão e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. No caso, não há colisão, visto que a liberdade de expressão não abrange a atuação tendente a causar prejuízos à ordem constitucional, fundada que é no princípio da dignidade da pessoa humana. Em outra perspectiva, admitir-se entendimento contrário, corresponde a possibilitar atuação que trasborda o âmbito de proteção da liberdade de expressão.

2.2 – Colisão Autêntica

Casos há, entretanto, em que se verifica frontal colisão entre direitos fundamentais diversos, mesmo após superada a verificação dos respectivos âmbitos de proteção. Ocorre quando um direito fundamental interfere diretamente no âmbito de proteção de outro. Conforme já anotado, estas situações ocorrem em razão, principalmente, do

caráter heterogêneo de que se revestem estes direitos, bem como em razão do seu conteúdo aberto e mutável, a exigir, em muitas ocasiões, uma situação concreta para firmar sua previsão.

Há colisões de direitos em sentido estrito e em sentido amplo. Estas últimas decorrem do embate de um direito fundamental com outros valores constitucionalmente protegidos. Por exemplo, o conflito entre liberdades individuais e a incolumidade da saúde pública, que exige campanhas de vacinação obrigatória.

Já as colisões em sentido estrito produzem uma maior ramificação. Dividem-se, inicialmente, em colisões entre direitos fundamentais idênticos e colisões entre direitos fundamentais diferentes. Dentre os primeiros, podemos pinçar: a) colisão de direitos fundamentais de defesa, quando dois indivíduos ou grupos reivindicam o mesmo direito de liberdade (reunião na mesma praça pública, por exemplo); b) colisão de direito fundamental de defesa com direito de proteção; c) colisão dos caracteres negativo e positivo de um mesmo direito (liberdade religiosa, por exemplo, que gera o direito a não ter religião); d) colisão entre o aspecto jurídico e o fático de um determinado direito (colisão comum no direito de igualdade).

Vislumbra-se, nos variados tipos de colisão de direitos fundamentais, uma premissa constante: os conflitos que surgem entre direitos fundamentais são idênticos aos conflitos entre princípios. Com efeito, as normas que veiculam direitos fundamentais assumem os delineamentos próprios de princípios, na medida em que apresentam todas as características destes, notáveis principalmente ao serem comparadas com aquelas que enunciam regras.

De fato, o que se observa é que, por diversas vezes, um conflito aciona, a um só tempo, a incidência de dois direitos fundamentais que competem entre si ao postular soluções diametralmente opostas para o seu deslinde. Devidamente superada a fase de observância dos âmbitos de proteção dos direitos envolvidos, resta a constatação de que se formou uma autêntica colisão de direitos fundamentais.

Neste caso, portanto, não cabe a operação que se costuma lançar mão para a aplicação das regras. Como visto, a mera subsunção é, no mais das vezes, insuficiente na

aplicação dos direitos fundamentais, mormente em razão do constante estado de tensão existente entre os mesmos. Por esta razão, não cabe a resolução do problema em simples análise de validade, através da qual uma regra é preterida em favor de outra, sendo esta última integralmente aplicada ao caso concreto, seguindo-se os critérios hermenêuticos clássicos, a saber, hierárquico, cronológico ou da especificidade.

Frise-se, ademais, que, nestas circunstâncias, tais soluções são inaplicáveis, na medida em que os direitos fundamentais estão garantidos na mesma hierarquia, visto que veiculados na Carta fundamental; são insuperáveis pela evolução do tempo, o que impede qualquer classificação cronológica como forma de precedência de um sobre outros; por fim, todos são enunciados de caráter genérico, veiculados por princípios, o que barra um comparativo de especificidade entre os mesmos.

A colisão de direitos fundamentais, em tudo semelhante à colisão de princípios, exige a observância de outros processos para a solução dos conflitos. Este novo caminho é esclarecido por Paulo Gonet Branco: *“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”*⁶.

Isto ocorre porque os princípios são “mandados de otimização”. Enunciam determinações para que um determinado bem jurídico seja protegido na máxima medida que as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto possam permitir ou determinar. Destarte, é possível – e mesmo aconselhável - que haja uma aplicação de princípios em diferentes graus, de acordo com a situação acionadora destes. Deve haver um sopesamento dos interesses envolvidos no caso controvertido, a fim de que seja fixado qual princípio deve ter prevalência sobre aquele outro que se põe em oposição aos seus preceitos. Trata-se, da aplicação de critérios de justiça prática.

É nesta perspectiva que surgem os elementos solucionadores de conflitos, a fornecer critérios mais seguros (sem pretenderem-se definitivos) de solução de casos de intrincadas colisões de direitos fundamentais, enfraquecendo a possibilidade de interpretações puramente subjetivas e atentatórias ao princípio da segurança jurídica,

⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, *cit*, p.182

frutos da análise açodada e, muitas vezes, movida pelos preconceitos ou mesmo suscetibilidades dos aplicadores do Direito.

Para fugir desta prática hermenêutica indesejável, é mister que sejam trilhados caminhos claros e seguros, construídos através de muito estudo e experiência por todos aqueles que se debruçam sobre o complexo tema da colisão de direitos fundamentais.

3 - ELEMENTOS SOLUCIONADORES DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante de situações de colisão de direitos fundamentais, os intérpretes, sem poderem recorrer às técnicas tradicionais de hermenêutica, valem-se de um raciocínio que a doutrina convencionou denominar *ponderação*. Trata-se de uma técnica para a solução dos chamados *hard cases*, nos quais a mera subsunção é insuficiente. Isto porque estes problemas envolvem confronto de interesses ou valores albergados por normas constitucionais de mesma hierarquia e grau de generalidade.

A ponderação, portanto, é técnica indeclinável, mercê da complexidade de nossa sociedade e da própria Constituição. Logicamente que não pode este instrumento ser desvirtuado a ponto de tornar-se ferramenta para uma interpretação totalmente dependente da subjetividade do intérprete. É nesta perspectiva que surge a necessidade de fixação de parâmetros dentro dos quais deve funcionar a ponderação.

Com efeito, a ponderação, desde que observados os parâmetros citados, aparece como técnica destinada a garantir certa uniformidade das decisões, bem como alguma previsibilidade das conseqüências advindas de conflitos de direitos, visto que devem ser os mesmos os critérios utilizados, como tática para fugir da subjetividade.

Esclarecendo a função primordial desta técnica, afirma Ana Paula de Barcellos:

O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição

*continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes*⁷.

São três as fases da ponderação. Primeiramente, o aplicador identifica as normas veiculadoras de direitos fundamentais que estão em conflito. Depois, passa a examinar a situação fática e sua repercussão sobre as normas conflitantes. Na última fase, que é a da decisão, deve haver uma apreciação conjunta dos diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, com o desiderato de atribuir “pesos” aos diferentes elementos em colisão, determinando quais devem prevalecer e em que intensidade. É o que se chama de sopesamento.

É importante lembrar, por último, que os parâmetros que apresentaremos não são rígidos e imutáveis, mas apenas balizas, elementos norteadores de uma interpretação. Correta, portanto, a sentença de Ana Paula de Barcellos:

*A construção de parâmetros pela doutrina, a partir de um discurso racional, público e amplamente justificado, está apenas iniciando e exigirá ainda considerável estudo e reflexão, mas é um dos poucos meios capazes de explicar, justificar e controlar a ponderação. E ele carrega em si uma vantagem adicional: trata-se de uma forma de controle puramente persuasivo – a consistência da argumentação é que provará sua eficácia – e não coercitivo, permitindo amplo espaço de determinação ao Poder Judiciário*⁸.

3.1 – Princípios da unidade da Constituição e da concordância prática

O primeiro parâmetro proposto para a solução do problema da colisão de direitos fundamentais é a observância do princípio da unidade da constituição. Este princípio requer a contemplação da constituição como um todo. Desta forma, não podem existir normas conflitantes no texto constitucional, já que este é um sistema coerente e harmônico, incompatível com a idéia de antinomias no seu interior. Neste diapasão ensina Konrad Hesse:

⁷ BARCELLOS, Ana Paula. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*, in: Luis Roberto Barroso (Org.), *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.57.

⁸ BARCELLOS, Ana Paula. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*, cit, p. 117

*La relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución ... obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales*⁹.

Destarte, quando houver colisão de direitos, deve o intérprete harmonizar sua decisão com o sistema constitucional, visto de forma geral, como um todo. Os dois direitos fundamentais em conflito não devem ser visualizados isoladamente, mas em consonância com o conjunto, do qual são parte inseparável. No exercício interpretativo, inclusive, outros valores constitucionais podem servir de parâmetro para fortalecer a decisão adequada, que sempre se aproximará da visualização da Constituição como um sistema.

Como consectário lógico do princípio acima delineado, temos o princípio da concordância prática. Edilson Pereira de Farias traça seus contornos:

*De acordo com o princípio da concordância prática, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados (...) por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionalmente protegidos*¹⁰

Lembre-se, ainda, que a exigência de máxima efetividade do direito fundamental deve ser entendida dentro da análise do âmbito de proteção deste, conforme já estudado, a fim de que a aplicação do direito não desborde dos limites iminentes a este.

⁹ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p.41.

¹⁰ FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996, p.98.

Ultrapassada esta fase sem sucesso para a colisão posta sob apreciação, o próximo passo sugerido para o intérprete é à análise do princípio da proporcionalidade para nortear sua decisão.

3.2 – Princípio da proporcionalidade

Importância destacada na solução de colisão de direitos fundamentais possui o princípio da proporcionalidade. Tal construção doutrinária, surgida na Alemanha e Suíça, logrou alcançar local de destaque nos ordenamentos jurídicos positivos de diversos países, muitas vezes aparecendo de forma expressa no texto constitucional de vários deles.

No Brasil, embora não haja disposição expressa sobre a matéria, verifica-se crescente aplicação de seus postulados, aparecendo o princípio da proporcionalidade como uma norma esparsa do texto da Constituição, derivado que é do próprio conceito de Estado de Direito.

Paulo Bonavides, apresentando a lição de Pierre Muller, cita dois conceitos para este princípio. Numa perspectiva ampla, enxerga-o como uma regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. De forma mais estrita, entende-o como a necessidade de se presumir a existência de relação adequada entre os fins determinados e o meios utilizados. Em ambas as acepções destaca-se a importância que o princípio da proporcionalidade assume para a solução de conflitos no desempenho do mister interpretativo, na medida em que surge numa perspectiva de regra hermenêutica. Conclui Bonavides, ao mesmo tempo que exalta as funções do princípio da proporcionalidade:

Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange

*direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade*¹¹. (1996:397).

O princípio da proporcionalidade pode ser melhor compreendido pela análise dos três níveis de seu conteúdo, que a doutrina chama subprincípios. São eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A *adequação* (aptidão ou pertinência) é um meio empregado para vedar o arbítrio, através da ponderação entre o meio empregado e o fim que se deve atingir. Assim, sob o prisma da adequação, numa colisão de direitos fundamentais, deve prevalecer aquele que se demonstre mais pertinente para atingir o fim, tendo como baliza a realização do interesse público, segundo ensina Ulrich Zimmerli, citado por Daniela Lacerda¹².

A *necessidade* impõe que a medida não exceda os limites indispensáveis à consecução do fim legítimo almejado. Deve-se lançar mão do menor esforço possível ou buscar o resultado menos gravoso dentre os renunciados. Por esta razão, Xavier Philippe define este subprincípio com a máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”.

Na perspectiva do presente estudo, temos que este subprincípio é fundamental para o intérprete quando este se coloca diante de uma colisão de direitos, pois servirá de norte para a aplicação da solução que cause o menor gravame possível aos envolvidos no caso concreto. Assim, vislumbrando-se duas soluções para a situação conflituosa, escolhe-se aquela que se mostre necessária, exigível para o caso e sem a qual restariam lesados de forma inaceitável interesses do cidadão.

O *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, também é denominado razoabilidade, exigibilidade ou de justa medida. Exige que haja uma ponderação da relação entre os danos causados por determinada medida e os resultados obtidos. Fere-se este subprincípio quando da aplicação de medida excessiva, injustificável. Tendo em vista tais características, Gilmar Mendes define a sua função: “*A proporcionalidade em*

¹¹ BONAVIDES, Paulo *Curso de Direito Constitucional.. cit.*, p. 397.

¹² SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva. *O Princípio da Proporcionalidade*. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 363.

sentido estrito assumiria, assim, o papel de uma 'controle de sintonia fina', indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão"¹³.

A simples análise dos subprincípios da proporcionalidade é suficiente para elevar este princípio ao patamar de grande ferramenta para a solução de colisão de direitos fundamentais. Tal constatação resta fortalecida com a doutrina de Paulo Bonavides, segundo a qual o princípio da proporcionalidade vincula-se ao Direito Constitucional por via dos direitos fundamentais, na medida em que é nesta seara que ele ganha extrema importância e coloca-se no mesmo nível de prestígio e difusão dos princípios cardeais da Constituição, como o da igualdade¹⁴.

Ademais, ainda de acordo com o citado mestre, o princípio da proporcionalidade, além de ser essencial da Constituição, representa mesmo um eficiente instrumento de interpretação, na medida em que aparece como forte aliado de uma hermenêutica afastada do formalismo puro. Assim se expressa Bonavides:

...princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (Erforderlichkeit) ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave ("das Prinzip der Wahl des mildesten Mittels")¹⁵

Destarte, na análise da colisão de direitos, é imprescindível o recurso à proporcionalidade como forma de suavizar a aplicação pura e direta das normas constitucionais, sempre tendo em mente os valores envolvidos e a melhor maneira de otimizar sua aplicação, balizando a interpretação pela efetivação do interesse público, no mesmo momento em que se impede sacrifício aos direitos do indivíduo.

3.4 – Princípio fundamental da dignidade da pessoa humana

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões*, cit., p. 251.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.. cit.*, p.359.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.. cit.*, p.395.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas traz em seu Art. 1º o fundamento jurídico do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A Constituição brasileira de 1988, no mesmo diapasão, elencou aludido princípio entre aqueles determinados como fundamentais para a conformação do Estado Democrático de Direito a ser moldado no Brasil (Art. 1º, III da CF/88).

Imprescindível, portanto, é a análise da dignidade da pessoa humana como elemento balizador de qualquer interpretação constitucional, máxime quando envolvidos direitos fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana, em razão de seu caráter semântico e estruturalmente aberto, é de definição difícil. Ingente tarefa é reduzi-lo a uma forma abstrata e genérica. Por esta razão, parte da doutrina, Nippederney incluso, entende desnecessário conceitua-lo, visto que se trata de uma idéia imanente à natureza humana. Sua principal característica é que ele assegura um mínimo de respeito ao homem pelo simples fato de ser homem, visto que todos são iguais em dignidade.

Somente no caso concreto podem ser vislumbrados os contornos da dignidade da pessoa humana de forma mais nítida e, ainda assim, por uma perspectiva negativa. Tal ocorre quando o homem passa a ser desconsiderado como sujeito de direitos. Assim, quando se delineia uma situação de redução do homem a um objeto, estar-se-á diante de flagrante afronta à sua dignidade enquanto ser humano.

Partindo desta constatação é possível enumerar algumas situações nas quais há atentado à dignidade da pessoa humana, facilitando a fixação do conteúdo deste princípio fundamental. Neste tocante, doutrina Ingo Wolfgang Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forme objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a

*dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças*¹⁶.

Toda a atividade estatal deve desenrolar-se com total respeito à dignidade da pessoa humana. Esta constatação vale tanto para uma perspectiva negativa como positiva. Em outras palavras, cabe aos órgãos estatais abster-se de interferir na esfera individual, bem como usar de todo o seu aparato para evitar que terceiros, mesmo que no uso de sua liberdade, afrontem a dignidade de qualquer dos cidadãos.

Este amplo campo de abrangência deixa antever que o princípio em estudo é a fonte de onde emanam os direitos fundamentais. Ou, em outra perspectiva, estes últimos representam verdadeiras concretizações da exigência de respeito à dignidade da pessoa humana. De fato, um indivíduo que tem para si reconhecidos e aplicados todos os direitos fundamentais, está sendo respeitado em sua dignidade. Sobre o assunto Edilson Pereira de Farias é categórico:

*O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III)*¹⁷.

Por todos os motivos já expostos o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana funciona como poderosa arma na complexa tarefa de resolver colisões de direitos fundamentais. Se estes representam desdobramentos, concretizações e exigências daquele, é natural que, em uma eventual interpretação, a dignidade da pessoa humana seja o ponto de apoio e a finalidade a ser alcançada. É neste sentido que deve ser orientada a ponderação solucionadora de colisões. Ana Paula de Barcellos comunga de opinião idêntica:

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cit., p.118.

¹⁷ FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus Liberdade de Expressão e Informação*, cit, p.395.

Como se sabe, os princípios constitucionais – e em especial o princípio da dignidade da pessoa humana – manifestam as decisões fundamentais do constituinte, que deverão vincular o intérprete em geral e o Poder Público em particular.(...) Em suma: o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício¹⁸.

Ressalte-se, por fim, que o princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser enxergado como absoluto, ou regra axiomática que deve prevalecer em todas as circunstâncias. Na verdade, trata-se de mais um parâmetro a ser utilizado no exercício de ponderação, dotado de grande autoridade, mercê, principalmente, de seu *status* de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (no específico caso brasileiro). Por esta razão deve sempre ser considerado para a solução de colisão de direitos fundamentais, como valor-guia destes.

CONCLUSÃO

Na seara dos direitos fundamentais existem diversas situações fáticas nas quais há dúvida quanto à aplicação das normas, em razão das diversas previsões que se aplicam ao mesmo caso, gerando um verdadeiro conflito. Entretanto, dada a necessidade de manutenção da unidade da Constituição, é preciso que sejam delineadas soluções a serem aplicadas pelo intérprete diante de um caso concreto. Tal exigência agiganta-se quando é o juiz que se coloca perante uma situação como estas, sentindo pesar-lhe sobre os ombros o princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional.

Inicialmente, o intérprete precisa constatar a existência de tensão entre dois ou mais direitos fundamentais, clamando por invocação perante uma determinada situação da vida, que, por sua vez, impede a aplicação de ambos ao mesmo tempo. Em síntese, deve-se primeiramente detectar a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais. Chega-se a tanto, lembre-se, após a verificação dos âmbitos de proteção dos direitos envolvidos, para que não se crie uma situação de colisão aparente.

¹⁸BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.146

Num segundo momento, estuda-se se há possibilidade de aplicação de um direito fundamental em detrimento do outro por albergar valores tidos por fundamentais para a ordem constitucional, sem prejuízo para o sistema. A atenção deve, neste particular, estar voltada para o princípio da unidade da Constituição. A um só tempo, procura-se, tanto quanto possível, dotar da máxima efetividade cada um dos direitos envolvidos, como uma exigência do princípio da concordância prática.

Passa-se, posteriormente, ao exame da proporcionalidade, com especial atenção para a aplicação de todos os subprincípios abrangidos, a saber, adequação, necessidade e razoabilidade (proporcionalidade em sentido estrito). Desta maneira serão examinadas, dentre as soluções propostas para o caso, qual a mais necessária, adequada e razoável, após um exercício de sopesamento dos valores e interesses envolvidos.

Por fim, cabe ao intérprete analisar em que medida a decisão a ser tomada para destrinçar a colisão de direitos fundamentais atende ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Com efeito, este princípio, juridicizado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e elevado à categoria de fundamento do Estado de Direito brasileiro pela Constituição de 1988, representa um importante critério hermenêutico, servindo de norte e cujo respeito aparece até mesmo como um fim a ser alcançado.

Diante de todos estes parâmetros apresenta-se o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo o Estado atuar, principalmente através da função jurisdicional, sempre tendo como meta o respeito a este princípio, seja cuidando para não atentar contra este, seja possibilitando que sua observância seja efetiva, utilizando-se de todos os meios disponíveis para esta atuação positiva. Diante da colisão de direitos fundamentais, portanto, a situação mais robusta, que deve prevalecer ordinariamente, é aquela que mais se aproxime da efetivação e respeito à dignidade da pessoa humana.

Seguindo estes parâmetros, será possível delinear-se certa uniformidade das decisões envolvendo colisões de direitos fundamentais, em benefício da unidade e coerência do sistema; da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. "Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional", in: Luis Roberto Barroso (Org.), *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 49-118.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BRANCO Paulo Gustavo Gonet. "Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais", in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.103-194.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus Liberdade de Expressão e Informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões", in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.197-322.

SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva. "O Princípio da Proporcionalidade". In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 359-381.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.