



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
RAMON GRAHL PEREIRA

**COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Araranguá

2019

RAMON GRAHL PEREIRA

**COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Fátima Caldeira Hassan, Dr^a

Araranguá

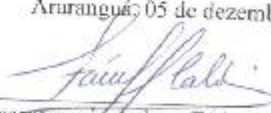
2019

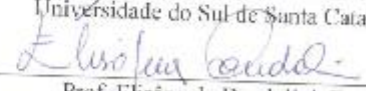
RAMON GRAHL PEREIRA

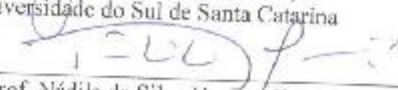
**COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:
SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Araranguá, 05 de dezembro de 2019.


Professora e orientadora, Fátima Hassan Caldeira, Dr.
Universidade do Sul de Santa Catarina


Prof. Elisângela Dandolini, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina


Prof. Nádila da Silva Hassan, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer e dedicar a presente monografia às seguintes pessoas:

Meus pais, Ieda e Lédio, que desde sempre me apoiaram e me proporcionaram o impossível para que eu atingisse esse sonho.

Meu irmão, André, que sempre me incentivou, ensinou e amparou-me nos momentos difíceis.

Aos meus amigos, Eduarda, Júlia, Katrine e Michel, pessoas que foram importantes e especiais no decorrer dessa jornada.

E à minha orientadora Fátima Caldeira, além de ser um grande espelho como profissional, é a pessoa responsável pelo nascimento e pela conclusão dessa dissertação, agradeço profundamente por todo o trabalho realizado.

E às demais pessoas, que não foram citadas, agradeço pela sua passagem na minha vida, e sinto por seu nome não constar aqui.

“Fortis Fortuna adiuvat” (Publius Terentius Afer).

RESUMO

Os direitos fundamentais, consagrados pela Constituição Brasileira de 1988, são máximas de proteção ao indivíduo. Entretanto, apesar de sua notória proteção constitucional, são suscetíveis de relativização, uma vez que a proteção é de caráter relativo. O presente trabalho de conclusão de curso, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documental, tem por finalidade analisar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, apresentando as soluções propostas pelo referido tribunal quando do surgimento de colisões entre direitos fundamentais, dando maior relevância ao princípio da proporcionalidade e ao método de sopesamento de valores. Buscou-se demonstrar a importância do Supremo Tribunal Federal na resolução de conflitos entre direitos fundamentais. Foi possível verificar que o exercício de um direito é sempre mitigado em face de outro, e, quando existe a colisão, necessariamente serão utilizadas as ferramentas constitucionais, a exemplo, da hermenêutica constitucional. Não sendo possível, a aplicação dos recursos principiológicos e dos mecanismos constitucionais, será aplicado o método da ponderação ou sopesamento de valores em conjunto com o princípio da proporcionalidade. Assim, concluiu-se que a resolução das colisões entre direitos fundamentais dar-se-á somente a partir do caso em concreto, levando-se em conta inúmeras ferramentas interpretativas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Colisão de Direitos Fundamentais. Direito Constitucional. Direitos fundamentais. Princípio da Proporcionalidade. Ponderação.

ABSTRACT

The fundamental rights hallowed by the Brazilian Constitution of 1988 are the maximum protection of the individual. Thus, despite their celebrated constitutional protection they are susceptible to relativization, since protection is relative as over and above. This term paper, utilizing bibliographic and documentary research, has the objective to evaluate the decisions of the Brazilian Supreme Court, presenting the solutions proposed by the referred court when existing collisions between fundamental rights, concentrating on the principle of proportional justice and to the balancing of values method. There was an effort to demonstrate the importance of the Brazilian Supreme Court in resolving conflicts between fundamental rights. It was possible to verify that the exercise of a right is always alleviated in the face of another, and when there is a collision, will be necessarily to use the constitutional tools, such as constitutional hermeneutics, principles, constitutional mechanisms and the method of weighing of values will be applied composed with the principle of proportional justice. Thus, it was concluded that the resolution of conflicts between fundamental rights will only succeed from the specific case, considering numerous interpretative tools used by the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Collision of Fundamental Rights. Constitutional rights. Fundamental rights. Principle of proportional justice. Balancing of values method.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
2.1	EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
2.2	DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.2.1	Dimensões ou Gerações.....	13
2.2.2	Primeira dimensão de direito fundamental	13
2.2.3	Segunda dimensão dos direitos fundamentais.....	14
2.2.4	Terceira dimensão de direitos fundamentais.....	16
2.2.5	Quarta dimensão de direitos fundamentais.....	16
2.2.6	Quinta dimensão de direitos fundamentais	17
2.3	A TEORIA DOS STATUS DE JELLINEK	18
2.4	CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
2.5	DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	21
2.6	DOS DEVERES FUNDAMENTAIS	22
2.7	TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	23
2.8	APLICABILIDADE IMEDIATA	25
2.9	ASPECTOS GERAIS DA DIVISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	26
3	COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	29
3.1	NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	29
3.2	RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	29
3.3	BASE PRINCÍPIOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	31
3.3.1	Princípio da proporcionalidade	32
3.3.1.1	Adequação	34
3.3.1.2	Necessidade	35
3.3.1.3	Proporcionalidade em sentido estrito	37
3.3.2	A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	38
3.3.3	Da proibição do excesso à proibição da proteção insuficiente	39
3.3.4	O princípio da proteção do núcleo essencial.....	40
3.4	HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	42

3.4.1	Introdução.....	42
3.4.2	Princípios de interpretação da Constituição.....	44
3.4.2.1	Princípio da unidade da Constituição	44
3.4.2.2	Princípio da eficácia integradora	44
3.4.2.3	Princípio da concordância prática	45
3.4.2.4	Princípio da força normativa	45
3.4.2.5	Princípio da máxima efetividade	46
3.4.2.6	Princípio da conformidade funcional	47
3.4.2.7	Interpretação conforme a Constituição.....	47
3.4.3	Métodos de interpretação da Constituição	48
3.4.3.1	Método hermenêutico clássico	48
3.4.3.2	O método tópico-problemático.....	48
3.4.3.3	O método hermenêutico-concretizador	49
3.4.3.4	Método científico-espiritual	49
3.4.3.5	O método normativo-estruturante.....	49
3.4.3.6	A interpretação comparativa.....	50
3.5	MÉTODO DE PONDERAÇÃO.....	50
3.5.1	Origem.....	51
3.5.2	A técnica de ponderação	52
3.5.3	Parâmetros gerais da ponderação	54
3.6	COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	56
3.6.1	As colisões.....	57
3.6.2	A solução das colisões entre direitos fundamentais sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal.....	58
3.6.2.1	Introdução às colisões.....	58
3.6.2.2	A colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	61
4	CONCLUSÃO.....	68
	REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional é um dos ramos mais importantes do Direito brasileiro, uma vez que sua repercussão se dá na esfera social, econômica e individual da sociedade. Considerando que, em sua essência, encontram-se os direitos inerentes à vida e à liberdade, também denominados de Direitos Fundamentais, os quais norteiam os princípios basilares do Direito pátrio.

Os direitos fundamentais estão no Título II, da Constituição de 1988 e estão subdivididos em capítulos: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, “Dos Direitos Sociais”, “Da Nacionalidade” e “Dos Direitos Políticos”.

Temos, dentre esses direitos básicos, primordialmente a liberdade, a vida, a igualdade, a educação e a segurança.

Tais direitos surgem em razão de um clamor social, buscando prestações positivas e/ou negativas do Estado, em razão do autoritarismo vivenciado à época em que cada um deles foi forjado e conquistado. Sua evolução histórica contempla, cronologicamente, em princípio, os movimentos em prol da liberdade, posteriormente, aqueles em busca da solidariedade e, por fim, aqueles que representavam alcançar a fraternidade, evidenciando, como se percebe, o próprio lema da Revolução Francesa.

Essa luta deu resultado ao que a doutrina chama de dimensões de direitos fundamentais, que são o resultado de aquisições de direitos, de imposições ao Estado e de exigências de prestações.

Bonavides elucida que

os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (2004, p. 563-564).

Entretanto, embora oponíveis, existe uma limitação aos Direitos Fundamentais, uma vez que são relativos. Ou seja, necessitam de uma jurisdição em caso de conflito. Essa jurisdição provém do Supremo Tribunal Federal (STF), através da interpretação da Constituição Federal e pela utilização de princípios constitucionais para proferir decisões pelas quais se oprimam minimamente os direitos envolvidos.

Em caso de conflito entre eles, é necessária uma análise pelo Supremo Tribunal Federal, responsável pela apreciação de temas constitucionais. É com base nisso que

buscaremos discorrer, neste trabalho, sobre como o órgão máximo procede à resolução dos conflitos entre direitos fundamentais, assim como verificar quais mecanismos e princípios embasam suas decisões em busca da justiça.

Salienta-se que todos, em algum momento da vida, poderão deparar-se com uma situação, no ordenamento jurídico brasileiro, onde estejam em confronto um de seus direitos fundamentais versus o de outrem. Dessa forma, diante da necessidade de segurança jurídica e do fato de a discussão ser de natureza constitucional, uma vez que os direitos fundamentais, são princípios em que se baseiam o ordenamento jurídico, quando ocorre o conflito entre eles, é necessária uma pacificação do tema, necessitando, portanto, da hermenêutica do Supremo Tribunal Federal.

Para alcançar a pretensão de identificar como é solucionada a colisão entre direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal, pretende-se apresentar como é utilizado pelo referido órgão o princípio da proporcionalidade, as proteções e as restrições que possuem no âmbito jurisdicional os direitos fundamentais e, ainda, a aplicação da ponderação.

Para chegarmos à conclusão pretendida, além de ser utilizada a pesquisa bibliográfica, utilizou-se a pesquisa documental, baseada em fontes legislativas e jurisprudenciais. É importante destacar que nossa pesquisa terá um caráter exploratório, tendo como objetivo explorar temas que ainda não possuem pacificação, ou seja, buscando o aprimoramento de ideias.

O presente trabalho monográfico tem por finalidade apresentar a solução da colisão entre direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal através dos pressupostos da hermenêutica constitucional, dos princípios constitucionais e do método de ponderação.

Para tanto, este trabalho foi dividido em dois capítulos: o primeiro trata dos Direitos Fundamentais, conceituando-os, demonstrando sua origem e demais classificações doutrinária, o segundo, por sua vez, trata mais diretamente a respeito da colisão dos direitos fundamentais, elucidando o que são colisões, demonstrando a hermenêutica constitucional e a base principiológica e, por fim, demonstrando algumas soluções entre colisões de direitos fundamentais levadas a efeito pelo Supremo Tribunal Federal.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esse capítulo foi dividido em nove seções. A primeira trata da evolução dos direitos fundamentais; a segunda aborda as dimensões desses direitos; a terceira apresenta a Teoria dos Status de Jellinek; a quarta expõe as características dos direitos fundamentais; a quinta situa os direitos e garantias fundamentais; a sexta apresenta os deveres fundamentais; a sétima traz a Teoria da Eficácia Horizontal dos direitos fundamentais; a oitava verifica a questão da aplicabilidade imediata e, por fim, a nona traz aspectos gerais da divisão dos direitos fundamentais na Constituição Federal.

2.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O prelúdio dos direitos fundamentais surgiu diante de um clamor social por um Estado de Direito, visando à proteção dos direitos inerentes à pessoa humana.

Conforme observa Sarlet (2012, p. 24),

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

Essa legitimação do indivíduo ante o Estado também é oportunamente colocada por Branco (2017, p. 127) quando afirma que

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

O berço da expressão direitos fundamentais tem sua raiz na França, em um movimento cultural e político que originou a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (NOVELINO, 2016, p. 267).

Acerca do conceito histórico de direitos fundamentais, Novelino (2016, p. 267) ensina que

Apesar da inexistência de um consenso acerca da diferença em relação aos direitos humanos, a distinção mais usual na doutrina brasileira é no sentido de que ambos, com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, abrangem direitos relacionados à liberdade e à igualdade, mas positivados em planos distintos. Enquanto os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), os direitos fundamentais são os direitos

humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de acordo com cada Estado.

Ora, fica evidente que, a finalidade para a qual emergiram os direitos fundamentais e, necessariamente, sua positivação, residia na busca pela delimitação do poder, conforme anota Moraes (2017, p. 44) ao afirmar que

Ressalte-se que o estabelecimento de constituições escritas está diretamente ligado à edição de declarações de direitos do homem. Com a finalidade de estabelecimento de limites ao poder político, ocorrendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.

Outro fator histórico que contribuiu fortemente para a construção dos direitos fundamentais foi, segundo Branco (2017, p. 128), o *Bill of Rights* de Virgínia. *In verbis*, afirma o autor que

situa-se o ponto fulcral do desenvolvimento dos direitos fundamentais na segunda metade do século XVIII, sobretudo com o *Bill of Rights* de Virgínia (1776), quando se dá a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, até ali mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que a normas jurídicas obrigatórias, exigíveis judicialmente.

Já no Brasil, a Constituição Federal de 1988 classificou, em seu título II, os direitos e as garantias fundamentais da seguinte forma: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos relativos à nacionalidade, direitos políticos e os relativos aos partidos políticos (BRASIL, CRFB, 2019). Entretanto, cabe salientar, quanto aos direitos e garantias fundamentais, que esses não se restringem ao art. 5º da Constituição Federal, uma vez que, conforme salienta Lenza (2016, p. 1625), eles podem ser encontrados, também, em tratados e convenções internacionais.

Para Novellino (2016, p. 272) e Lenza (2016, p. 1626), o lema da Revolução Francesa do século XVIII, “*Liberdade, igualdade e fraternidade*”, foi o que ensejou a classificação dos direitos, em princípio, em 3 dimensões: 1ª, 2ª e 3ª dimensão. Mas Lenza (2016, p. 1626) acrescenta que os direitos “[...] iriam evoluir segundo a doutrina para uma 4.ª e 5.ª dimensão”.

Assim, reconhece-se a importância dos direitos fundamentais para a atual composição do Estado de Direito com que, atualmente, convive a maioria dos países democráticos.

2.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Essa seção foi dividida em seis subseções. A primeira diferencia dimensões de gerações e cada uma das outras trata de uma das cinco dimensões dos direitos fundamentais a que nos referimos anteriormente.

2.2.1 Dimensões ou Gerações

Como ressalta Novellino, as gerações de direitos fundamentais surgiram em momentos distintos, atendendo às necessidades da sociedade de cada época (2016, p. 272). Para o autor, foi “a consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais” que “deu origem às chamadas gerações de direitos fundamentais” (NOVELINO, 2016, p. 272).

Novellino (2016, p. 272) e Lenza (2016, p. 1626) entendem que, atualmente, a ideia das gerações de direitos fundamentais é melhor traduzida pela terminologia dimensões de direitos fundamentais, uma vez que uma dimensão posterior não leva ao abandono da anterior, ou seja, não importa na extinção das anteriores. Além disso, majoritariamente, entre a doutrina, a expressão dimensões dos direitos fundamentais é a mais recepcionada e reconhecida, em razão do fato de que a somatização das dimensões anteriores importa no surgimento da próxima dimensão.

2.2.2 Primeira dimensão de direito fundamental

A primeira dimensão de direitos fundamentais surge a partir da Revolução Francesa, no século XVIII, a qual, como já vimos, desdobrou-se em três premissas máximas relativas aos direitos fundamentais e que passariam a ser a base de todo um ordenamento jurídico, representadas pela liberdade, pela igualdade e pela fraternidade.

Na visão de Bonavides, saímos de uma concepção jusnaturalista, que possuía uma base de universalidade abstrata dos direitos para uma universalidade material e concreta dos direitos fundamentais (2004, p. 562-563), passando à concepção de uma nova necessidade: a positivação dos direitos no ordenamento jurídico.

Cabe ressaltar que Lenza (2016, p. 1626), Bonavides (2004, p. 563-564), Branco (2017, p. 128) e Novellino (2016, p. 272) entendem que a primeira dimensão dos direitos fundamentais são uma forma de resistência do indivíduo contra o Estado, ou seja, trata-se de uma limitação ao poder do Estado, tendo, em contrapartida, a valorização das liberdades

individuais. Nesse norte, Branco (2017, p. 128) destaca, ainda, que a função do Estado é servir aos cidadãos, garantindo-lhes os direitos básicos. *In verbis*, afirma o autor que

A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos (2017, p. 128).

Conforme Novellino (2016, p. 272), tais direitos traduzem o “valor liberdade” e “[...] surgiram com as primeiras constituições escritas, cujos textos consagraram os direitos civis e políticos”.

Lenza (2016, p. 1627) elenca alguns documentos históricos dos Séculos XVII, XVIII e XIX que foram essenciais à elucidação e positivação dos direitos de primeira geração. São eles: “Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; Paz de Westfália (1648); *Habeas Corpus Act* (1679); *Bill of Rights* (1688); Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789)”.

Por fim, Novellino, conclui que são direitos que “[...] têm como titular o indivíduo e são oponíveis, sobretudo, ao Estado, principal destinatário do dever de abstenção (caráter negativo)” (2016, p. 272).

2.2.3 Segunda dimensão dos direitos fundamentais

Segundo Branco, a eclosão da segunda dimensão de direitos fundamentais decorre do descaso com os problemas sociais, associados ao crescimento demográfico e ao aumento das disparidades sociais que levaram à necessidade do advento de um Estado de bem-estar social que fez com que este necessitasse exercer seu poder de maneira mais ativa, objetivando a justiça social. Dessa forma, surgiu a necessidade de que o Estado assumisse a pretensão de sanar as angústias estruturais da sociedade a partir de diversas intervenções, dentre as quais a intervenção na economia, objetivando a justiça social. Para o autor, a partir desse momento, a sociedade passou a requerer uma nova satisfação de direitos, não mais focada na abstenção do Estado, mas sim em uma prestação positiva (2017, p. 129).

Entendem Bonavides (2004, p. 565), Lenza (2016, p. 1627) e Novellino (2016, p. 272-273) que a segunda dimensão de direitos fundamentais incorpora os direitos sociais, econômicos e culturais, traduzindo uma ideia de coletividade e prezando-se, neles, o princípio da igualdade.

Branco (2017, p. 149) acrescenta que, em razão da escassez de recursos econômicos alocáveis para reduzir as desigualdades sociais, tais direitos submetem-se à reserva do possível, no sentido de que o Estado agia conforme sua capacidade financeira e sua disponibilidade de recursos. Entretanto, essa situação gerava uma eficácia duvidosa da atuação estatal para com a sociedade, considerando que nem sempre era possível arcar com as necessidades sociais. Novelino (2016, p. 273) acresce que tais direitos

passaram a ser amplamente garantidos a partir das primeiras décadas do século XX. A dependência de recursos orçamentários para a implementação das prestações materiais e jurídicas necessárias à redução das desigualdades no plano fático ("reserva do possível"), é apontada como principal responsável pelo menor grau de efetividade alcançado por esses direitos quando comparados com os direitos de defesa.

Bonavides conclui que o surgimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais, ou seja, dos direitos sociais, levou ao advento de uma nova pretensão, baseada no fato de que, além de ser necessário proteger o indivíduo, é necessário proteger a **instituição**, “uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais” e onde somente o coletivo passaria a sanar as necessidades do homem social (2004, p. 565). Dessa forma, as garantias institucionais passaram a ganhar vigor, uma vez que os direitos fundamentais não são unicamente sobre direitos acerca da liberdade individual.

Dessa forma, Bonavides (2004, p. 569) entende que

Se na fase da primeira geração os direitos fundamentais consistiam essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, a partir da segunda geração tais direitos passaram a compreender, além daquelas garantias, também os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a lei maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras.

Bonavides conclui, afirmando que a concepção de objetividade e de valores relativos aos direitos fundamentais fizeram com que tanto o princípio da igualdade quanto o princípio da liberdade passassem a ter um novo sentido, superando o mero direito individual, mas passando a refletir uma garantia de proteção do indivíduo contra atos arbitrários do Estado (2004, p. 568-569).

2.2.4 Terceira dimensão de direitos fundamentais

A terceira dimensão de direitos fundamentais são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, eis que, segundo Novellino, estão ligados à necessidade de diminuir as diferenças entre os países subdesenvolvidos e desenvolvidos através da cooperação entre si (2016, p. 273).

Lenza menciona ainda que há uma profunda alteração na sociedade, reflexo da comunidade internacional “(sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se profundas alterações nas relações econômico-sociais” (2016, p. 1628).

Para o autor em comento, tais direitos são transindividuais, pois vão além dos interesses do indivíduo, “[...] pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade” (LENZA, 2016, p. 1629).

Branco (2017, p. 129) acrescenta que os direitos de terceira geração

peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural

Bonavides acresce que tais direitos abarcam temas como: “[...] o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação, e ao patrimônio comum da humanidade” (2004, p. 569).

2.2.5 Quarta dimensão de direitos fundamentais

A quarta dimensão dos direitos fundamentais diz a respeito à universalização dos direitos fundamentais.

Bonavides entende que o futuro da humanidade e da cidadania está atrelado à institucionalização do Estado Social, sendo indispensável para a legitimidade e a humanização da cidadania, uma vez que, o foco de tal dimensão foi introduzir o direito à democracia, à informação e ao pluralismo (2004, p. 571).

Novellino (2016, p. 273) lembra-nos do “caráter dinâmico da trajetória histórico-evolutiva” dos direitos fundamentais, apesar de ainda ligados direta ou indiretamente aos três princípios da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Sarlet (2012 *apud* LENZA, 2016, p. 1630), comentando o pensamento de Bonavides ([s.d.]) afirma que

A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece a nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.

Ainda, com base em Bonavides, é necessário ressaltar que todas as dimensões que existiram foram concebidas para chegar ao ápice da atual geração, a do tão sonhado direito à democracia, valor máximo para um Estado de Direito. Entretanto, como salienta o autor, os direitos das dimensões anteriores são as bases da democracia. Ou seja, o que era pretendido pelas dimensões anteriores foi alcançado através da globalização política, que ensejou uma libertação. Diante disso, Bonavides conclui que a quarta dimensão dos direitos fundamentais é responsável pelo futuro dos povos, uma vez que o direito à cidadania e à democracia permitem ao homem conhecer da globalização econômica e cultural e somente através de tais acessos será possível alcançar a globalização política, uma vez que esta é escassa (BONAVIDES, 2004, p. 572).

2.2.6 Quinta dimensão de direitos fundamentais

Bonavides (1996, 2010), Novelino (2016, p. 273) e Lenza (2016, p. 1630) entendem que, apesar da classificação de Karel Vasak, criador da noção geracional dos direitos fundamentais, atribuir o direito à paz aos direitos de terceira geração, deveria existir uma dimensão própria para esse direito – a quinta dimensão de direitos fundamentais – por se tratar do maior direito da humanidade, uma vez que, no entendimento de Bonavides, ele é o axioma da democracia participativa, “um supremo direito da humanidade” e, por isso é essencial que o direito à paz seja positivado nas Cartas Magnas.

Outrossim, Bonavides (2004) destaca que há consenso da doutrina acerca da Teoria de Vasak no que diz respeito à primeira até a terceira dimensões de direitos, não havendo consenso, porém, em relação à quarta e à quinta dimensões.

2.3 A TEORIA DOS STATUS DE JELLINEK

Conforme Novelino, existem três classificações doutrinárias em relação aos direitos fundamentais: a concepção unitária, a concepção dualista e, por fim, a concepção trialista. A concepção trialista é, segundo o autor, a mais adotada pela doutrina brasileira, a qual acresce aos direitos de defesa, os direitos prestacionais e os direitos de participação. Essa concepção tem por base a teoria do status de Jellinek (2016, p. 268-270).

Para Novelino (2016, p. 268), a teoria do status é de suma importância para a classificação dos direitos fundamentais, uma vez que “o direito fundamental, em toda a sua complexidade e completude, é um feixe de posições de diferentes conteúdos e estruturas”. Em princípio, tal teoria alerta que um status não pode ser confundido com um direito. Um status caracteriza-se a partir de “uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo”.

Novelino (2016, p. 269) exemplifica, afirmando que

Segundo a concepção de Jellinek, o direito tem como conteúdo o “ter” (ex.: aquisição de um terreno diz respeito apenas ao “ter”), ao passo que o status tem como conteúdo o “ser” (ex.: o direito de votar e o direito de livremente adquirir uma propriedade modifica o status de uma pessoa e com isso o seu “ser”).

As “relações de status”, segundo a teoria do status de Jellinek, podem ser de quatro tipos: status passivo, status negativo, status positivo e status ativo (NOVELINO, 2016, p. 268).

Lenza (2016, p. 1636) e Novelino (2016, p. 269) resumem as divisões de Jellinek:

- a) O **status passivo** diz respeito à submissão do indivíduo frente ao Estado na esfera das obrigações individuais. Ou seja, o indivíduo encontra-se em um estado de sujeição em face do poder público. Segundo Lenza, “existe para o indivíduo algum tipo de dever ou proibição estatal ao qual está sujeito” (2016, p. 1636);
- b) O **status negativo** tem como divisão dois sentidos. Em *stricto sensu*, diz respeito às liberdades jurídicas não tuteladas. Em *lato sensu*, que possui maior repercussão doutrinária, diz respeito aos direitos de defesa, os quais pressupõem que o Estado não intervenha na liberdade da sociedade, ou seja, prevê uma ação negativa do ente estatal. Nesse sentido, dizemos que autoridade do Estado é exercida sobre homens de direito livres;

Em relação a essas duas primeiras classificações, Novelino ressalta que

Como se pode notar, os status passivo e negativo são antagônicos, pois este tem como conteúdo as liberdades individuais (faculdades) e aquele as obrigações impostas aos indivíduos (deveres e proibições).

- c) O **status positivo** é o direito de o indivíduo exigir do Estado que este realize uma prestação em seu favor. Ou seja, o indivíduo possui direitos em face do Estado, para que este realize ações estatais;
- d) E por último, o **status ativo**, no qual indivíduo possui influência na formação da vontade do Estado, como quando este exerce atividades que extrapolem sua liberdade natural, por exemplo o direito de votar.

2.4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mesmo com toda a complexidade de conceituação dos direitos fundamentais, existem certas características que os identificam e os distinguem dos demais direitos.

Novelino (2016, p. 270-271), Lenza (2016, p. 1631) e Branco (2017, p. 132) apresentam diversas características. É com base nesses autores que as explicitamos nos parágrafos seguintes.

Segundo a característica da **universalidade**, os direitos fundamentais destinam-se a todos os seres humanos, uma vez que são a expressão da liberdade e da dignidade humana. Portanto, em razão do seu valor máximo dizer respeito à dignidade humana, é de suma importância que certos direitos estejam acima de quem os concedeu.

Entretanto, Branco (2017, p. 133) ensina-nos que, apesar de universais, os direitos fundamentais não são absolutos, ou seja, pode haver limitações a eles. Hoje é pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer restrições tanto por valores de ordem constitucional quanto por outros direitos fundamentais, para que se possam estabelecer objetivos estatais e sociais.

A característica da **historicidade** dos direitos fundamentais diz respeito a que estes surgem e têm seu desenvolvimento de acordo com a era histórica em que se encontram. Pode, inclusive, haver possibilidade de alteração quanto ao seu significado conforme o tempo se passa. Assim, não há como falar em correspondência exata do seu conceito ou conteúdo em todo lugar e a qualquer tempo, uma vez que somente fazem sentido em certo momento histórico.

Outra característica importante é a da **Inalienabilidade/indisponibilidade**. Por serem direitos inerentes à vida, não possuem conteúdo econômico ou patrimonial, por isso não podem ser alienados. São, portanto, intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis.

Branco (2017, p. 135) faz uma importante menção acerca da Inalienabilidade ao afirmar que

Uma vez que a indisponibilidade se funda na dignidade humana e esta se vincula à potencialidade do homem de se autodeterminar e de ser livre, nem todos os direitos fundamentais possuiriam tal característica. Apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis. Indisponíveis, portanto, seriam os direitos que visam resguardar a vida biológica – sem a qual não há substrato físico para o conceito de dignidade – ou que intentem preservar as condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa.

De acordo com Lenza (2016, p. 1632) e Novellino (2016, p. 270) esses direitos ainda possuem, como características, a **imprescritibilidade**, ou seja, a prescrição não os alcança, em razão de serem direitos personalíssimos, não há perda da exigibilidade dos mesmos.

Ainda outra característica refere-se à **irrenunciabilidade**, ou seja, não é possível que seja admitida a renúncia a um direito fundamental, o que pode ocorrer é o indivíduo não exercer o seu direito, mas nunca renunciar a ele.

Quanto a ser possível a limitação voluntária dos direitos, Novellino (2017, p. 270) afirma que

a limitação voluntária seja válida sob certas condições, sendo necessário verificar na análise da validade do ato a finalidade da renúncia, o direito fundamental concreto a ser preservado e a posição jurídica do titular (livre e autodeterminada). A autolimitação voluntária está sujeita, a qualquer tempo, à revogação. O não exercício ou o uso negativo de um direito (não participar de uma manifestação, não se filiar a um partido político, não interpor um recurso ...) não significa renúncia por parte do titular.

Dentre as classificações utilizadas por estes autores, há certas menções a características que não são comuns. Vejamos, então, que características são essas:

Lenza (2016, p. 1632) atribui, como característica, a **concorrência** em razão de os direitos fundamentais poderem ter seu exercício cumulado. O autor cita: “por exemplo, o jornalista transmite uma notícia (direito de informação) e, ao mesmo tempo, emite uma opinião (direito de opinião)” (LENZA, 2016, p. 1632).

Novellino (2016, p. 271), por sua vez, traz a característica da **relatividade** uma vez que os direitos possuem limitações frente a outros direitos. Isso coaduna-se ao pensamento de

Branco (2017), anteriormente mencionado, que afirma que os direitos possuem restrições face a outros direitos e ao interesse coletivo.

Por fim, Branco (2017, p. 135) apresenta a característica da **constitucionalização**, pelo fato de tais direitos serem consagrados em preceitos constitucionais. É em vista de tal classificação que se diferenciam os direitos humanos dos direitos fundamentais. Segundo o autor, os direitos humanos são “reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, com índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular” (BRANCO, 2017, p. 135).

Branco acresce, ainda, acerca da expressão direitos humanos, que “por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional” (2017, p. 136). Já a expressão direitos fundamentais, é positivada, ou seja, encontra fundamento na ordem constitucional de um Estado, em seus diplomas legais, e, por tal razão, são garantidos e limitados no tempo e no espaço. Entretanto, isso não quer dizer que ambas as expressões não coexistam. Na realidade, há uma consonância entre elas, tanto que muitos Estados acolhem, para seu ordenamento jurídico, diplomas de direitos humanos, como é o caso da Declaração Universal de 1948, como ressalta Branco (2017, p. 136). Entretanto, o autor em comento coloca que “esses direitos, porém, não são coincidentes no modo de proteção ou no grau de efetividade. As ordens internas possuem mecanismos de implementação mais céleres e eficazes do que a ordem internacional” (BRANCO, 2017, p. 136). E acrescenta ainda que, no direito brasileiro, os direitos fundamentais são compreendidos como direitos constitucionais.

2.5 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Segundo Moraes (2017, p. 45), Lenza (2016, p. 1630) e Novellino (2016, p. 273), mesmo que exista uma disposição no texto constitucional assegurando um direito fundamental, isso não é o suficiente para que esse possa ser exercido ou até mesmo garantido. Diante dessa constatação, é que surgem as garantias constitucionais, que são essencialmente, um instrumento que assegura um direito constitucional previamente, ou que o repara caso exista uma violação.

Novelino (2016, p. 274) afirma que “as garantias não são um fim em si mesmo, mas um meio a serviço de um direito substancial. São instrumentos criados para assegurar a proteção e efetividade dos direitos fundamentais”. O autor exemplifica com dispositivos presentes em nossa Constituição que asseguram um direito constitucionalmente previsto. *In verbis*:

A fixação da garantia e a declaração do direito têm uma linha divisória pouco nítida e, não raro, localizam-se no mesmo dispositivo, tal como ocorre com o habeas corpus, garantia criada para assegurar a liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII); com o devido processo legal, instrumento que visa à proteção dos direitos de liberdade e propriedade (art. 5º, LIV); (NOVELINO, 2016, p. 274).

2.6 DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal estabelece, no Capítulo I de seu Título II, os "direitos e deveres individuais e coletivos" (CF, art. 5º). É nesse capítulo que se encontra consagrada a maior quantidade de deveres, sem prejuízo de outros dispostos ao longo do texto constitucional.

Para Lenza (2016, p. 1640), apesar da era em que estamos hoje, precisamos ponderar quanto à questão dos deveres fundamentais, uma vez que, “o direito de um indivíduo depende do dever do outro em não violar ou impedir a concretização do referido direito”.

Acerca da classificação dos deveres fundamentais, Lenza (2016, p. 1640) e Novelino (2016, p. 274) adotam a teoria de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008). Eis a transcrição apresentada por Lenza:

- dever de efetivação dos direitos fundamentais: sobretudo os direitos sociais e garantias das instituições públicas e privadas. Estamos diante da necessidade de atuação positiva do Estado, passando-se a falar em um Estado que tem o dever de realizar os direitos, aquela ideia de Estado prestacionista;
- deveres específicos do Estado diante dos indivíduos: como exemplo, os autores citam o dever de indenizar o condenado por erro judiciário, o que se dará por atuação e dever das autoridades estatais;
- deveres de criminalização do Estado: a Constituição determina que o Poder Legislativo edite atos normativos para implementar os comandos, como no caso do art. 5º, XLIII, devendo haver a normatização do crime de tortura;
- deveres dos cidadãos e da sociedade: como exemplos, os autores citam o dever do serviço militar obrigatório (art. 143 da CF) e a educação enquanto dever do Estado e da família (art. 205);
- dever de exercício do direito de forma solidária e levando em consideração os interesses da sociedade: como exemplo, os autores citam o direito de propriedade que deve ser exercido conforme a sua função social (art. 5º, XXIII, da CF);
- deveres implícitos: segundo Dimoulis, “existem tantos deveres implícitos quantos direitos explicitamente declarados”, consistindo referidos deveres em ação ou omissão. E conclui no sentido de que “o direito de uma pessoa pressupõe o dever de

todas as demais (quando se aceita a tese do efeito horizontal direto) e, sobretudo, das autoridades do Estado” (DIMOULIS; MARTINS, 2008 *apud* LENZA, 2016, p. 1640-1641).

2.7 TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Novelino, “na doutrina liberal clássica, os direitos fundamentais são compreendidos como limitações ao exercício do poder estatal, restringindo-se ao âmbito das relações entre o particular e o Estado (direitos de defesa)” (2016, p. 275).

Para o autor, a teoria da eficácia vertical dos direitos fundamental, tem esse nome, em razão da subordinação do indivíduo ante o Estado. Entretanto, esta opressão não se dá somente por parte do Estado, uma vez que ela pode advir também de entes privados, dessa forma, sendo estendido ao âmbito das relações entre particulares (NOVELINO, 2016, p. 275).

Paulo e Alexandrino (2017, p. 101), da mesma forma, entendem que

Os direitos fundamentais regulam, precipuamente, as relações entre o Estado e o particular. Como regra, representam direitos - de índole positiva ou negativa - conferidos ao particular frente ao Estado. Regulam, destarte, as chamadas relações verticais.

Também tem sido muito debatida, na jurisprudência e na doutrina, a questão da incidência dos direitos fundamentais entre particulares, porém nessa situação, existe a predominância do princípio da autonomia de vontade. Paulo e Alexandrino destacam que, embora a Constituição de 1988 não faça menção expressa à incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, analisando o texto constitucional, é perceptível que este tipifica os direitos e as garantias fundamentais, dando-lhes aplicação imediata mesmo em relações privadas (2017, p. 102). Paulo e Alexandrino exemplificam, apontando o “caso dos direitos dos trabalhadores, arrolados no art. 7º da Constituição da República” (2017, p. 102).

Assim os autores terminam seu ensinamento, explicando que doutrina majoritária defende que os direitos fundamentais são aplicáveis às relações privadas, uma vez que “não podem os particulares, com amparo no princípio da autonomia da vontade, afastar livremente os direitos fundamentais”. Desse modo, concluem que os direitos fundamentais devem ser obedecidos também nas relações entre os particulares, não vinculando, portanto, apenas o Estado e seus órgãos, representados por seus três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 102).

Cabe ressaltar que, de acordo com Novelino (2016, p. 275), existem três teorias que buscam regular a incidência dos direitos fundamentais entre particulares. São elas:

- a) **A Teoria da ineficácia horizontal** (Doutrina da *State Action*): é “dentre as concepções analisadas, a que nega a possibilidade de produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a que goza de menor prestígio” (NOVELINO, 2016, p. 275).
- b) **Teoria da eficácia horizontal indireta**, esta teoria parte da premissa de que existe um direito geral de liberdade. Silva (2005 *apud* NOVELINO, 2016, p. 277) faz-nos compreender, ao afirmar que

Assim, os direitos fundamentais poderiam ser relativizados nas relações contratuais a favor da "autonomia privada" e da "responsabilidade individual". A produção indireta dos efeitos dos direitos fundamentais no direito privado teria como pressuposto a "ligação de uma concepção de direitos fundamentais como um sistema de valores". A porta de entrada ou o ponto de infiltração desses valores no direito privado seriam as cláusulas gerais.

Novelino conclui, dizendo que “para este modelo os direitos fundamentais não podem ser invocados a partir da Constituição por não ingressarem no cenário privado como direitos subjetivos” (2016, p. 276-277).

- c) **Teoria da eficácia horizontal direta**: Novelino (2016, p. 277), com base em Sarmiento (2006), diz que deve existir a incidência dos direitos fundamentais entre as relações particulares, independentemente de qualquer mediação do Legislativo, entretanto, faz a ressalva de que há necessidade de certa ponderação quanto aos direitos fundamentais e a sua aplicação entre os particulares.

Novelino entende que o destinatário dos direitos fundamentais é o Estado (eficácia vertical), entretanto, é necessário considerar que ainda existe a eficácia horizontal, uma vez que existem certas relações entre particulares que não possuem igualdade (2016, p. 303). Por isso, Novelino (2016, p. 303) explica a necessidade da intervenção, afirmando que

As doutrinas jurídicas não podem ser simplesmente reproduzidas ou elaboradas isoladamente da realidade social, política, econômica e cultural na qual se inserem. A profunda desigualdade social existente em nosso país impõe a necessidade de uma preocupação ainda maior com a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo, em relação aos hipossuficientes, por não haver igualdade fática como pressuposto para a livre manifestação da vontade.

Sendo assim, para o autor em comento, o que rege a autonomia da vontade, de acordo com o princípio da dignidade humana, é que esta deverá ser distribuída parcimoniosamente quando existir aplicação direta de direitos fundamentais entre

particulares. Para o autor, é necessário que a manifestação da vontade seja livre e autêntica, se considerarmos que existe a participação e o consentimento daquele que sofre a incidência do princípio. Nesses termos, quanto mais elevado for o grau da desigualdade e a essência do bem introduzido na relação, existirá uma maior proteção do direito fundamental em jogo (NOVELINO, 2016, p. 305).

2.8 APLICABILIDADE IMEDIATA

A Carta Magna do Brasil diz que as normas constitucionais de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5.º, § 1.º) (BRASIL, CRFB, 2019). Paulo e Alexandrino (2017, p. 108) reforçam isso, afirmando que tais direitos e garantias não têm caráter programático, mas de preceito a que os aplicadores do direito têm que dar aplicação imediata com “a maior eficácia possível, independentemente de regulamentação pelo legislador ordinário”.

Entretanto, Paulo e Alexandrino afirmam que existem exceções, uma vez que os direitos e as garantias fundamentais não são de autoaplicação, ou seja, necessitam de intervenção do Legislativo e, portanto, são de eficácia limitada (2017, p. 108). Para os autores “os direitos sociais, em grande parte, têm a sua plena eficácia condicionada a uma regulamentação mediante lei, como, por exemplo, os incisos X, XI, XII, XX, XXI, XXIII, XXVII do art. 7º da Constituição Federal” (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 108), pois, apesar da aplicabilidade imediata, alguns direitos e garantias fundamentais encontram previsão “em normas constitucionais de eficácia limitada, dependentes de regulamentação para a produção de seus efeitos essenciais”.

Lenza (2016, p. 1637-1638), por outro lado, constrói uma classificação quanto à aplicabilidade:

- **eficácia indireta ou mediata:** os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, tanto em uma dimensão proibitiva e voltada para o legislador, que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais, como, ainda, positiva, voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam aplicar-se às relações privadas;
- **eficácia direta ou imediata:** alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja a necessidade de “intermediação legislativa” para a sua concretização (grifo do autor).

Podemos concluir com Novelino (2016, p. 306) que afirma que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais devem ter aplicação imediata, salvo quando

o próprio enunciado normativo exigir lei regulamentadora e a omissão do legislador, por razões fáticas ou jurídicas, não puder ser suprida pela via mandamental”.

2.9 ASPECTOS GERAIS DA DIVISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como já afirmamos, a Constituição de 1988 classifica os direitos e garantias fundamentais em cinco grupos distintos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 107).

Novelino (2016, p. 301), porém, ressalta que existem outros direitos ao longo do texto constitucional, afirmando que

Os direitos fundamentais, apesar de consagrados de forma sistemática nos artigos 5º a 17, não se restringem aos elencados no Título II. Há diversos desses direitos espalhados ao longo do texto constitucional, além de outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (CF, art. 5.º, § 2.º).

Segundo Novelino (2016, p. 302) e Paulo e Alexandrino (2017, p. 107), os direitos individuais dizem respeito à proteção da liberdade do indivíduo, uma vez que possuem ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana. E, uma vez que é outorgada ao Estado a competência para exercer a sua ação, ainda assim, o ordenamento visa a proteger os interesses individuais contra o poder estatal. Essencialmente, os direitos individuais são direitos atribuídos aos particulares contra o Estado e diante de outros particulares.

Paulo e Alexandrino (2017) e Novelino (2016) elencam, como direitos individuais, aqueles que estão diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e sua personalidade, tais como: o direito à vida, à dignidade, à liberdade, etc.

Já os direitos coletivos estão elencados nos Capítulos I e II do Título II do texto constitucional. No Capítulo I, estão resguardados os direitos individuais e coletivos, que possuem fundamento nos direitos libertários clássicos, os quais, protegem o indivíduo contra o arbítrio do Estado (NOVELINO, 2016, p. 302). Novelino exemplifica apontando que

Fazem parte desse grupo as liberdades de reunião (CF, art. 5.º, XVI) e de associação (CF, art. 5.º, XVII a XXI). A rigor, o exercício desses direitos é que pressupõe a atuação de uma pluralidade de sujeitos, mas a titularidade continua sendo de cada indivíduo. Coletivos, portanto, são os instrumentos de exercício e não os sujeitos dos direitos (2016, p. 302).

Já o Capítulo II traz direitos sociais que podem ser representados pelos direitos

à liberdade de associação profissional e sindical (CF, art. 8.º), o direito de greve (CF, art. 9.º), o direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos (CF, art. 10) e a representação de empregados junto aos empregadores (CF, art. 11) (NOVELINO, 2016, p. 302).

Entretanto, Dimoulis e Martins (2007 *apud* NOVELINO, 2016, p. 302) advertem que “o termo direitos sociais justifica-se em razão do objetivo: ‘a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social’”. Em complemento, Novelino afirma que “isso não significa, no entanto, que os direitos sociais sejam direitos coletivos. Enquanto direitos públicos subjetivos, esses direitos fundamentais são individualizáveis E- individuais (dimensão subjetiva)” (2016, p. 302).

Em referência à quarta e à quinta dimensões dos direitos fundamentais, Novelino (2016, p. 302) expõe que são “de titularidade coletiva ou difusa, direitos coletivos em sentido amplo”. Como exemplos, o autor apresenta os seguintes:

É o caso do direito à autodeterminação dos povos, à paz e ao progresso da humanidade (CF, art. 4º, III, VI, VII e IX); do direito dos consumidores e direito de receber informações de interesse coletivo (CF, art. 5º, XXXII e XXXIII); do direito de comunicação (CF, arts. 220 e ss.); e do direito ao meio ambiente (CF, arts. 225 e ss.) (NOVELINO, 2016, p. 302).

Dentro do tema, ainda existem os direitos sociais, de nacionalidade, os políticos e, ainda, os direitos à existência, à organização e à participação em partidos políticos.

Dentre os conceitos existentes, adotamos o de Paulo e Alexandrino, que afirmam que os direitos sociais

constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade material ou substancial. Estão arrolados no art. 6º e seguintes da Carta Política, e são disciplinados em diversos outros dispositivos constitucionais (por exemplo, direito à saúde - art. 196; direito à previdência - art. 201; direito à educação - art. 206) (2017, p. 107).

Já os direitos de nacionalidade, segundo Paulo e Alexandrino, enumerados no art. 12 da Constituição, “cuidam do vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a um determinado Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de determinados deveres. (2017, p. 107).

Os direitos políticos, por sua vez, abrangem regras que disciplinam a “atuação da soberania popular, com o fim de permitir ao indivíduo o exercício concreto da liberdade de

participação nos negócios políticos do Estado, conferindo-lhe os atributos da cidadania. Estão enumerados no art. 14 da Constituição (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 107).

Por fim, quanto aos direitos referentes aos partidos políticos, tem-se que “regulamentam os partidos políticos como instrumentos necessários à preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo (CF, art. 17)” (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 107).

Dessa forma, tem-se a divisão feita pela Constituição Federal de 1988 sobre os grupos de direitos fundamentais.

3 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Este capítulo irá abordar a colisão entre os direitos fundamentais e, para tanto, foi dividido em seis seções que buscam conceituar o objeto de estudo do capítulo e apresentar os princípios fundamentais para compreensão do tema para que, ao final, possamos compreender a forma pela qual o Supremo tende a solucionar os conflitos entre direitos fundamentais.

3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A Constituição Brasileira de 1988, como a doutrina caracteriza, é um texto extenso e composto por muitos preceitos positivados em linguagem aberta. A consequência é o surgimento de inúmeras possibilidades de conflitos (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 441). É necessário ressaltar que a colisão entre normas constitucionais não é incomum. Souza Neto e Sarmento, atestando a veracidade dessa afirmativa, apresentam o exemplo a seguir:

um veículo de comunicação social anuncia que irá expor fatos íntimos concernentes à vida amorosa de uma celebridade que se opõe a esta divulgação, tem-se um conflito entre a liberdade de imprensa e o direito à intimidade: as normas que consagram o primeiro direito (arts. 5º, IX, e 220, da Constituição Federal) amparam a divulgação pretendida, e a que tutela o segundo (art. 5º, X, CF) a proíbe (2012, p. 441).

Ou seja, para Souza Neto e Sarmento, quando uma constituição é analítica, como é o caso da nossa, é consequência que se ampliem as possibilidades de conflitos, uma vez que, quanto mais positivamente, maior é existência de tensão entre elas (2012, p. 441). Os autores acrescentam que

A natureza aberta da linguagem constitucional também caminha na mesma direção, por multiplicar os riscos de que uma mesma hipótese fática possa ser enquadrada, simultaneamente, no campo de incidência de normas diferentes, que apontem soluções distintas para o caso. O caráter compromissório da Constituição tem o mesmo efeito, já que a presença na ordem constitucional de normas inspiradas em ideologias e visões de mundo divergentes aumenta a chance de atritos entre elas (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 441).

3.2 RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não são de caráter absoluto. Se fossem, encontraríamos situações que seriam juridicamente inviáveis. Apesar de possuírem uma enorme proteção, são

dotados de caráter relativo, podendo ser barrados quando da incidência de outros direitos fundamentais. Segundo Cavalcante Filho (2019, p. 20),

a) Os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com os outros, o que determina se imponham limitações recíprocas. Assim, por exemplo, o direito à liberdade de expressão não é absoluto, porque pode chocar-se com o direito à intimidade. b) Nenhum direito fundamental pode ser usado como escudo para a prática de atos ilícitos. Com efeito, os direitos fundamentais só protegem o seu titular quando este se move na seara dos atos lícitos, pois seria uma contradição em termos definir uma mesma conduta como um direito e um ilícito. Logo, se o direito define uma conduta como ilícito (crime, por exemplo), não se pode considerar como justo o exercício de um direito fundamental que leve a essa conduta. Não é válido, por exemplo, alegar liberdade de manifestação do pensamento para propagar idéias [sic] racistas ou discriminatórias, conforme reiterada jurisprudência do STF.

Na mesma vertente, entende Novelino (2016, p. 290) que há um paradoxo na restrição estatal aos direitos fundamentais, uma vez que "ao mesmo tempo em que são limitações ao poder do Estado, podem também ser limitados por ele. Por isso, a importância que a atividade limitadora do Estado seja, também, uma atividade limitada".

Novelino afirma, ainda, que, embora a Constituição não tenha previsão expressa, há vários princípios que corroboram as restrições, tais como: "Estado de direito (CF, art. 1º); o princípio da legalidade e da reserva legal (CF, art. 5º, II); o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput* e inciso XXXVI) e o princípio da razoabilidade (CF, art. 5º, LIV)" (2016, p. 290).

No mesmo diapasão, Moraes (2017, p. 45) entende que

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, **realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua** (grifo nosso).

Diante do exposto, segundo Cavalcante Filho, o Supremo Tribunal Federal tem adotado a teoria externa, a qual preceitua que, quando houver a incidência de colisão entre direitos fundamentais, sua resolução dar-se-á pelo princípio hermenêutico da concordância prática. Nesse sentido, sopesando os direitos que se afrontam, um deles encontrará a restrição estatal enquanto o outro prevalecerá (CAVALCANTE FILHO, 2019, p. 21).

Cavalcante Filho, respondendo à questão acerca de qual direito deve prevalecer quando houver uma efetiva colisão, afirma que a resposta deve ser "**Depende**", uma vez que

será o caso concreto que elucidará a resposta quando a solução for buscada no meio judiciário (2019, p. 21).

Cavalcante Filho (2019, p. 21), cita casos que exemplificam o raciocínio da resolução estatal e da limitação de direitos fundamentais:

Casos e mais casos podem ser citados como exemplo de concorrência entre direitos fundamentais: a) direito à vida vs liberdade de religião, quando alguém que professa a crença das “Testemunhas de Jeová” recusa submeter-se a tratamento que demande transfusão de sangue ou transplante de órgãos; b) direito à liberdade de informação jornalística vs direito à intimidade, quando atriz é filmada mantendo relações sexuais na praia (Caso Cicarelli) ou quando pessoa pública é fotografada dentro de um clube privado (Caso Caroline de Mònaco: Hannover vs Alemanha, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, dando ganho de causa à Princesa); c) direito à liberdade de expressão vs proibição do racismo (Caso Ellwanger); d) direito à liberdade de expressão vs proibição da incitação à prática de crimes, como foi o caso da banda Bidê ou Balde, obrigada a deixar de executar publicamente a música “E por que não?”, cuja letra retratava relação de pedofilia; e) direito à liberdade de expressão vs proibição de atos obscenos, como no Caso Gerald Thomas, em que o STF considerou que a prática do diretor de teatro de mostrar as nádegas ao público, em retaliação às vaias sofridas em peça de teatro voltada ao público adulto não poderia ser criminalizada como ato obsceno.

Como destaca o autor em comentário, há casos em que os direitos fundamentais precisam ser previstos pelo Legislador. *In verbis*: “Nesses casos, admite-se que o legislativo possui uma esfera discricionária de definição do direito, chamada de liberdade de conformação (=liberdade de definição)” (CAVALCANTE FILHO, 2019, p. 22). Para o autor, há situações em que a própria Constituição determinou que o legislador ordinário, usando da denominada “liberdade de conformação” regulamente um determinado direito fundamental, admitindo-se, nesse caso, que haja a restrição do mesmo, especificando e delimitando seu conteúdo (CAVALCANTE FILHO, 2019, p. 23).

Em concordância, Novellino (2016, p. 290) e Cavalcante Filho (2019, p. 24), ao debaterem acerca da teoria dos limites, afirmam que é necessária a visão de que os direitos fundamentais sejam limitados, entretanto, tais limitações não devem ser tão profundas a ponto de exaurirem sua importância. Cavalcante Filho (2019, p. 24) acrescenta que é necessário ater-se ao núcleo principal do princípio e adequá-lo a partir do princípio da proporcionalidade.

3.3 BASE PRINCÍPIOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nas próximas subseções, serão apresentadas as principais fontes principiológicas para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais.

3.3.1 Princípio da proporcionalidade

Segundo Cavalcante Filho, “o vocábulo ‘proporcional’ deriva do latim *proportio*, que se refere principalmente à divisão em partes iguais ou correspondentes a uma dada razão. É umbilicalmente ligado à idéia [sic] de quantidade, de justa medida, de equilíbrio” (2019, p. 25).

Segundo o autor, o surgimento do princípio da proporcionalidade, no mundo jurídico, deu-se por influência do direito alemão, mais precisamente a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que, a partir da solução de casos concretos, criou uma teoria acerca do princípio em comento. Em razão desse princípio, é que tornou-se possível determinar a legitimidade acerca das restrições aos direitos fundamentais, verificando se as mesmas “respeitam a justa medida, a proporção entre causa e efeito, entre meio e fim” (CAVALCANTE FILHO, 2019, p. 25).

Acerca do tema, Souza Neto e Sarmento comentam que

A sua principal finalidade é a contenção do arbítrio estatal, provendo critérios para o controle de medidas restritivas de direitos fundamentais ou de outros interesses juridicamente protegidos. A proporcionalidade, além de princípio constitucional, é ainda verdadeiro cânone de interpretação da Constituição, sendo empregada no equacionamento de colisões entre normas constitucionais, no contexto da ponderação de interesses (2012, p. 417).

Segundo Souza Neto e Sarmento, foi a partir da promulgação da Constituição de 1988 que o princípio da proporcionalidade passou a ser utilizado de forma cada vez mais corriqueira pelo Supremo Tribunal Federal como forma de controle de constitucionalidade (2012, p. 418). Segundo destacam os autores, “[...] a proporcionalidade tem sido empregada de forma mais analítica, o que tende a ampliar a previsibilidade da atuação do Judiciário no uso deste princípio” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 418).

Souza Neto e Sarmento (2019, p. 419) ressaltam que não há menção expressa ao princípio da proporcionalidade no texto constitucional, porém a importância do referido princípio é tamanha, que há doutrinadores que o fundamentam no princípio do “Estado de Direito”, posição adotada no direito germânico. Os autores concluem, afirmando que

[...] a natureza principiológica dos direitos fundamentais e de outras normas constitucionais, que, em razão da sua estrutura, demandariam o uso da proporcionalidade para serem aplicados. Há, ainda, justificativas alternativas, baseadas no princípio da dignidade da pessoa humana, na proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e na dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A discussão sobre a *sedes materiae* do princípio da proporcionalidade

possui, porém, importância secundária. Sob o ponto de vista prático, o fundamental é que se reconheça a vigência e eficácia do princípio em questão em nosso ordenamento. Parece-nos que, na verdade, a proporcionalidade pode ser extraída de diversos preceitos constitucionais diferentes e do próprio sistema constitucional, globalmente considerado (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 419).

Em suma, segundo Cavalcante Filho, a importância do princípio da proporcionalidade para o ordenamento jurídico é tremenda, uma vez que o mesmo permite a análise “da equivalência de quantidade entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência [sic] vedando atos que, apesar de se utilizarem dos meios corretos, abusam na quantificação destes.”. Por isso, ele também é chamado de “princípio da proibição em excesso” (2019, p. 26). Para os autores, tal princípio, “[...] na feliz formulação de Jellinek, corresponde à máxima de que ‘não se abatem pardais com tiros de canhão’”. Dessa forma, a proporcionalidade, não se restringe à limitação dos direitos fundamentais, mas exige do Estado uma ação positiva, para que exerça seu poder, protegendo aos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade (CAVALCANTE FILHO, 2019, p. 26).

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, na ADIn nº 3.112, explana que

“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção deficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). (...) levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbote*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado. Em muitos casos, a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricionariedade legislativa, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador certas margens de ação, para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. (...) a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção” ([s.d.] *apud* CAVALCANTE FILHO, 2019, p. 26).

O princípio da proporcionalidade, subdivide-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Resumidamente,

Os dois primeiros, [...], correspondem à idoneidade do meio para atingir o fim (adequação) e à imprescindibilidade de sua utilização (necessidade). O terceiro se relaciona mais diretamente à estimação da quantidade da utilização do meio e da

mensuração do fim: serve para investigar se o ato não utilizou o meio de forma exagerada ou insuficiente. Aborda, portanto, o equilíbrio quantitativo entre causa e efeito, meio e fim, ato e consequência [sic] jurídica (CAVALCANTE FILHO, 2019, p. 26).

Nas próximas subseções, vamos analisá-los mais profundamente.

3.3.1.1 Adequação

O subprincípio da adequação, também chamado de idoneidade, determina que o Estado satisfaça duas exigências: que os fins perseguidos pelo Estado sejam legítimos e que os meios que este adote sejam capazes de contribuir para que esses fins sejam atingidos. Ou seja, a demanda do princípio determina que quaisquer que sejam as medidas que o Estado adote devem contribuir para atingir determinada finalidade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 420).

Segundo, Souza Neto e Sarmento, para a aplicação da adequação, é necessária a

Identificação da finalidade subjacente ao ato estatal examinado. Esta finalidade deve ser legítima, não podendo contrariar o sistema constitucional. O Estado não pode, por exemplo, impor às pessoas que cortem periodicamente o cabelo, visando a que a sua população mantenha uma aparência que as autoridades de plantão repute mais apropriada. Dita finalidade — a suposta melhoria da aparência das pessoas, realizada à sua revelia — seria francamente incompatível com o direito à privacidade.

Além disso, Mendes (2017, p. 202) entende que “o subprincípio da adequação [...] exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos”.

E, como preceitua Novelino, “medidas restritivas de direitos fundamentais, para passarem pelo crivo da proporcionalidade, devem ser Legítimas e aptas para fomentar fins igualmente Legítimos” (2016, p. 292). Para tanto, na visão do autor, o vínculo da adequação não necessariamente se restringe a um resultado único, mas, sim, exclui possibilidades. Para que exista a restrição e para que essa seja legítima, o meio utilizado “deve ser designado de modo preciso e ser juridicamente permitido”, tanto materialmente como formalmente. Como exemplo, destaca Novelino que, “com a finalidade de reduzir os custos da execução penal - objetivo Legítimo -, podem ser fixadas penas alternativas - meio Legítimo -, mas não pode ser adotada a pena de morte - meio ilegítimo-, por violar o artigo 5º, XLVII, "a", da Constituição” (2016, p. 292).

Souza Neto e Sarmento afirmam haver um conceito forte e outro fraco de adequação, alegando que

Para um **conceito forte de adequação**, uma medida só será adequada se ensejar a efetiva consecução dos fins que lhe conferem sentido. Já para um conceito fraco, basta que a medida contribua de alguma maneira para a promoção daqueles fins. Esta última posição vem prevalecendo na jurisprudência constitucional comparada e nos parece mais correta, considerando a complexidade do quadro empírico subjacente à Constituição. É que, com grande frequência, não basta uma única medida para a resolução dos problemas sociais enfrentados pelo Estado, que, em geral, demandam a conjugação de diversas iniciativas convergentes. A adoção de um conceito forte de adequação poderia permitir a invalidação de iniciativas, que, isoladamente, não fossem suficientes para o equacionamento do problema em questão, o que seria injustificável. Não haveria sentido em proibir o Estado, por exemplo, de promover uma campanha a favor do desarmamento da população, pela alegação de que esta campanha, por si só, não é suficiente para acabar com a violência, ou impedir o Banco Central de aumentar a taxa básica dos juros, apenas porque esta medida, isolada, não basta para conter a inflação. Por isso, deve ser adotado um **conceito fraco do subprincípio da adequação**, para cuja satisfação baste que a medida estatal contribua positivamente para a realização das finalidades legítimas a que ela se destina (2012, p. 421-422, grifo nosso).

Acerca da legitimidade do princípio da adequação, Novellino ensina que esta é auferida em duas etapas: é necessário verificar qual o objetivo perseguido com a interferência e se, para ele, existe uma correspondência fática, e só então analisar sua admissibilidade jurídica (2016, p. 293).

3.3.1.2 Necessidade

O subprincípio da necessidade, também chamado de exigibilidade, determina que, acerca dos meios adequados para fomentar o objetivo, aquele utilizado seja o menos invasivo possível (NOVELINO, 2016, p. 293).

Nesse mesmo sentido, entendem Souza Neto e Sarmento (2012, p. 422) que

O subprincípio da necessidade impõe que, dentre diversas medidas possíveis que promovam com a mesma intensidade uma determinada finalidade, o Estado opte sempre pela menos gravosa. Com base neste subprincípio, torna-se possível invalidar medidas estatais excessivas, que restrinjam em demasia algum direito ou interesse juridicamente protegido, sempre que se demonstrar que uma restrição menor atingiria o mesmo objetivo. Jellinek celebrou esta ideia numa conhecida metáfora: “não se abatem pardais com tiros de canhão”.

Os autores entendem, acerca da aplicação do princípio da necessidade, que a análise de conformidade de uma medida do Estado divide-se em duas etapas. São elas:

Primeiro, examina-se se as eventuais medidas alternativas àquela questionada possuem ou não idoneidade, no mínimo, equivalente, para promover o objetivo visado. Em seguida, verifica-se se as medidas alternativas que passaram no primeiro

teste são ou não menos gravosas do que aquela que foi adotada. Se existir medida alternativa com pelo menos o mesmo grau de idoneidade para atingimento dos fins colimados e que seja menos gravosa que a implementada, houve violação ao subprincípio da necessidade (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 422).

Dessa forma, buscam-se medidas alternativas que, de maneira similar, sejam eficazes para que se alcance o fim desejado, para então verificar se as medidas adotadas são de caráter menos gravoso do que aquela que fora adotada. Quando coexistirem medidas igualmente adequadas e restritivas, o Legislador terá discricionariedade para optar por aquela que ele considerar mais apropriada. Essa opção ocorre quando, inexistente a certeza acerca da “[...] cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais”, como explica Novelino (2016, p. 293).

Já Souza Neto e Sarmento explicam, acerca do funcionamento do subprincípio da adequação, que

Ambas as etapas acima referidas podem envolver diversas dimensões. Na primeira etapa, é necessário comparar as medidas alternativas com a que foi adotada sob várias perspectivas, como a quantitativa (a medida alternativa promove o objetivo tanto como a medida questionada?), a qualitativa (ela o faz tão bem como a medida impugnada?), a probabilística (a sua chance de êxito é igual ou superior à da que foi esponsada?) e a temporal (ela avança nos objetivos com pelo menos a mesma velocidade do que a medida adotada?). Uma medida só será considerada pelo menos tão idônea quanto à adotada pelo Estado se for igual ou superior àquela sob todas estas perspectivas. Se, por exemplo, tivermos uma medida que promova mais o objetivo perseguido, mas que envolva um risco mais elevado de fracasso, ela não poderá ser considerada igualmente idônea. Neste caso, o juízo político ou técnico do órgão estatal sobre o que priorizar — quantidade ou risco — deve prevalecer, em razão do princípio da separação dos poderes. (2012, p. 422).

Mendes, no entanto, faz algumas ressalvas acerca da matéria, argumentando que

O subprincípio da necessidade [...] significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado (2017, p. 202).

E por fim, cabe ressaltar que, segundo Alexy (2008 *apud* NOVELINO, 2016, p. 294), “a necessidade, assim como a adequação, expressa a ideia de ‘Eficiência de Pareto’: ‘em razão da existência de um meio que intervém menos e é igualmente adequado, uma posição pode ser melhorada sem que isso ocorra às custas de outra posição’”.

3.3.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, segundo Souza Neto e Sarmento, “demanda que a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto” (2012, p. 425).

Os autores continuam afirmando que tal princípio

[...] determina que se verifique se o grau de afetação a um direito ou interesse, decorrente da medida questionada, pode ou não ser justificado pelo nível de realização do bem jurídico cuja tutela é perseguida. Trata-se, em suma, de uma análise comparativa entre os custos e benefícios da medida examinada — seus efeitos negativos e positivos —, realizada não sob uma perspectiva estritamente econômica, mas tendo como pauta o sistema constitucional de valores (2012, p. 425).

Em complemento a esse raciocínio, Cardoso (2016, p. 13) alega que o subprincípio da proporcionalidade, também denominado de mandamento de ponderação, deve apontar, em um caso concreto no qual colidam direitos fundamentais, qual deles deve ser protegido: “o direito atingido com a medida ou o direito que a medida quis prestigiar”.

No entanto, é preciso salientar que existe uma análise complexa sobre a possibilidade de intervenção desse princípio, por isso existem métodos para que tal intervenção possa demonstrar-se necessária. Nesse sentido, explica Alexy (2008 *apud* NOVELINO, 2016, p. 294) que

Para analisar o grau de intensidade da intervenção em um direito fundamental e o de realização de outro fim, abandona-se o âmbito da otimização em relação às possibilidades fáticas para se adentrar no âmbito das possibilidades jurídicas. A proporcionalidade em sentido estrito corresponde à “lei material do sopesamento”, segundo a qual “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”

E, como destacado, a aplicação do princípio adequa-se a um procedimento para que sua eficácia seja adequada e para que produza os efeitos almejados. Alexy (2008 *apud* NOVELINO, 2016, p. 294) menciona os passos necessários:

Não se exige que a medida restritiva de determinado princípio fomenta o outro princípio em grau máximo, mas sim que se busque um “ponto ótimo” entre eles. A otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento. Os passos a serem observados são: 1) análise da intensidade da intervenção no princípio afetado; 2) verificação do grau de importância da satisfação do princípio promovido; e 3) avaliação da satisfação do princípio fomentado em face da intervenção no princípio restringido

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito ainda é classificado como leve, moderado e sério. Alexy (2008 *apud* NOVELINO, 2016, p. 295) explica que

A escala de satisfação do princípio fomentado e de intervenção do princípio contraposto pode ser construída em três níveis: leve (*l*), moderado (*m*) e sério (*s*). Quando os dois princípios tiverem peso abstrato igual e o grau de afetação ou não satisfação de um princípio for maior que o grau de satisfação de outro (*s/m*, *s/l* ou *m/l*), a medida não passará pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito. Em sentido contrário, quando os dois princípios tiverem peso abstrato igual e a intensidade da intervenção em um princípio for menor que o grau de satisfação de outro (*Vs*, *Vm* ou *m/s*), a medida passará pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito. Os três casos de impasse no sopesamento (*s/s*, *m/m* ou *l/l*) conduzem à chamada *margem de ação estrutural* (*discricionariade estrutural*) para sopesar (ALEXY, 2008b). Nesse caso, o juiz deve ser deferente com a escolha realizada pelo legislador democraticamente eleito, ou seja, deve considerar a medida proporcional (grifo do autor).

Dessa forma, como exposto anteriormente, a proporcionalidade, em seus desdobramentos, tem em sentido estrito, a regulação da adequação e da necessidade, de modo que, ao sopesar as necessidades, preclui a melhor decisão ao caso concreto, como explica Mendes (2017, p. 203).

3.3.2 A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O princípio da proporcionalidade tem sido aplicado pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeras oportunidades. Eis um caso emblemático citado por Mendes:

A decisão proferida na Representação n. 1.077, de 28-3-1984, contém um dos mais inequívocos exemplos de utilização do princípio da proporcionalidade entre nós, uma vez que do texto constitucional de 1967/69 não resultava nenhuma limitação expressa para o legislador (2017, p. 204).

Há ainda outros casos, citados por Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 425):

Na jurisprudência do STF, o subprincípio já foi aplicado em inúmeras oportunidades, ainda que de forma não analítica. Exemplo ilustrativo é o da jurisprudência sobre as “sanções políticas tributárias”. Há normas que fixam, para a hipótese de não pagamento de tributos, sanções como a apreensão de mercadorias, o lacre do estabelecimento ou a cassação do registro de funcionamento da empresa. O Supremo Tribunal Federal, há décadas, entende que tais sanções são incompatíveis com a Constituição: o que se perde com essa grave restrição da livre iniciativa não seria compensado pelo que se ganha em eficiência na garantia da recuperação dos créditos tributários. Embora haja aumento significativo da probabilidade do pronto pagamento dos tributos, perdem-se empregos, a renda diminui, o consumidor tem reduzidas as suas possibilidades de escolha.

O princípio da proporcionalidade é corriqueiramente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, ante a necessidade de resolução das colisões entre direitos fundamentais,

assim tal mecanismo é de uma importância. Para fins de ilustração, destacamos um julgado, apresentado por Mendes (2017, p. 205), em que houve a obrigação de realização de exame de DNA:

Cuida-se aqui, como visto, de hipótese atípica, em que **o processo tem por objeto a pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente**, que assim tem por si a presunção legal da paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação. Não discuto aqui a questão civil da admissibilidade da demanda. O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular. É de sublinhar que efetivamente se cuidaria de simples prova de reforço de um fato que, de outro modo, se pode comprovar. Com efeito. A revolução, na área da investigação da paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sanguíneos dos envolvidos, está em que o resultado deste se prestava apenas e eventualmente à exclusão da filiação questionada, ao passo que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza. Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão da sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (é expressivo, aliás, que os autos já contenham laudo particular de análise do DNA do autor, do menor e de sua mãe – v. 4/f. 853).

Como Mendes ressalta, a partir de inúmeros precedentes existentes, o princípio da proporcionalidade, como regra de ponderação, é cada vez mais utilizado e preponderante nas decisões do Supremo Tribunal Federal (2017, p. 205).

3.3.3 Da proibição do excesso à proibição da proteção insuficiente

Segundo Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 428), “o princípio da proporcionalidade é concebido tradicionalmente como um instrumento para controle de excessos no exercício do poder estatal, visando a conter o arbítrio dos governantes”. Para os autores, para compreender esse dispositivo, é necessário, ressaltar a ideia da sua concepção:

A ideia de proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) desenvolveu-se no direito constitucional germânico a partir da concepção de que os direitos fundamentais não são meros direitos subjetivos negativos, mas possuem também uma dimensão objetiva, na medida em que tutelam certos bens jurídicos e valores que devem ser promovidos e protegidos diante de riscos e ameaças originários de terceiros. Reconheceu-se, portanto, um dever de proteção estatal dos direitos fundamentais — mesmo os de matriz liberal —, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Este dever de proteção é também chamado de imperativo de tutela. Daí decorre que o princípio da proporcionalidade também pode ser manejado para controlar a observância pelo Estado deste dever de proteção, de forma a coibir a sua inação ou atuação deficiente. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 428)

Há também, histórico de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal, como destacado por Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 429), quando afirmam que

A Corte empregou esta faceta do princípio da proporcionalidade em julgamento em que se discutia eventual extinção da punibilidade em crime de estupro praticado contra menor impúbere, que posteriormente passara a conviver maritalmente com o autor do ilícito. Foi rejeitada, no caso, a aplicação analógica do dispositivo penal que prevê a extinção da punibilidade nos crimes sexuais pelo casamento do criminoso com a sua vítima.⁵⁵ No voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, aludiu-se a ideia de um “garantismo positivo”, que obrigaria o Estado a não se abster de punir condutas altamente reprováveis, que atentassem gravemente contra bens jurídicos relevantes, como aquela ocorrida no caso. De acordo com o voto, se o garantismo negativo pode ser associado à proporcionalidade na sua faceta mais tradicional, de vedação do excesso, o garantismo positivo poderia ser conectado à proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

Para Novelino, esse princípio possui uma “dupla face”. De um lado, temos as regras que o compõem, representadas pelos três subprincípios já comentados – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - que negam ações estatais coativas de caráter excessivo ou indevidas. Por outro lado, exige do Estado que este proporcione uma tutela satisfatória dos direitos fundamentais (adequada e suficiente). Dessa maneira, para o autor, a “proibição de excesso”, funciona como um regulador da intervenção do Estado que não pode estender-se além do necessário, enquanto a “proibição de proteção insuficiente” “visa a impedir que medidas constitucionalmente exigidas para a proteção e promoção dos direitos fundamentais fiquem aquém do necessário” (NOVELINO, 2016, p. 296).

3.3.4 O princípio da proteção do núcleo essencial

O princípio da proteção do núcleo essencial tem por raízes as teorias difundidas na Alemanha. De acordo com Cavalcante Filho, “o legislador, ao restringir os direitos fundamentais, não pode ultrapassar uma determinada fronteira, isto é, não pode esvaziá-los” (2019, p. 24). Corroborando esse entendimento, expõe Novelino (2016, p. 291) que

A ideia fundamental na qual se apoia este requisito é a de que existe um conteúdo essencial dos direitos e garantias fundamentais que não pode ser violado, nem mesmo nas hipóteses em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar 'normas restritivas.

Cabe ressaltar, que segundo Mendes (2017, p. 191), existem dois posicionamentos, na doutrina, acerca do princípio do núcleo essencial:

1) Os adeptos da chamada **teoria absoluta** [...] entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais [...] como unidade substancial autônoma [...] que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual

decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador e outro seria insuscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um “limite do limite” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação. 2) Os defensores da chamada **teoria relativa** [...] entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins [...], com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório (grifo nosso).

Não existe previsão, no texto constitucional, acerca da dimensão em que atua o referido princípio, entretanto, temos decisões, inclusive do próprio Supremo Tribunal Federal, que se servem para conceituá-lo. Nesse sentido, Cavalcante Filho afirma que

Porém, é inequívoco que essa teoria é adequada ao ordenamento jurídico brasileiro. Afinal de contas, quando a Constituição prevê, no § 4º do art. 60, que não podem ser objeto de deliberação as propostas de emenda tendentes a abolir os direitos e garantias individuais, impõe uma proteção ao núcleo essencial desses direitos. Foi o que já reconheceu o STF: “(...) as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege” (2019, p. 24).

O *Habeas Corpus* nº 82.959, que tem como relator o Ministro Marco Aurélio, contempla um julgado acerca do regime de cumprimento de pena em um caso de homicídio hediondo em que há orientações acerca da proteção do núcleo essencial. *In verbis*:

Também no Habeas Corpus n. 82.959, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 1º-9-2006, o Tribunal parece ter entendido que **a imposição de regime integralmente fechado para cumprimento de condenação nos crimes hediondos configuraria lesão ao princípio do núcleo essencial**. Assim, o Ministro Peluso asseverou no referido precedente: “Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia ser aberta por norma de igual hierarquia nomológica. ‘A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade’, nota Maria Lúcia Karam, ‘com a vedação da progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, assim, indevidamente retirando-lhe eficácia, assim indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante’. Já sob este aspecto, falta, pois, legitimidade à norma inserta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90” (MENDES, 2017, p. 194).

Na decisão em comento, discutiu-se se o Legislador poderia impor o cumprimento total da pena em regime fechado, sem qualquer espécie de progressão. O julgado concluiu que o núcleo essencial do direito fundamental à individualização da pena foi afetado pela

disposição legal, uma vez que intervenção legislativa fora além da necessária, uma vez que, para Mendes, o princípio da reserva legal “[...] explicita, tão somente, que esse direito está submetido a uma restrição legal expressa e que o legislador poderá fazer as distinções e qualificações, tendo em vista as múltiplas peculiaridades que dimanam da situação a reclamar regulação” (2017, p. 194).

Mendes, conclui seu pensamento acerca do julgado, afirmando que

Não é difícil perceber que a fixação *in abstracto* de semelhante modelo, sem permitir que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a sua capacidade de reintegração social e os esforços envidados com vistas à ressocialização, retira qualquer caráter substancial da garantia da individualização da pena. Ela passa a ser uma delegação em branco oferecida ao legislador, que tudo poderá fazer. Se assim se entender, tem-se a completa descaracterização de uma garantia fundamental. O regime integralmente fechado para todos é incompatível, até mesmo do ponto de vista semântico, com a ideia de individualização. **Portanto, nessa hipótese, independentemente da doutrina que pretenda adotar sobre a proteção do núcleo essencial – relativa ou absoluta –, afigura-se inequívoca a afronta a esse elemento integrante do direito fundamental. É que o próprio direito fundamental – isto é, o seu núcleo essencial – restaria violado** (MENDES, 2017, p. 194, grifo nosso).

3.4 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Diante da importância da hermenêutica constitucional para a compreensão do teor do texto constitucional, expomos alguns conhecimentos basilares acerca do tema nessa seção.

3.4.1 Introdução

A interpretação constitucional é de suma importância para o funcionamento do sistema judiciário brasileiro. Trata-se de um dos principais mecanismos para que o Judiciário brasileiro atribua dinamismo a suas decisões, interpretando as lacunas legislativas.

Novelino (2016, p. 131), acerca da interpretação constitucional, afirma que

[...] é um dos principais objetos de preocupação dos estudiosos do direito. Nos últimos anos, com o surgimento de novos instrumentos metodológicos, desenvolvidos com o intuito específico de atender às peculiaridades envolvendo a interpretação e aplicação dos enunciados normativos constitucionais, tem se cogitado a existência de uma verdadeira hermenêutica constitucional. A utilização de instrumentos metodológicos, embora útil para orientar e limitar a interpretação constitucional, nos casos de maior complexidade é incapaz de conduzir a um único resultado possível.

Novelino continua seu raciocínio, afirmando que metanormas são normas de segundo grau, que são usadas para que seja possível a interpretação e a aplicação de outras

normas. Usualmente, elas funcionam em dois planos: no descobrimento do resultado, que resulta em um pré-entendimento jurídico do intérprete, fornecendo “razões contributivas (princípios) ou definitivas (regras) para a atribuição de sentido a enunciados normativos e para aplicação de outras normas (função heurística)” (2016, p. 32). Já no plano da fundamentação, são utilizadas para embasar as decisões, sendo “empregadas para justificar e legitimar o resultado, permitindo o controle intersubjetivo de sua conformidade com as regras de raciocínio geralmente aceitas (função de racionalização)” (2016, p. 32).

É necessário compreender que os cânones semânticos são de suma importância para não haver equívocos nas decisões, conforme ressalta Novelino (2016, p. 132), uma vez que eles detêm natureza principiológica, representando tipos de metanormas que “fornecem razões contributivas favoráveis ou contrárias à atribuição de determinados sentidos”. Para o autor em comento, “a despeito da incapacidade de eliminar incertezas e de fundamentar com segurança o resultado de decisões, os cânones hermenêuticos não são desprovidos de valor ou utilidade” (NOVELINO, 2016, p. 132).

Para interpretar o texto constitucional, Novelino aponta que Savigny propõe que quatro elementos devem ser considerados no processo interpretativo. São eles:

- a) *O elemento semântico*: “atenta, sobretudo, para o enunciado linguístico da norma, esclarecendo o significado das palavras e o seu valor semântico” (2016, p. 133).
- b) *O elemento sistemático*: “preconiza, ante a inexistência de enunciados normativos isolados, a interpretação em conjunto dos dispositivos, como se formassem um todo harmônico” (2016, p. 133).
- c) *O elemento lógico*: está ligado “à estruturação do pensamento, ou seja, à relação lógica em que se acham suas diversas partes” (2016, p. 134).
- d) *O elemento histórico*: “busca definir o sentido da norma por meio do exame da intenção do legislador revelada em precedentes legislativos, trabalhos preparatórios, exposição de motivos e debates parlamentares” (2016, p. 134).

Novelino acresce, ainda, a hipótese de um *elemento teleológico-objetivo* no processo interpretativo, conforme proposto por Ihering (2005), explicando que o mesmo preocupa-se com a finalidade do texto normativo (2016, p. 134). E por fim, para o autor, existe o *elemento comparativo*, que permite, em casos que ensejam maior complexidade, que se busquem soluções tanto legislativas quanto jurisprudenciais já encontradas em outros países (2016, p. 134).

3.4.2 Princípios de interpretação da Constituição

Os princípios norteadores da interpretação da Constituição foram desenvolvidos por Konrad Hesse (1998). Em sua classificação estão elencados princípios tais como: da unidade da Constituição, do efeito integrador, da concordância prática, da força normativa, da máxima efetividade e da conformidade funcional. Vamos analisá-los nas próximas seções.

3.4.2.1 Princípio da unidade da Constituição

Segundo Mendes (2017, p. 94), o primeiro dos princípios diz respeito ao da unidade da Constituição, o qual “[...] postula que não se considere uma norma da Constituição fora do sistema” a fim de serem evitadas contradições entre as normas constitucionais. Além disso, segundo o autor, “as soluções dos problemas constitucionais devem estar em consonância com as deliberações elementares do constituinte” (MENDES, 2017, p. 94). Mendes lembr, ainda, o magistério de Eros Grau, afirmando que “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços” e que “a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o que bastaria ao intérprete ser alfabetizado” (2017, p. 94). Ou seja, a Constituição deve ser considerada de modo unitário, como conclui Mendes (2017, p. 94).

Dessa forma, o intérprete deve compreender a racionalidade do constituinte para vislumbrar o que ele pretendia. Assim, conforme destaca Mendes (2017, p. 94),

Para que o princípio da unidade, expressão da racionalidade do legislador constituinte, seja confirmado na atividade interpretativa, o intérprete estará legitimado a lançar mão de variados recursos argumentativos, como o da descoberta de lacunas axiológicas, tendo em vista a necessidade de confirmar o esforço coerente do constituinte de promover um ordenamento uniformemente justo.

3.4.2.2 Princípio da eficácia integradora

Acerca do efeito integrador, Hesse (1998 *apud* NOVELINO, 2016, p. 136) argumenta que por ser elemento do processo de integração comunitária, a Constituição visa à “produção e conservação da unidade política”, assim para dar solução jurídico-constitucional aos problemas “deve ser dada primazia aos critérios que favoreçam a integração política e social produzindo um efeito criador e conservador da unidade”.

3.4.2.3 Princípio da concordância prática

Temos como um dos princípios mais importantes na elaboração deste trabalho, uma vez que é de suma importância para a interpretação constitucional e para o norteamento dos princípios constitucionais.

Novelino, destaca a importância do referido princípio no que se refere ao tema da colisão entre direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, argumentando que o mesmo impõe ao intérprete, “o dever de coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, realizando a redução proporcional do âmbito de alcance de cada um deles” (2016, p. 136).

Evidenciada a importância do princípio da concordância prática ou da harmonização, Novelino destaca que “a afirmação de bens constitucionalmente protegidos não de [sic] implicar o sacrifício total de outros também consagrados na Lei Maior. A exigência de concordância prática decorre da necessidade de se preservar a unidade da constituição” (2016, p. 137).

Mendes (2017, p. 96) detalha a importância do princípio na aplicação do sistema judiciário brasileiro, afirmando que

O critério recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que elas possuem no caso concreto. Se é esperado do intérprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir a provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. Devem, então, ser conciliadas as pretensões de efetividade dessas normas, mediante o estabelecimento de limites ajustados aos casos concretos em que são chamadas a incidir. Os problemas de concordância prática surgem, sobretudo, em casos de colisão de princípios, especialmente de direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar um desfecho de harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto, não exceda o estritamente necessário. Como se vê, a exigência da conciliação prática é decorrência do postulado de coerência e racionalidade do sistema constitucional, ínsito ao princípio da unidade da Constituição. O princípio da harmonização terá serventia mais frequente em conflitos, por exemplo, entre liberdade de expressão e direito à privacidade. A concordância prática há de ser encontrada em cada caso concreto, segundo os parâmetros oferecidos pelo princípio da proporcionalidade.

3.4.2.4 Princípio da força normativa

Segundo Novelino (2016, p. 138), o princípio da força normativa “atua como um apelo ao intérprete, como representação de um objetivo a ser perseguido, embora sem disponibilizar procedimentos específicos para atingir tal fim”. Novelino (2016, p. 138), utilizando da teoria de Hesse (1998, p. 138), explica que

como a constituição quer ser atualizada, mas as possibilidades e condições históricas dessa atualização se transformam, na resolução de problemas jurídico-constitucionais deve ser dada preferência às soluções mais apropriadas a fomentar a otimização de suas normas, tornando-as mais eficazes.

Para Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 390), “o princípio da força normativa prescreve que seja preferida a interpretação que confira maior efetividade à Constituição” Assim, quando existir uma norma constitucional que permita interpretações variadas, o intérprete deverá optar por aquela que apresente “mais efeitos práticos concretos”.

Os autores ressaltam, ainda, que o dispositivo já é utilizado na Suprema Corte e que o mesmo foi invocado no seguinte exemplo:

Foi invocado, por exemplo, para sustentar a tese da possibilidade de rescisão da coisa julgada inconstitucional. O princípio da máxima efetividade foi mencionado especificamente para afastar a aplicação da Súmula nº 343 do próprio STF, de acordo com a qual não cabe ação rescisória quando a decisão que se pretende rescindir seja contrária à interpretação controversa nos tribunais à época em que foi prolatada. A rescisória só seria cabível na hipótese de “violação de literal disposição de lei” (CPC, art. 485, V), não servindo para desconstituir decisão que optou por uma das interpretações a que se abre o texto normativo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 390).

3.4.2.5 Princípio da máxima efetividade

Também é denominado de princípio da interpretação efetiva ou da eficiência (NOVELINO, 2016, p. 138). Segundo Barroso (1996 *apud* NOVELINO, 2016, p. 138),

A efetividade atua como um quarto plano da norma - ao lado da existência, validade e eficácia -, significando "a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social".

Mendes (2017, p. 95), por sua vez, entende que este princípio encontra previsão no § 1º do art. 5º da Constituição, que determina a aplicação imediata das normas relativas aos direitos e garantias fundamentais. Além disso, o autor reconhece que mesmo “normas programáticas podem levar à inconstitucionalidade de leis que lhes sejam opostas é, igualmente, expressão desse princípio. De alguma forma contido no princípio da máxima efetividade, fala-se no princípio da força normativa da Constituição”.

3.4.2.6 Princípio da conformidade funcional

Segundo Souza Neto e Sarmiento (2012, p. 393), “de acordo com o princípio da correção funcional ou conformidade funcional, na interpretação da Constituição deve-se verificar qual é o espaço institucional próprio de cada poder”.

Para os autores, a correção funcional é corolário do princípio da separação dos poderes. Nesse caso, a interpretação

[...] deve procurar manter o sistema de repartição de funções estatais tal como concebido no texto constitucional. Não podem ser admitidos resultados que desconsiderem a vocação de cada um dos órgãos do Estado, o tipo de legitimação que caracteriza suas decisões, bem como as capacidades institucionais que reúne (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 393).

3.4.2.7 Interpretação conforme a Constituição

O princípio segue a ideia de que, em caso de normas que admitem mais de uma interpretação, deve-se privilegiar a interpretação cujo sentido se compatibilize com o conteúdo constitucional (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 71). A partir dessa constatação, há algumas consequências apontadas por Paulo e Alexandrino:

- a) dentre as várias possibilidades de interpretação, deve-se escolher a que não seja contrária ao texto da Constituição;
- b) a regra é a conservação da validade da lei, e não a declaração de sua inconstitucionalidade; uma lei não deve ser declarada inconstitucional quando for possível conferir a ela uma interpretação em conformidade com a Constituição (2017, p. 71).

Porém os autores apontam os limites que a doutrina e a jurisprudência colocam em relação à utilização da interpretação conforme a Constituição. São eles, segundo Paulo e Alexandrino (2017, p. 71-72):

- a) o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma interpretada, a fim de obter concordância da lei com a Constituição;
- b) a interpretação conforme a Constituição só é admitida quando existe, de fato, um espaço de decisão (espaço de interpretação) em que sejam admissíveis várias propostas interpretativas, estando pelo menos uma delas em conformidade com a Constituição, que deve ser preferida às outras, em desconformidade com ela;
- c) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma lei inequivocamente em contradição com a Constituição, não se pode utilizar a interpretação conforme a Constituição; nessa hipótese, impõe-se a declaração da inconstitucionalidade da norma;
- d) deve o intérprete zelar pela manutenção da vontade do legislador, devendo ser afastada a interpretação conforme a Constituição, quando dela resultar uma regulação distinta daquela originariamente almejada pelo legislador. Se o resultado interpretativo conduz a uma regra em manifesta dissintonia com os objetivos

pretendidos pelo legislador, há que ser afastada a interpretação conforme a Constituição, sob pena de transformar o intérprete em ilegítimo legislador positivo. (2017, p. 71-72)

3.4.3 Métodos de interpretação da Constituição

Os métodos de interpretação da Constituição são de extrema importância em razão da necessidade de compreender a vontade do constituinte. Como explica Mendes (2017, p. 92),

Todos eles tomam a Constituição como um conjunto de normas jurídicas, como uma lei, que se destina a decidir casos concretos. Ocorre que nem todo o problema concreto acha um desate direto e imediato num claro dispositivo da Constituição, exigindo que se descubra ou se crie uma solução, segundo um método que norteie a tarefa.

Tais métodos dividem-se em: método jurídico (método hermenêutico clássico); método tópico-problemático; método hermenêutico-concretizador; método científico-espiritual e; método normativo-estruturante. Serão eles os alvos das próximas subseções.

3.4.3.1 Método hermenêutico clássico

Ensinam Paulo e Alexandrino (2017, p. 66) que “o método jurídico adota a premissa de que a Constituição é, para todos os efeitos, uma lei. Logo, interpretar a Constituição é interpretar uma lei”.

Os autores apresentam os recursos que o intérprete deve utilizar, afirmando que

O sentido das normas constitucionais desvenda-se através da utilização, como elementos interpretativos: (a) do elemento filológico (literal, gramatical, textual); (b) do elemento lógico (sistemático); (c) do elemento histórico (análise do contexto em que se desenrolaram os trabalhos do constituinte e dos registros dos debates então travados); (d) do elemento teleológico (perquirição da finalidade da norma); (e) do elemento genético (investigação das origens dos conceitos empregados no texto constitucional) (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 66).

3.4.3.2 O método tópico-problemático

Segundo Lenza (2015, p. 259), “por meio desse método, parte-se de um problema concreto para a norma, atribuindo-se à interpretação um caráter prático na busca da solução dos problemas concretizados”.

Segundo Paulo e Alexandrino (2017, p. 70), tal método parte de algumas premissas. São elas:

[...] (1) a interpretação constitucional deve ter um caráter prático, buscando resolver problemas concretos; (2) as normas constitucionais têm caráter fragmentário (não abrangem todas as situações passíveis de ocorrer na realidade social, mas só as mais relevantes) e indeterminado (possuem elevado grau de abstração e generalidade); (3) as normas constitucionais são abertas, por isso, não podem ser aplicadas mediante simples operações de subsunção (enquadramento direto de casos concretos nas hipóteses nelas descritas), o que implica deva ser dada preferência à discussão do problema.

3.4.3.3 O método hermenêutico-concretizador

Segundo Paulo e Alexandrino (2017, p. 67), este método “reconhece a importância do aspecto subjetivo da interpretação, ou seja, da pré-compreensão que o intérprete possui acerca dos elementos envolvidos no texto a ser por ele interpretado”.

Lenza apresenta os pressupostos acerca do referido método. São eles:

- pressupostos subjetivos: o intérprete vale-se de suas pré-compreensões sobre o tema para obter o sentido da norma;
- pressupostos objetivos: o intérprete atua como mediador entre a norma e a situação concreta, tendo como “pano de fundo” a realidade social;
- círculo hermenêutico: é o “movimento de ir e vir” do subjetivo para o objetivo, até que o intérprete chegue a uma compreensão da norma. (2015, p. 259).

O autor, no entanto, acresce que partir de pré-compreensões do intérprete pode acabar distorcendo tanto a realidade quanto o próprio sentido da norma (LENZA, 2015, p. 259).

3.4.3.4 Método científico-espiritual

O método científico-espiritual, segundo Paulo e Alexandrino (2017, p. 68), tem cunho sociológico, buscando analisar as normas constitucionais a partir “da ordem de valores subjacente ao texto constitucional, a fim de alcançar a integração da Constituição com a realidade espiritual da comunidade”, o que faz com que a análise não se prenda tanto ao sentido textual.

3.4.3.5 O método normativo-estruturante

Para Lenza, o método normativo “reconhece a inexistência de identidade entre a norma jurídica e o texto normativo” (2015, p. 260).

Em razão da necessidade de quem interpreta verificar a literalidade da norma à luz da sua possível concretização, de acordo com a realidade social, Lenza afirma que o teor literal da norma a ser considerado pelo intérprete “deve ser analisado à luz da concretização da norma em sua realidade social. A norma terá de ser concretizada não só pela atividade do legislador, mas, também, pela atividade do Judiciário, da administração, do governo etc.” (2015, p. 260).

3.4.3.6 A interpretação comparativa

A interpretação comparativa, conforme ensinam Paulo e Alexandrino (2017, p. 69),

[...] pretende captar a evolução de institutos jurídicos, normas e conceitos nos vários ordenamentos jurídicos, identificando suas semelhanças e diferenças, com o intuito de esclarecer o significado que deve ser atribuído a determinados enunciados linguísticos utilizados na formulação de normas constitucionais.

Os autores finalizam, explicando que “por meio dessa comparação, é possível estabelecer uma comunicação entre várias Constituições e descobrir critérios aplicáveis na busca da melhor solução para determinados problemas concretos” (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 69).

3.5 MÉTODO DE PONDERAÇÃO

Segundo Souza Neto e Sarmento, no campo jurídico, quando se utiliza a palavra ponderação, é necessário imaginar a figura da balança, a qual será utilizada para sopesar direitos, buscando uma justa decisão. Nesse âmbito, é imprescindível, para o direito constitucional, a utilização da ponderação na resolução de colisão entre direitos constitucionais (2012, p. 456).

Para os autores, nessa seara, quando surgem problemas derivados da tutela constitucional, não são simples problemas teóricos, passíveis de serem resolvidos através da lógica formal. São questões que derivam da saúde, da vida ou de direitos que são de supra relevância, que, por isso, devem serem resolvidas de forma justa e razoável (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 456).

Em se tratando de conteúdo jurídico, a ponderação também recebe o nome de sopesamento. Trata-se de uma técnica cabível à resolução de conflitos entre normas que sejam

válidas e que incidam sobre um caso, objetivando uma decisão que vise à “realização otimizada dos bens jurídicos em confronto” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 456).

Souza Neto e Sarmento explicam a ponderação, considerando sua necessidade para a tutela jurisdicional, afirmando que não é suficiente que, em um caso concreto, considerem-se apenas argumentos antagônicos para caracterização da ponderação. Para os autores, “a técnica em questão envolve a identificação, comparação e eventual restrição de interesses contrapostos envolvidos numa dada hipótese, com a finalidade de encontrar uma solução juridicamente adequada para ela” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 456).

Segundo os autores, a finalidade da ponderação é alcançar uma decisão em que se logre resultado efetivo, na justa medida, sem, no entanto, objetivar-se a depreciação de um direito diante de outro, mas sim, determinar o direito que possui maior relevância. Por isso, Souza Neto e Sarmento (2012, p. 456) entendem que

Nem sempre, na ponderação, se logra alcançar um meio-termo entre os bens jurídicos em disputa. [...] Isto, porém, não significa que a norma que tutela o interesse derrotado vá sempre subordinar-se àquela que protege o interesse que prevaleceu. Em circunstâncias diferentes, pode se dar exatamente o contrário, e, em outras, pode ser possível encontrar uma solução intermediária. Isto porque, uma das características da ponderação é que ela deve sempre levar em consideração o cenário fático, as circunstâncias de cada caso e as alternativas de ação existentes.

É importante ressaltar que a ponderação não se restringe ao campo do Direito Constitucional, entretanto, em razão da finalidade do nosso trabalho, manter-nos-emos nessa seara com o intuito de compreender seu emprego na solução da colisão entre direitos e princípios fundamentais.

3.5.1 Origem

Para Souza Neto e Sarmento, a Corte Constitucional Alemã foi o principal ator na disseminação da ponderação. No período pós-guerra, em meados dos anos 50, tal corte adotou uma posição antipositivista, denominada jurisprudência de valores, que via na Constituição uma ‘ordem objetiva’ de valores centralizados no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, várias decisões envolveram o emprego da ponderação, principalmente em se tratando de direitos fundamentais. Isso ocorreu, pois a Corte germânica, ao incorporar, dentre seus instrumentos interpretativos, o princípio da proporcionalidade, fez dele “o principal instrumento metodológico para realização da ponderação” (2012, p. 457). A partir desse marco histórico, diversos países incorporaram a ponderação para solução de colisões entre

direitos fundamentais, dentre os quais citamos: Espanha, Portugal, Itália, Hungria, Canadá, África do Sul e Colômbia (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 457).

No Brasil, a ponderação tornou-se de aplicação mais explícita a partir da Constituição de 1988, uma vez que, até então, era predominante o formalismo positivista, em vez da utilização de um método hermenêutico com caráter aberto e flexível, como representado pela ponderação (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 457).

Nesse diapasão, a jurisprudência brasileira tem avançado nesse campo, utilizando-se, cada vez mais, do princípio da proporcionalidade em conjunto à ponderação. Entretanto, há necessidade de um maior desenvolvimento para que exista a perfectibilidade na utilização do método de ponderação associado ao princípio da proporcionalidade, para que as decisões sejam mais específicas e seguras na resolução de conflitos entre normas constitucionais, dando maior legitimidade ao uso da técnica “de modo a conferir maior racionalidade e previsibilidade à ponderação, restringindo os riscos de arbítrio judicial” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 457).

Explicam Souza Neto e Sarmento, acerca das possibilidades em que se poderá exercer a ponderação, que

A ponderação judicial pode ocorrer em três contextos diferentes. No primeiro, o Poder Judiciário é provocado para analisar a validade de uma ponderação já realizada por terceiros — em geral, pelo legislador — o que pode ocorrer tanto em sede de controle abstrato de normas quanto na análise de caso concreto. No segundo, existe um conflito entre normas constitucionais, mas não há nenhuma ponderação prévia realizada por terceiros. Aqui, o juiz tem a primeira palavra na ponderação, e não apenas examina a validade de algum sopesamento extrajudicial feito anteriormente. Na terceira hipótese, o próprio legislador infraconstitucional remete ao Judiciário a tarefa de avaliar, em cada caso concreto, a solução correta para o conflito entre interesses constitucionais colidentes, seguindo determinadas diretrizes, pressupostos e procedimentos que ele fixou (2012, p. 458).

3.5.2 A técnica de ponderação

A priori é necessário verificar a existência de conflito entre normas constitucionais ou direitos fundamentais. Assim, é necessário que se utilize a hermenêutica constitucional e que se avaliem se há normas distintas que possam ser solução para o caso concreto, a fim de que se verifiquem a existência e a possibilidade de aplicação da ponderação, uma vez que existem hipóteses em que as normas em confrontos não incidem umas sobre a outra, não podendo, então, falar-se em ponderação (SOUZA NETO;

SARMENTO, 2012, p. 460). Como exemplificam Souza Neto e Sarmento, em relação às situações em que não há incidência de uma norma sobre a outra,

Se estiver em discussão, por exemplo, a responsabilização de alguém que explodiu uma repartição pública para protestar contra o governo, o caso não envolverá ponderação entre, de um lado, a liberdade de expressão e, do outro, o direito à vida, à segurança ou a tutela do patrimônio público. A liberdade de expressão simplesmente não se aplica à hipótese. Ela até protege condutas expressivas de protesto — como o ato de queimar uma bandeira nacional — mas certamente não abrange a explosão de um prédio público (2012, p. 460).

A teoria hegemônica da ponderação, originalmente formulada por Robert Alexy, afirma que é necessário que se interprete “da forma mais ampla possível cada uma das normas constitucionais em jogo, resolvendo por meio da ponderação os conflitos que surjam”, uma vez que o procedimento que emprega a ponderação “é mais racional e intersubjetivamente controlável do que aquele usado para definir o âmbito de incidência das normas constitucionais em tensão” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 460).

Em caso de haver necessidade de ponderação, segundo Souza Neto e Sarmento (2012, p. 461), “o principal critério a ser empregado para a sua realização é o princípio da proporcionalidade com os seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)”. Assim, Souza Neto e Sarmento (2012, p. 461) argumentam que

Assim, verifica-se, primeiramente, se a aventada restrição ao bem jurídico tutelado por uma das normas constitucionais em conflito ao menos contribui para a promoção daquele protegido pela norma contraposta (**subprincípio da adequação**). Se a resposta for negativa, isto basta para que se conclua no sentido da inconstitucionalidade desta medida restritiva. Se ela for afirmativa, prossegue a avaliação, analisando-se se existia ou não alguma medida alternativa mais suave, que promovesse, da mesma forma, o interesse subjacente à norma constitucional contrária, sem restringir com tamanha intensidade o bem jurídico atingido (**subprincípio da necessidade**). Sendo a resposta positiva, conclui-se no sentido da invalidade da medida. Caso contrário, passa-se ao exame da relação entre as vantagens e ônus da medida, sob o ângulo constitucional (**subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito**). Em outras palavras, analisa-se se a restrição ao interesse constitucionalmente protegido por uma norma constitucional é ou não compensada pela promoção do interesse antagônico (grifo nosso).

Assim, segundo Souza Neto e Sarmento, na análise, é necessário avaliar, sob a perspectiva constitucional, a importância dos bens jurídicos em conflito ainda na esfera abstrata (peso abstrato), e, mesmo quando não se constate hierarquia formal entre normas constitucionais, isso não significa que a Carta Magna tenha conferido o mesmo nível de proteção a todos bens jurídicos tutelados por ela, uma vez que determinados direitos e bens

jurídicos usufruem de maior proteção que outros (2012, p. 461). E, nesse sentido, ensinam Souza Neto e Sarmento (2012, p. 461), acerca do exposto que “esta comparação deve atentar para o sistema constitucional positivo, mas é inevitável que nela acabem também penetrando valorações morais e políticas, que não há como negar podem ser profundamente controvertidas no cenário de uma sociedade plural.”

Na continuidade da análise, Souza Neto e Sarmento afirmam que é necessário verificar

o grau de restrição ao bem jurídico atingido pela medida, cotejando-o com o nível de realização do interesse constitucional contraposto (peso concreto). Uma restrição leve a um bem jurídico mais importante sob o prisma constitucional pode ser justificada pela realização, em grau mais elevado, de outro interesse não tão relevante. E uma limitação muito severa a um bem jurídico menos essencial pode não ser admissível, ainda que vise à promoção, em nível mais modesto, de outro tido como mais relevante. Seria, por exemplo, de manifesta inconstitucionalidade uma lei que proibisse completamente o consumo do álcool, para evitar os riscos à saúde e até à vida que o alcoolismo encerra, mesmo considerando que, na escala dos valores constitucionais, o direito à vida está acima da tutela da liberdade geral de ação. A excessiva severidade da restrição ao bem jurídico sacrificado não seria compensada pelo ganho na tutela da vida ou da saúde (2012, p. 462).

Diante da questão dos pesos abstrato e concreto, concluem Souza Neto e Sarmento (2012, p. 462) que “Robert Alexy formulou o que ele designou como ‘lei de ponderação’: ‘quanto maior é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro’”.

Ante o exposto, Souza Neto e Sarmento (2012, p. 462), citando Alexy (2003) esclarecem que, através da integração de três elementos – peso abstrato, grau de restrição e confiabilidade das premissas empíricas -, Alexy criou a “fórmula da ponderação”:

[...] que decompõe os fatores a serem levados em conta na atividade ponderativa. (...) ela tem o mérito de chamar a atenção do aplicador do direito para os dados e as razões que efetivamente devem ser considerados na atividade de ponderação. O intérprete, ao explicitar de que modo está considerando cada um dos elementos pertinentes, incrementa a racionalidade da atividade de ponderação e a torna mais controlável pelo público. Sem embargo, o emprego de uma fórmula pode passar a falsa impressão de que a atividade de ponderação se exaure na lógica formal. Nada mais falso. A ponderação não é atividade mecânica, e com frequência envolve valorações complexas e polêmicas, em que algum grau de subjetividade é inevitável.

3.5.3 Parâmetros gerais da ponderação

Consoante Souza Neto e Sarmento, “a ponderação é, no mínimo, um ‘mal necessário’ para o equacionamento dos ‘casos difíceis’ do Direito Constitucional”, em razão

da insegurança que este poder traz consigo, assim, foram criados alguns mecanismos para que a ponderação possua confiabilidade.

Segundo os autores existem três restrições ou mecanismos de controle que são infligidos ao método de ponderação. São eles:

- a) Fixação de parâmetros para a ponderação, que sejam suscetíveis de universalização, vale dizer, de aplicação a casos equiparáveis. O estabelecimento de parâmetros para a ponderação é importante porque reduz o risco de arbítrio judicial, amplia a previsibilidade e segurança jurídica do cidadão e facilita o trabalho dos juízes em casos futuros, tornando mais eficiente a prestação jurisdicional.
- b) Na ponderação judicial, deve haver uma preocupação adicional com a motivação dos julgados, que tem de ser transparente, além de muito criteriosa na utilização da técnica.⁸⁹ Devem ser evitadas as justificativas muito genéricas, que aludem à ponderação, sem esclarecer as razões que levaram a que se atribuisse peso superior a um determinado interesse sobre o outro.
- c) Na hipótese de controle sobre ponderações já realizadas por outros poderes do Estado, o Judiciário deve, em geral, adotar uma posição de autocontenção e deferência. A invalidação ou desaplicação de decisões ponderativas dos poderes políticos só deve ocorrer quando o respectivo erro de sopesamento for grave. Esta postura de deferência pode fundar-se, dependendo do caso, no princípio democrático, que postula o reconhecimento de uma ampla liberdade de conformação para os poderes eleitos, ou numa comparação, desfavorável ao Judiciário, entre a sua capacidade institucional e a do órgão que realizou originariamente a ponderação, em hipótese que envolva conhecimentos técnicos não jurídicos especializados (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 465).

Ou seja, a existência de parâmetros é de suma importância para a ponderação, uma vez que, através deles, é possível haver decisões com equidade e a universalização das mesmas. Assim, reduz-se a possibilidade de erro e cria-se uma proteção contra a arbitrariedade judiciária. Além do que, a segurança jurídica passa a ser relevante em razão do entendimento e da previsibilidade das decisões judiciais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 467).

Mas, como lembram os autores, devemos levar em consideração que esses mecanismos não devem ser inventados, em razão do simples deleite do intérprete, mas deduzidos do sistema constitucional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 467)

É necessário destacar três parâmetros gerais e de supra importância para a ponderação. São eles:

- a) As regras constitucionais têm preferência *prima facie* sobre os princípios. Em geral, as regras instituem exceções à aplicação dos princípios, prevalecendo sobre eles (critério *lex specialis*). Só em hipóteses excepcionais se deve admitir o afastamento de uma regra constitucional pela via da ponderação. Esse critério tem como principais fundamentos a preservação da segurança jurídica e da vontade expressa do poder constituinte.

- b) Há uma preferência *prima facie* das normas que instituem direitos fundamentais quando colidem com outras que assegurem interesses e bens jurídicos distintos. Há até quem sustente, como Ronald Dworkin, que os direitos fundamentais, por valerem como “trunfos” diante de outros interesses e de cálculos de utilidade social, sempre prevaleceriam sobre outros bens. Não vamos tão longe, pois no constitucionalismo social, que não concebe as pessoas como indivíduos isolados perseguindo apenas os seus próprios interesses, restrições a direitos podem se afigurar essenciais para a implementação de objetivos constitucionais, que, em última análise, também se voltem à tutela da pessoa humana. Contudo, da proteção ultra-reforçada [sic] dada pela Constituição aos direitos fundamentais, e de uma compreensão adequada da dignidade da pessoa humana, que não concebe os indivíduos como meros componentes de um corpo coletivo maior, cujos interesses possam ser facilmente sacrificados em favor de algum suposto “bem comum”, pode-se extrair a prioridade *prima facie* dos direitos fundamentais em face de outros interesses constitucionais.
- c) Dentre os direitos fundamentais, há uma preferência *prima facie* dos direitos e liberdades existenciais, dos ligados à garantia dos pressupostos da democracia e das condições essenciais de vida sobre aqueles de conteúdo meramente patrimonial ou econômico. Esta prioridade pode também ser inferida do nosso sistema constitucional, bem como de uma teoria moral e política razoável, que “leva a sério” o imperativo de promoção da justiça social, no cenário de uma sociedade profundamente desigual (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 467).

3.6 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Mendes, quando se fala em colisão entre direitos fundamentais, de fato, o que ocorre é o conflito em razão do exercício de direitos que são fundamentais por titulares adversos. Para o autor a colisão pode ocorrer a partir de conflitos entre: a) direitos individuais; b) individuais e bens jurídicos da comunidade e; c) bens jurídicos e coletivos. Postula-se que, na ocorrência de conflito, os direitos podem ser mitigados, ou seja, ao exercer determinado direito, esse poderá ser relativizado (2017, p. 211)

Mendes (2017, p. 211), destaca que “tem-se [...] autêntica colisão apenas quando um direito fundamental afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito fundamental”.

Assim, cabe ao legislador estabelecer os limites adequados aos direitos, para proteção da segurança jurídica. Como entende Mendes (2017, p. 211), “em se tratando de direitos submetidos a reserva legal expressa, compete ao legislador traçar os limites adequados, de modo a assegurar o exercício pacífico de faculdades eventualmente conflitantes.”

Mendes exemplifica, argumentando que

Um típico exemplo de colisão de direitos fundamentais é assinalado por Edilson Farias: a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (CF, art. 5º, IX) pode entrar em colisão com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem

das pessoas (CF, art. 5º, X); ou a liberdade interna de imprensa (art. 38º, 2º, da Constituição portuguesa), que implica a liberdade de expressão e criação dos jornalistas, bem como a sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação, pode entrar em colisão com o direito de propriedade das empresas jornalísticas (2017, p. 211).

3.6.1 As colisões

As colisões desdobram-se em duas categorias: as colisões em sentido estrito e as colisões em sentido amplo. Mendes explica que

As colisões em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais. As colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade. (2017, p. 211).

As colisões em sentido estrito, por sua vez, subdividem-se em colisões entre direitos fundamentais idênticos e colisões entre direitos fundamentais diversos.

Segundo Mendes (2017, p. 211), as colisões dentre direitos fundamentais idênticos, podem ser reconhecidas a partir de quatro classificações. São elas:

- a) **Colisão de direito fundamental enquanto direito liberal de defesa:** v . g., a decisão de dois grupos adversos de realizar uma demonstração na mesma praça pública.
- b) **Colisão de direito de defesa de caráter liberal e o direito de proteção:** como exemplo, mencione-se a decisão de atirar no sequestrador para proteger a vida do refém ou da vítima (grifo nosso).

Em relação à segunda espécie, Mendes apresenta um exemplo. Assim, na situação em que há conflito entre a vida do sequestrador e da vítima, são parte de algo mais complexo, ou como também chamada colisão complexa. Tem-se que a situação poderia ser resolvida, aceitando as condições do sequestrador, entretanto, é reprovável não considerar um terceiro elemento da colisão, que enseja a proteção da comunidade. E nesse sentido, existe o dever para evitar atos de violência. (2017, p. 211)

As outras duas classificações são:

- c) **Colisão do caráter negativo de um direito com o caráter positivo desse mesmo direito:** é o que se verifica com a liberdade religiosa, que tanto pressupõe a prática de uma religião como o direito de não desenvolver ou participar de qualquer prática religiosa. Aqui cabe perguntar, por exemplo, se o Estado pode impor que se coloquem crucifixos nas salas de aula.
- d) **Colisão entre o aspecto jurídico de um direito fundamental e o seu aspecto fático:** tem-se aqui um debate que é comum ao direito de igualdade. Se o legislador prevê a concessão de auxílio aos hipossuficientes, indaga-se sobre a dimensão fática ou jurídica do princípio da igualdade (MENDES, 2017, p. 211, grifo nosso).

Para Mendes (2017, p. 211), “nas **colisões entre direitos fundamentais diversos** assume peculiar relevo a colisão entre a liberdade de opinião, de imprensa ou liberdade artística, de um lado, e o direito à honra, à privacidade e à intimidade, de outro” (grifo nosso).

E por fim, **as colisões em sentido amplo** abraçam direitos fundamentais individuais e coletivos e difusos. Como destaca Mendes (2017, p. 211), são comuns as colisões “[...] entre o direito de propriedade e interesses coletivos associados, v. g., à utilização da água ou à defesa de um meio ambiente equilibrado. Da mesma forma, não raro surgem conflitos entre as liberdades individuais e a segurança interna como valor constitucional”.

3.6.2 A solução das colisões entre direitos fundamentais sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal¹

Nesse subitem, nossa intenção é conhecer exemplos práticos de julgados em que os princípios até aqui expostos foram levados em conta para solução de colisões entre direitos fundamentais diante da jurisdição do Supremo Tribunal Federal.

3.6.2.1 Introdução às colisões

Mendes convida-nos a imaginar um caso de conflito entre liberdade de opinião e comunicação ou, ainda, uma situação em que os pais de uma criança se recusam a autorizar que se faça transfusão de sangue na mesma em razão de suas crenças. Dessas hipóteses surgiria a seguinte questão: Quais seriam as possibilidades de resolução nessas colisões? (2017, p. 212).

Mendes (2017, p. 212), com base no exposto, comenta: “É possível que uma das fórmulas alvitadas para a solução de eventual conflito passe pela tentativa de estabelecimento de uma hierarquia entre direitos fundamentais”. No entanto, o autor explica que é inviável uma fixação hierarquia entre diferentes direitos, nesses casos, pois acabaríamos deturpando-os.

Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando, também, a Constituição como complexo

¹ Essa subseção foi organizada com base em Mendes (2017).

normativo unitário e harmônico. Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos fundamentais somente é admissível em casos especialíssimos (MENDES, 2017, p. 212).

Com base na teoria de Rufner (1975), Mendes (2017, p. 212) ensina que

A tentativa de atribuir maior significado aos direitos individuais não submetidos à restrição legal expressa em relação àqueles outros, vinculados ao regime de reserva legal simples ou qualificada, revela-se absolutamente inadequada, por não apreender a natureza especial dos direitos individuais. A previsão de expressa restrição legal não contém um juízo de desvalor de determinado direito, traduzindo tão somente a ideia de que a sua limitação é necessária e evidente para a compatibilização com outros direitos ou valores constitucionalmente relevantes.

Diante do exposto, Rufner, baseado no Direito alemão, diz-nos que, por exemplo, o direito de reunião a céu aberto é de suma importância para situações de formação da opinião pública, em vez de reuniões em salas fechadas. Todavia, o legislador entendeu que àquele direito e não a este deveria ser imposta uma restrição. Entretanto, ressalta o autor, que isso não significa que um possui uma importância maior em detrimento do outro, mas que existe um maior grau de conflituosidade em relação ao primeiro (1976 *apud* MENDES, 2017, p. 212-213).

Segundo Mendes,

Uma das propostas de solução doutrinária recomenda a transferência de limitações impostas a determinado direito àquele insuscetível de restrição. Além de não se mostrar apta para a solução global do problema, uma vez que não cuida de eventual conflito entre direitos formalmente insuscetíveis de restrição, essa abordagem acaba por reduzir de forma substancial o significado das garantias jurídicas especialmente desenvolvidas para certos direitos considerados fundamentais (2017, p. 213).

A colisão entre direitos individuais, assim como entre direitos individuais e bens tutelados, segundo Mendes (2017, p. 213) “atua como uma restrição imanente que legitima a intervenção na esfera do direito não submetido expressamente a uma limitação, eliminando-se a possibilidade de conflito com recurso à concordância prática”.

Para Mendes (2017, p. 213), “a interpretação sistemática atua [...] de forma corretiva, permitindo tanto a justificação de novas restrições quanto a delimitação do âmbito de proteção de determinado direito”. No entanto, essa alternativa apresenta aspectos ambíguos, conforme revela Mendes (2017, p. 213), ao afirmar que

Essa abordagem também revela aspectos ambíguos, na medida em que não explicita a função do princípio da reserva legal no caso de colisão de direitos individuais, deixando em aberto se as restrições decorrentes do conflito entre direitos individuais:

- mostram-se admissíveis apenas nos direitos não submetidos a restrições expressas ou também aos demais direitos individuais suscetíveis de restrição legal;
- podem ser identificadas apenas pelo legislador ou se também pela Administração e pelo Judiciário

Nesse diapasão, segundo Mendes, o legislador, entendeu a necessidade de determinar a distinção entre os direitos submetidos à restrição legal e aqueles que não seriam submetidos a tal restrição. Isso decorreu do entendimento do constituinte que considerou a eminência de conflitos em relação aos primeiros e a não incidência nos últimos. Entretanto, segundo o autor, isso não significa que, em ocorrendo colisão, esta ficaria sem resolução (MENDES. 2017, p. 213).

Insta ressaltar, que não é admitido usar, como alegação, uma possível colisão para limitar direitos que são impassíveis, *a priori*, de restrições. Dessa forma, a limitação imposta a eventuais colisões de direitos constitucionais deve ser tratada como medida excepcional (MENDES. 2017, p. 213). Nesse sentido, Mendes (2017, p. 213) destaca que “a própria cláusula de imutabilidade de determinados princípios há de servir de baliza para evitar que, mediante esforço hermenêutico, se reduza, de forma drástica, o âmbito de proteção de determinados direitos”

A Corte Constitucional alemã, segundo Mendes, expressamente reconheceu que

“tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente a restrição legal expressa” (2017, p. 213-214).

Ao embasar sua decisão no argumento da Corte alemã, Mendes explica, a respeito da ponderação de princípios, que

Ressalte-se, porém, que o Tribunal não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado, dificilmente se logra estabelecer uma hierarquia precisa entre os diversos direitos fundamentais constitucionalmente contemplados. Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática [...], de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade (2017, p. 214).

De acordo com a teoria exposta por Alexy (*apud* MENDES, 2017, p. 214), a ponderação é realizada em três planos. Em um primeiro momento é definida a intensidade com que haverá a intervenção. Em um segundo momento, determinar-se-á a real importância

dos fundamentos que justificarão a intervenção. E por fim, no terceiro momento, realiza-se efetivamente a ponderação em sentido específico e estrito.

3.6.2.2 A colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Segundo Mendes, a Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 60, § 4º, ou seja, nas denominadas cláusulas pétreas, não privilegiou um determinado direito em específico, mas percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, de nossa Carta Magna, possui grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro (MENDES, 2017, p. 215). Assim, em eventual circunstância que enseje a aplicação do método de ponderação, os valores que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana, tais como, “inviolabilidade de pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade”, devem ser considerados (MENDES, 2017, p. 215).

Ocorre, ainda, segundo Mendes (2017, p. 215), “a discussão sobre determinados direitos em contraposição a certos valores constitucionalmente protegidos”.

Por exemplo, a discussão acerca da legitimidade em regular o preço das mensalidades escolares, em que o STF reconheceu que a discussão diz respeito à conciliação entre livre-iniciativa e livre concorrência versus direito do consumidor e de redução de desigualdades sociais, em consonância com a justiça social (MENDES, 2017, p. 215). Nessa situação, Mendes explica que o Estado pode, “por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros” (2017, p. 215).

Destaca-se, ainda, na jurisprudência do STF, o caso acerca da proibição da farra do boi, onde a Associação de Defesa dos Animais postulou contra o Estado de Santa Catarina. Mendes (2017, p. 215) destaca o voto do Ministro Marco Aurélio que reconheceu, na hipótese, conflito entre a proteção e o incentivo de práticas culturais, previsto no art. 215, § 1º da Constituição, e a defesa dos animais contra práticas cruéis. Segundo Mendes,

“Se, de um lado, como ressaltou o eminente Ministro Maurício Corrêa, a Constituição Federal revela competir ao Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando, incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais – e a Constituição Federal é um grande todo –, de outro lado, no Capítulo VI, sob o título ‘Do Meio Ambiente’, inciso VII do artigo 225, temos uma proibição, um dever atribuído ao Estado: ‘Art. 225. (...)

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade’.

Senhor Presidente, é justamente a crueldade o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel. Admitida a chamada ‘farra do boi’, em que uma turba ensandecida vai atrás do animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. Não vejo como chegar-se à posição intermediária. A distorção alcançou tal ponto que somente uma medida que obstaculize terminantemente a prática pode evitar o que verificamos neste ano de 1997. O Jornal da Globo mostrou um animal ensanguentado e cortado invadindo uma residência e provocando ferimento em quem se encontrava no interior.

Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair, realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça o agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal” (MENDES, 2017, p. 215).

No caso exposto, o Supremo Tribunal Federal, concluiu que a farra do boi, praticada no Estado de Santa Catarina, extravasava os limites culturais (MENDES, 2017, p. 216).

Outro caso que teve grande repercussão no STF foi em relação a uma investigação de paternidade em que se autorizou o uso de força, se fosse necessária, para que o réu realizasse o exame de DNA. A decisão do magistrado fundamentou-se no art. 130 do Código de Processo Civil (MENDES, 2017, p. 216). Nesse caso, Mendes (2017, p. 216), explica que o voto do relator, Ministro Rezek, “entendeu inexistir, na espécie, qualquer violência contra os direitos fundamentais do réu”. Eis parte do voto em comentário:

“O impetrante alega que a ordem de condução expedida contra si afronta o artigo 332 do Código de Processo Civil. Da sua ótica, o exame é ilegítimo, já que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a prova pericial contra sua vontade. Ocorre que a lei, conquanto não autorize diretamente o exame hematológico, como qualquer outro exame, é geral. Tem o magistrado a faculdade de determinar as provas que julgar necessárias à perfeita instrução do processo, podendo a parte, por igual, propor a realização de todas aquelas em direito permitidas, tal como fez o paciente em sua contestação (fls. 37). É o que diz o artigo 130 do CPC, complementado pelo artigo 332, que inclui ‘todos os meios moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código’. E é contundente a relação de pertinência entre a prova pretendida e o objeto da ação, onde se discute o tema da paternidade. Lembra o impetrante que não existe lei que o obrigue a realizar o exame. Haveria, assim, afronta ao artigo 5º II da CF. Chega a afirmar que sua recusa pode ser interpretada, conforme dispõe o artigo 343-§ 2º do CPC, como uma confissão (fls. 6). Mas não me parece, ante a ordem jurídica da República neste final de século, que isso frustre a legítima vontade do juízo de apurar a verdade real. A Lei n. 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado.

Um último dispositivo constitucional pertinente, que o investigado diz ter sido objeto de afronta, é o que tutela a intimidade, no inciso X do art. 5º. A propósito, observou o parecer do Ministério Público: ‘a afirmação, ou não, do vínculo familiar não se pode opor ao direito ao próprio recato. Assim, a dita intimidade de um não pode escudá-lo à pretensão do outro de tê-lo como gerado pelo primeiro’, e mais, a Constituição impõe como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência. Como bem ponderou o parquet federal, no desfecho de sua manifestação, ‘não há forma mais grave de negligência para com uma pessoa do que deixar de assumir a responsabilidade de tê-la fecundado no ventre materno...’ (fls. 206)” (MENDES, 2017, p. 217)

Entretanto, nesse caso, segundo explica Mendes (2017, p. 217), foi a orientação do Ministro Marco Aurélio que foi acolhida pela Corte. Eis o voto:

“Ninguém está compelido, pela ordem jurídica, a adentrar a Justiça para questionar a respectiva paternidade, da mesma forma que há consequências para o fato de vir aquele que é apontado como pai a recusar-se ao exame que objetive o esclarecimento da situação. É certo que compete aos cidadãos em geral colaborar com o Judiciário, ao menos na busca da prevalência dos respectivos interesses, e que o sacrifício – na espécie, uma simples espetadela – não é tão grande assim. Todavia, princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa. Refiro-me, em primeiro lugar, ao da legalidade, no que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial atacada neste habeas-corpus – no sentido de o Paciente, Réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para a colheita do material indispensável ao exame. Ainda que houvesse, estaria maculada, considerados os interesses em questão – eminentemente pessoais e a inegável carga patrimonial – pela inconstitucionalidade. Digo isto porquanto a Carta Política da República – que o Dr. Ulisses Guimarães, em perfeita síntese, apontou como a ‘Carta Cidadã’ – consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – inciso X do rol das garantias constitucionais (artigo 5º). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda cível, a feitura de uma certa prova? O quadro é extravagante e em boa hora deu-se a impetração deste habeas-corpus. É irrecusável o direito do Paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do Paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu. Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade” (MENDES, 2017, p. 217).

Entretanto, a doutrina não se manifestou de maneira direta acerca dessa decisão. Assim, é no mínimo complicado apontar se a ponderação foi aplicada de maneira rígida, a ponto de ter utilizado todos os elementos necessários nessa complexa colisão. Mendes (2017, p. 217) explica que “o argumento formal relacionado com a presunção de paternidade –

confissão ficta – parece desconsiderar o significado do conhecimento real da paternidade para o direito de personalidade da requerente” (2017, p. 217).

No caso em comento, conforme manifestação do Ministro Marco Aurélio:

“a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade” (MENDES, 2017, p. 217).

Cabe destacar um trecho do voto do relator do *Habeas Corpus* 71.313, em que o mesmo indagava acerca da obrigação de que o suposto pai fosse submetido ao exame de paternidade, sendo que a ação era proposta por um terceiro que buscava ver reconhecida a sua condição de pai (MENDES, 2017, p. 218). O relator manifestou-se no sentido de que, nesse caso específico, não se justificava a imposição, uma vez que o caso em tela possuía peculiaridades que tornariam desproporcional a imposição do exame (MENDES, 2017, p. 220). Como é exposto em seu voto:

“Na espécie, por certo, não estão presentes as circunstâncias – que, atinentes ao direito fundamental à própria e real identidade genética –, me induzem a insistir na ressalva prudente. Cuida-se aqui, como visto, de hipótese atípica, em que o processo tem por objeto a pretensão de um terceiro de ver-se declarado pai da criança gerada na constância do casamento do paciente, que assim tem por si a presunção legal da paternidade e contra quem, por isso, se dirige a ação. Não discuto aqui a questão civil da admissibilidade da demanda. O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular. É de sublinhar que efetivamente se cuidaria de simples prova de reforço de um fato que, de outro modo, se pode comprovar. Com efeito. A revolução, na área da investigação da paternidade, da descoberta do código genético individual, em relação ao velho cotejo dos tipos sanguíneos dos envolvidos, está em que o resultado deste, se prestava apenas e eventualmente à exclusão da filiação questionada, ao passo que o DNA leva sabidamente a resultados positivos de índices probabilísticos tendentes à certeza. Segue-se daí a prescindibilidade, em regra, de ordenada coação do paciente ao exame hematológico, à busca de exclusão da sua paternidade presumida, quando a evidência positiva da alegada paternidade genética do autor da demanda pode ser investigada sem a participação do réu (é expressivo, aliás, que os autos já contenham laudo particular de análise do DNA do autor, do menor e de sua mãe – v. 4/f. 853). Esse o quadro, o primeiro e mais alto obstáculo constitucional à subjugação do paciente a tornar-se objeto da prova do DNA não é certamente a ofensa da colheita de material, minimamente invasiva, à sua integridade física, mas sim a afronta à sua dignidade pessoal, que, nas circunstâncias, a participação na perícia substantivaria” (MENDES, 2017, p. 220).

Acerca de tema similar, a Rcl. 2,040 chegou ao plenário do Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Min. Néri da Silveira e cujo julgamento ocorreu em 21 de fevereiro

de 2002. O caso tratava de uma extraditanda que estava presa na Polícia Federal e do fato de ter sido constatada sua gravidez, levantando suspeitas acerca das ações dos agentes da Polícia Federal. Nesse caso, o conflito deu-se entre o direito à intimidade e à vida privada versus a moralidade administrativa e a honra dos agentes, uma vez que havia suspeita de ter ocorrido estupro executado pelos agentes policiais. Tratava-se, portanto, de situação que ensejava a ponderação dos direitos fundamentais (MENDES, 2017, p. 220).

Mendes observa que “fica evidente aqui que, também no Direito brasileiro, o princípio da dignidade humana assume relevo ímpar na decisão do processo de ponderação entre as posições em conflito” (2017, p. 221).

Nesse conflito, o entendimento do STF acerca da matéria, quando há colisão entre direitos fundamentais, segundo Mendes (2017, p. 221), é de que o STF “está a se utilizar, conscientemente, do princípio da proporcionalidade como “lei de ponderação”, rejeitando a intervenção que impõe ao atingido um ônus intolerável e desproporcional.”

É nesse sentido que, havendo colisão entre direitos fundamentais, torna-se cada vez mais necessária a incidência do princípio da proporcionalidade, como expõe Mendes, ao afirmar que

Em casos, por exemplo, envolvendo a colisão entre o direito ao meio ambiente equilibrado e a livre iniciativa econômica, que se têm tornado frequentes na jurisprudência do Tribunal, a utilização do princípio da proporcionalidade é manifesta. Emblemático, nesse sentido, o julgamento da ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, em que se discutia se decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados – enquanto manifestação da liberdade de iniciativa e comércio – ofendiam a garantia constitucional ao meio ambiente equilibrado (CF, art. 225). Submetendo o problema ao juízo de ponderação entre valores, o Supremo Tribunal Federal assentou, nos termos do voto da Relatora, que “haveria de se ter em conta que o preço industrial a menor não poderia se converter em preço social a maior, a ser pago com a saúde das pessoas e com a contaminação do meio ambiente” (2017, p. 220).

É interessante destacar o pensamento do STF quando ocorrem colisões entre liberdade de expressão e de crítica versus o direito à honra e à intimidade. Segundo Mendes,

existe, no Supremo Tribunal Federal, precedente que reconhece a possibilidade de diferenciações, consideradas as diferentes situações desempenhadas pelos eventuais envolvidos. Assim, admite-se, tal como na jurisprudência de outros países, que se estabeleçam critérios diversos para a aferição de possível lesão à honra, tendo em vista a maior ou a menor exposição pública das pessoas. É o que se pode depreender da ementa de acórdão proferido no *Habeas Corpus* n. 78.426: “Crime contra a honra e a vida política. É certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a zona *di iluminabilità*, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em

particular, dos seus adversários; mas a tolerância com a liberdade da crítica ao homem público há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-Prefeito, deixado o Município ‘com dívidas causadas por suas falcaturas’”(2017, p. 223)

É nesse contexto, que Mendes entende que o STF define conceitos que servirão de base à ponderação. No caso em comento, por exemplo, a Corte fixou que “os homens públicos estão submetidos à exposição de sua vida e de sua personalidade e, por conseguinte, estão obrigados a tolerar críticas que, para o homem comum, poderiam significar uma séria lesão à honra” (2017, p. 223). Entretanto, Mendes (2017, p. 223), orienta no sentido de que “Supremo Tribunal Federal, não outorga ao crítico um *bill* de indenidade, especialmente quando imputa a alguém a prática de atos concretos que resvalam para o âmbito da criminalidade” (2017, p. 223).

Isso ocorreu em outro caso mencionado por Mendes, em que um deputado federal propôs uma queixa-crime contra um ministro de Estado, sendo que entendimento do STF foi no sentido de que respostas dadas na tribuna, foram contra ataques acobertados pela imunidade parlamentar, sendo entendida como uma retorsão legítima (MENDES, 2017, p. 224). Conforme é exposto no Inquérito n. 1.247, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio:

“Crime contra a honra – Elemento subjetivo – Dolo – Inviolabilidade parlamentar – Retorsão – Alcance. Tratando-se de hipótese a revelar prática inicial coberta pela inviolabilidade parlamentar, sentindo-se o titular do mandato ofendido com resposta formalizada por homem público na defesa da própria honra, único meio ao alcance para rechaçar aleivosias, cumpre ao órgão julgador adotar visão flexível, compatibilizando valores de igual envergadura. A óptica ortodoxa própria aos crimes contra os costumes, segundo a qual a retorsão é peculiar ao crime de injúria, cede a enfoque calcado no princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da razão de ser das coisas, potencializando-se a intenção do agente, o elemento subjetivo próprio do tipo – o dolo – e, mais do que isso, o socialmente aceitável. Considerações e precedente singular ao caso concreto” (MENDES, 2017, p. 224).

Acerca da ementa em comento, Mendes explica que

Também aqui resta evidente o esforço desenvolvido pelo Tribunal com o propósito de objetivar critérios para o processo de ponderação que envolva a liberdade de expressão – no caso específico de pronunciamento parlamentar – e o direito à honra. Tendo em vista a prerrogativa de que goza o parlamentar, houve por bem o Tribunal entender como legítima defesa a resposta oferecida por autoridade pública contra os ataques sofridos, legitimando, na espécie, um direito de retorsão não previsto no ordenamento positivo (2017, p. 225).

Por fim, à luz dos acórdãos acima expostos, bem como de outras decisões do Supremo Tribunal Federal, é possível concluir que quando há incidência de colisão entre direitos fundamentais, a solução dar-se-á via caso concreto, sendo impossível uma resposta única e direta. Será necessária a utilização de mecanismos como a ponderação, em conjunto ao princípio da proporcionalidade, sempre que possível, à luz da hermenêutica constitucional, para solução dos conflitos entre direitos fundamentais.

Temos que as colisões entre direitos fundamentais somente serão solucionadas, de fato, através dos mecanismos elencados neste trabalho, uma vez que tais conflitos ensejam decisões que não estão positivadas, ou então que não são cotidianas, que são casos extremos. Ante isso, é clara a importância do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e, por verossimilhança, a julgador de discussões acerca de direitos fundamentais.

De fato, a ponderação de princípios, deve ser utilizada somente como último recurso, unicamente em casos que possuem temas complexos, onde a interpretação hermenêutica ou os princípios constitucionais sejam insuficientes (NOVELINO, 2016, p. 119).

Concluindo a respeito das colisões entre direitos fundamentais, a importância do julgador é essencial, uma vez que o sopesamento de princípios e a aplicação da proporcionalidade depende deste em um caso concreto.

4 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são as maiores conquistas da história da humanidade. Há previsão expressa dos mesmos nas Constituições das mais variadas nações. E, no Brasil, não é diferente, uma vez que a Constituição de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, prevê expressamente a proteção aos direitos fundamentais no seu Título II, art. 5º, porém, conforme ressaltado ao longo do trabalho, o Supremo Tribunal Federal, previamente manifestou-se no sentido de que tais direitos não se restringem aos elencados no art. 5º, podendo ser encontrados outros ao longo do texto Constitucional, especialmente em consonância com os tratados em que o Brasil foi signatário.

Os direitos fundamentais foram de suma importância para a evolução da humanidade, uma vez que foi através deles que conquistamos os direitos individuais, sociais e políticos, os quais deram, a nossa sociedade, a capacidade de evoluir. Através das gerações fomos capazes de exigir do Estado ações negativas ou positivas e, assim, fomos capazes de distanciar-nos de Estados autoritários, principalmente pós-guerra.

No decorrer do nosso texto, concluímos que os direitos fundamentais são oponíveis tanto diante do Estado quanto em relações entre particulares. Porém, apesar de toda essa força constitucional que detêm os direitos fundamentais, salienta-se que essa força é de caráter relativo, uma vez que eles podem sofrer restrições.

Percebemos que, no decorrer da evolução da sociedade, inúmeras vezes foram enfrentadas situações em que existiram conflitos entre dois ou mais direitos fundamentais.

Como sabemos os direitos fundamentais possuem previsão na Constituição Federal, e dessa forma cabe ao Supremo Tribunal Federal solucionar demandas que envolvam colisões entre os mesmos. A busca das bases dessas possíveis soluções é que foi objeto de estudo da presente monografia.

Destacamos, que não existe um único direcionamento para a solução da colisão entre direitos fundamentais, uma vez que ela carece de uma situação fática ou concreta para sua elucidação. É nesse viés que o Supremo Tribunal Federal opera, porém, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro não existe uma solução pronta. O que existem são mecanismos, ferramentas, que, ao serem utilizadas pelos julgadores permitem que esses, sopesem os valores, sendo possível, então, proferir uma decisão.

A principal conclusão desse trabalho foi no sentido de termos identificado que, quando existe a colisão entre direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal, essencialmente, possui três ferramentas a seu dispor: a hermenêutica constitucional; os princípios constitucionais e; o método de ponderação ou sopesamento de valores.

Primeiramente, deve se aplicar a hermenêutica constitucional, que nada mais é que possibilitar a interpretação da norma. Nesse trabalho, elencamos o seguintes métodos: o jurídico; o tópico-problemático; o hermenêutico-concretizador; o científico-espiritual e; o normativo-estruturante.

Não sendo possível a resolução do conflito a partir dos métodos de compreensão construídos pela doutrina e pela jurisprudência, passamos aos princípios constitucionais, sendo eles: o princípio da unidade da Constituição; o princípio do efeito integrador; o princípio da máxima efetividade; o princípio da justiça; o princípio da harmonização e; o princípio da força normativa da Constituição.

Essas duas primeiras ferramentas são as formas mais tradicionais utilizadas para solução quando há conflitos que envolvem preceitos constitucionais.

Entretanto, nesse trabalho desenvolvemos, com maior significância, o princípio da proporcionalidade e o método de ponderação ou sopesamento de valores.

Essencialmente, a ideia de proporcionalidade foi proposta com o objetivo de que, ao ocorrerem restrições aos direitos fundamentais, caberia ao legislador utilizar do princípio com intuito de procurar o equilíbrio entre os direitos fundamentais em jogo, devendo passar pelos subprincípios da proporcionalidade: adequação (se a medida adotada, é a mais adequada para o fim pretendido), da necessidade (ideia de que seja utilizada a medida menos gravosa) e da proporcionalidade em sentido estrito. Salienta-se que as subdivisões do princípio da proporcionalidade adequação e necessidade, objetivam alcançar uma decisão otimizada. No entanto, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, avalia os benefícios e os malefícios obtidos através das duas primeiras análises, verificando se a interferência é válida.

Em um outro contexto, o método de ponderação, proposto por Alexy, é estritamente necessário para analisar as colisões entre direitos fundamentais, em que se pretende alcançar o melhor resultado possível, tendo por objetivo a menor restrição possível aos direitos fundamentais em análise.

A ponderação divide-se em: peso abstrato (tem por finalidade analisar a importância dos bens jurídicos em confronto), grau de restrição (analisa a necessidade de restrição, podendo ser de leve a alta, de acordo com a necessidade = peso concreto) e confiabilidade das premissas empíricas (tem por finalidade, auferir quão confiável são as suposições que o julgador conclui para verificar a intensidade da intervenção). Entretanto, ressalva-se que apesar da ponderação e da proporcionalidade serem ideias próximas, essas não devem ser confundidas.

Diante do exposto concluímos o presente trabalho de conclusão de curso, repetindo que não existe uma solução pronta para a colisão de direitos. A solução dar-se-á pela análise do caso concreto e com a utilização das ferramentas apresentadas nesse trabalho.

Cremos ter restado demonstrada a importância do Supremo Tribunal Federal para o ordenamento jurídico brasileiro, assim como para segurança jurídica, uma vez que a utilização frequente de ferramentas para a solução de casos semelhantes, evita uma arbitrariedade do julgador, evitando, assim, sua discricionariedade, observando que, eventualmente, poderemos estar sujeitos a um sopesamento de direitos com a finalidade de que a decisão venha a ser justa e para que se estabeleça um certo padrão decisório.

REFERÊNCIAS

- ALEXYY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 127-172.
- CAVALCANTE FILHO, Joao Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 14 set. 2019
- CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. 2016. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10327/7300>. Acesso em: 14 set. 2019
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 5 out. 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel Sarmento. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.