



CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO JUDAS TADEU – CAMPUS UNIMONTE

RENAN SIQUEIRA SCARABOTTO FARIAS

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: HÁ COLISÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS?**

Santos

2021

RENAN SIQUEIRA SCARABOTTO FARIAS

**COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: HÁ COLISÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do título
de Bacharel em Direito pelo Centro
Universitário São Judas Tadeu – Campus
UNIMONTE.

Orientador: Prof. Thiago Felipe de Souza Avanci, PhD.

Santos

2021

F224c Farias, Renan Siqueira Scarabotto, 1999 –
Colisão de Direitos Fundamentais: há colisão de Direitos Fundamentais? /
Renan Siqueira Scarabotto Farias. – 2021.
49 f.: il.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Felipe de Souza Avanci.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Universitário São Judas Tadeu – Campus Unimonte

1. Direito Constitucional. 2. Direitos Humanos. 3. Direitos Individuais. 4. Colisão. 5. Sopesamento. I. AVANCI, Thiago Felipe de Souza. II. Colisão de Direitos Fundamentais: Há Colisão de Direitos Fundamentais?

*Que a Constituição da República Federativa do Brasil
seja nosso norteador nos momentos de combate.*

PREFÁCIO

A vida, como um todo, é de uma complexidade tremenda. Nos perdemos e nos reencontramos constantemente. É nesse caminho, de derrota após derrota, que é possível alcançar a tão sonhada vitória. Durante os cinco anos da graduação, foram diversos desafios enfrentados.

Muitas dúvidas acerca da continuidade, afinal, quem é que consegue decidir com plenitude o que lhe fará feliz no decurso da vida aos dezessete anos?

Mas a grande graça da vida talvez seja você poder mudar, você poder escolher. Não há um tempo certo, cada qual tem seu tempo. Não use a régua do outro para medir sua trajetória, suas conquistas e seus sonhos, porque não irá lhe servir. Vá em frente, lute e busque aquilo que você quer.

O caminho não é fácil; por outro lado, é árduo. Há necessidade de renunciar a certas coisas, mas é preciso. Não tenha medo e siga em frente, sempre. No fundo, seu maior inimigo é você, então, não deixe que ele vença.

Tal como eu disse no início, a vida é um perder e se encontrar. Então, permita-se.

Se perca, se encontre, se perca de novo e se reencontre; mas não pare de caminhar.

Esse é o início da minha carreira, é meu pontapé inicial.

Comece a sua. Se você não fizer por você, ninguém o fará.

Muita luz, paz e sucesso a você, caro leitor.

RSSF, São Vicente, 25 de setembro de 2021.

DEDICATÓRIA

Ao arquiteto do universo, primeiramente, por ter me feito chegar até aqui.

Aos meus guias, que nunca me deixaram desamparado e me deram forças para continuar quando eu pensei que não conseguiria mais.

À minha família, base de tudo, que jamais me deixaram de estender a mão e não me deixaram sozinho em momento algum.

Erika, minha mãe, que eu tenha a força de vós, a coragem e a ombridade de sempre.

Joana, minha avó, a prova viva de que não é só estudo que forma cidadãos aptos a ajudar, uma senhora nordestina sem estudo, que sabe mais que muito Doutor: à senhora, toda gratidão.

Paulo Feliciano, meu avô, que sua lucidez e inteligência seja sempre presente em minha vida.

Henrique, meu pai, que a calma e a paciência, características notórias, me acompanhem sempre.

Márcia, minha avó paterna, que a combatividade para enfrentar, sobretudo, aqueles que andam conosco, me faça uma pessoa melhor.

Bruno, meu padrasto, que a resiliência e a capacidade de se tornar melhor me possibilite edificar relações, bem como me auxilie a amar além dos laços sanguíneos.

Ao Professor Doutor e amigo, Thiago Felipe de Souza Avanci, um mestre, um gênio. Obrigado por ter me acompanhado por todo esse tempo, não ter me deixado desistir quando eu achava que não estava pronto, pela preocupação e atenção de sempre. Grato pela nossa amizade além dos bancos acadêmicos.

À Professora Mestra Renata Fiore, por todo o amor, carinho e atenção para comigo ao longo desses cinco anos, transformando todo e qualquer ambiente em um lugar mais leve. Muito obrigado.

Aos amigos que, não fiz, mas sim, reconheci durante o curso: João Paulo Regis Guedes, Antônio Sérgio da Costa Villar, Isadora Nunciarone, e a todos os colegas de curso, sucesso a todos.

Em especial, Henrique Arruda do Nascimento, meu amigo, o mundo lhe aguarda. Apesar de todas as dificuldades, nós conseguimos! Seguiremos juntos. Muito obrigado.

Giovanna Dias, que vem me acompanhando nos últimos anos, minha amiga, namorada, incentivadora. A amo. Muito obrigado.

Meu amigo decano, amigo de infância, Henrique Lucena Melo, que sempre buscou me ajudar no que eu precisasse nesses cinco anos de caminhada. Muito obrigado.

Meu nobre amigo, Matheus Gois, jamais me esquecerei de toda a força prestada nos momentos difíceis. Conte comigo. Muito obrigado.

Aos meus amados professores, que, durante o curso, contribuíram para meu crescimento intelectual: Adriano Soler, Carolina Dutra, Daniel Assis, Marcius Ruivo, Leandro Matsumota, Henrique Perez, Marcello Custódio, Ariane Lima, Vitor Carlos Vitório do Espírito Santo. Muito obrigado.

Aos meus estimados animais de estimação, que me alegravam sempre que eu chegava cansado da faculdade: Toby, Pingo, Princesa e Qui-qui, que o Altíssimo os tenha bem, obrigado por terem me escolhido em sua passagem na terra.

Pipoca, meu amado gato. Catarina, minha amada gata que não me ama, obrigado por me alegrarem até os dias de hoje.

Por fim, a todos aqueles que concorreram direta ou indiretamente para que eu chegasse até aqui: a todos os profissionais envolvidos, muito obrigado.

À Dorival Farias, meu bisavô. (*in memoriam*).

Axé.

Amém.

Saravá.

Se você vai ter que conviver com você mesmo até o fim, se você vai ter que se aguentar até o fim, se você vai ser espectador de você mesmo até o fim, é melhor que se encante com o que faz.

Clóvis de Barros Filho

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso com ênfase em Direito Constitucional objetiva uma análise de colisão de direitos fundamentais em um prisma geral. Apresentando possíveis soluções à resolução de conflitos entre normas constitucionais basilares e direitos fundamentais que, eventualmente, possam colidir através de hermenêutica e axiologia constitucional, fórmulas matemáticas que podem ser aplicadas à casos concretos e princípios correlatos de ponderação constitucional, como forma de dirimir conflitos e oferecer soluções racionais e justas à lide. Ainda, o presente trabalho traz à lume alguns exemplos práticos das soluções abordadas no trabalho, como forma de elucidar tudo o que foi apresentado.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Humanos. Direitos Individuais. Colisão. Sopesamento.

ABSTRACT

This term paper with an emphasis on Constitutional Law aims to analyze the collision of fundamental rights in a general perspective. Presenting possible solutions to the resolution of conflicts between basic constitutional norms and fundamental rights that, eventually, may collide through constitutional hermeneutics and axiology, mathematical formulas that can be applied to concrete cases and related principles of constitutional weighting, as a way to resolve conflicts and offer rational and fair solutions to the dispute. Still, the present term paper brings to light some practical examples of the solutions approached in the work, as a way to elucidate everything that was presented.

Keywords: Constitucional Right. Human Rights. Individual Rights. Collision. Wheighing.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1.....	32
Figura 2.....	35
Figura 3.....	39

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
STF	Supremo Tribunal Federal.
HC	Habeas Corpus.
ADIn	Ação Direita de Inconstitucionalidade.
[Pi]	Princípio “i”
[Pj]	Princípio “j”
C	Conduta Comissiva
~C	Conduta omissiva
Wi	Peso abstrato do princípio “i”
Wj	Peso abstrato do princípio “j”
Ii	Grau de interferência do princípio “i” no princípio “j”
Ij	Grau de interferência do princípio “j” no princípio “i”
Ri	Evidências do grau de interferência do princípio “i” no princípio “j”
Rj	Evidências do grau de interferência do princípio “j” no princípio “i”
Wi,j	Peso relativo dos princípios “i” e “j”
PT	Partido dos Trabalhadores
CONTAG	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura
CNTE	Confederação nacional dos Trabalhadores em Educação
CUT	Central Única dos Trabalhadores

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 RECONHECIMENTO DE DIREITOS E TEORIA DOS DIREITOS

FUNDAMENTAIS	17
1.1 ESTADO E DIREITO	17
1.2 RECONHECIMENTO DE DIREITOS	21
1.3 ÉTICA, MORAL E DIREITO	23
1.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
1.5 GERAÇÃO OU DIMENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?.....	28
1.6 GARANTIAS E DEVERES FUNDAMENTAIS	29
1.7 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
1.7.1 Teoria do Status de Jellinek	30
1.7.2 Teoria de Vasak e Bobbio (Teoria das Gerações)	30
1.7.3 Teoria das Gerações Adaptadas de Bonavides.....	31
1.7.4 Teoria das Gerações Adaptada de Hoeschl	31
1.7.5 Teoria das Gerações adaptada de Wolkmer, Oliveira Junior e Chaves Holanda ..	31
2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
2.1 HÁ COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?.....	35
2.2 COMO SOLUCIONAR A COLISÃO?.....	36
2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	38
2.4 FÓRMULA DO PESO DE ALEXY.....	40
2.5 COMENTÁRIOS AO CASO EXIBIDO NO PROGRAMA “CIDADE 190” POR TIZAMARA LÚCIO DE AQUINO	41
2.6 DIREITO FUNDAMENTAL DE REUNIÃO E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA ADIN 1.969	43
2.7 HC 71.343-4 E A CONDUÇÃO COERCITIVA PARA EXAME DE DNA.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional brasileiro institui uma série de temáticas que aparentam ser inesgotáveis. Quanto mais se pesquisa, mais há a pesquisar acerca dos temas encontrados.

No decorrer dos estudos em Direito Constitucional que surgiram do início dessa pesquisa, a temática de Direitos Fundamentais se apresentou de forma a induzir questões que versassem sobre a colisão de Direitos. Afinal, num extenso rol de direitos e garantias fundamentais, inevitável que em algumas ocasiões ocorra um conflito direto.

Partindo do pressuposto que existem direitos de natureza individual e coletiva e, que eventualmente em lides podem apresentar divergência, é razoável que se busque formas de resolver tais colisões de forma justa e racional.

Alguns doutrinadores utilizam formas de hermenêutica constitucional, hierarquia das normas e axiologia para poder compreender a influência e a preponderância de determinado direito sobre direito, contudo, sem que o direito vencido seja esgotado, de forma que ele possa ser utilizado como fator preponderante em outro caso concreto a depender da necessidade.

Quando se entende que o sujeito é detentor de direitos, a salvaguarda desses direitos tutelados cumpre ao Judiciário, de forma que puna qualquer ato atentatório contra o direito de determinado sujeito.

É a partir dessa ideia que o trabalho se desenvolve, buscando formas hermenêuticas e até matemáticas a fim de ponderar e sopesar o conflito de princípios basilares constitucionais nas relações sociais, afinal, se há relação estabelecida eventualmente haverá um conflito.

A metodologia utilizada no presente trabalho versou sobre pesquisas bibliográficas acerca da interpretação constitucional, utilizando critérios fixados por doutrinadores renomados, busca-se o sopesamento de questões cotidianas através da interpretação constitucional à luz da melhor exegética consubstanciada na axiologia, hierarquia e disponibilidade de direitos.

No primeiro capítulo abordará o reconhecimento de direitos e a teoria dos direitos fundamentais, passando por um norte histórico acerca de como se deu o desenvolvimento e o reconhecimento de direitos positivados até os dias de hoje, garantias e deveres fundamentais e teoria de doutrinadores acerca do tema.

No segundo capítulo, se encontrará o cerne da questão: a colisão de direitos fundamentais. A abordagem versa sobre a problemática se, de fato, há colisão de direitos fundamentais e, se houver, como são as formas de resolução dessas questões. Apresentando

parâmetros de doutrinadores consolidados e fazendo análises práticas aplicando esses parâmetros tanto hermenêuticos como matemáticos, quando, ao final, as considerações finais trará uma crítica à resolução da colisão de direitos fundamentais com base nas práticas utilizadas.

1 RECONHECIMENTO DE DIREITOS E TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 ESTADO E DIREITO

Historicamente, pode-se partir da premissa de que a evolução do modelo estatal em busca da realização de direitos sociais é advinda através de famílias humanas que passam a se fixar em locais, em razão da agricultura¹, deixando assim, de serem nômades.

Transcorrido o curso normal de tempo, e, em virtude do aumento populacional, nasce a necessidade do controle social. Famílias basicamente uniformes, sem qualquer interferência externa que se fixam em um local e organizam um espécime de governo.

Os Direitos Fundamentais são resultados de anos de mudanças históricas, de evoluções que encontram, na sociedade, necessidades de alteração e proteção de suas individualidades. Partindo da premissa histórica citada anteriormente, os povos originários que, ao deixarem de ser nômades e fixarem em um local criando uma espécie de Governo o fazem com o intuito de normatizar a vivência em sociedade.

Parte-se da premissa de que a história do Estado se confunde com a propugnação dos direitos, na história da sociedade ocidental. Sem adentrar em profunda análise sobre os modelos primitivos de nascimento originário de Estados, parte-se de uma evolução aceita que o modelo estatal é oriundo de famílias humanas que deixam de ser nômades e passam a se fixar, por conta do domínio da agricultura¹. Com a expansão numérica familiar, natural se perceber aumento no grau de organização daquela família, que delega a um líder, *pater familias* ou *mater semper certa*, o papel daquilo que hoje seriam as funções típicas da administração pública: legiferante, judicante e executiva (SANTOS NETO, 1994, p. 48). Eventualmente, outra função de controle social poderia ser agregada a este líder: a religiosa.

Com o aumento populacional em determinada região, podemos ter sujeitos distintos em costumes, em tradições. Com essa distinção de posicionamentos, há de se ocorrer alguns confrontos. A norma jurídica daquele local, instituída pelo seu ascendente mais velho², tende a nortear a sociedade para o que deve ser feito.

¹ Teoria da Origem Familiar: patriarcal (*pater familias*) ou matriarcal (*mater semper certa*). O estado nasce a partir de um núcleo familiar derivado a partir da supremacia do ascendente mais velho. Clãs, gens, fratria, tribu, polis, estado nacional. AVANCI, T. F. S. et al. Direitos Sociais Constitucionais: realidade e perspectivas. Londrina, PR: Thoth, 2020. Pag. 27.

² AVANCI, Thiago Felipe de Souza et al. Direitos Sociais Constitucionais: realidade e perspectivas. Londrina, PR: Thoth, 2020. Pag. 27.

A necessidade de controle social por este grupo populacional organiza um "governo". A partir deste centro, têm-se os primeiros resquícios de Estado, na Mesopotâmia e no Egito³. É na Era Clássica, mais precisamente na Grécia Antiga, onde surgiram os primeiros modelos de *πόλις* (*pólis*) que eram cidades-estado, onde estabeleciam-se elementos do Estado: soberania, território, governo e povo.

As *πόλις* foram fundamentais para o desenvolvimento da cultura dos povos gregos. Atenas e Esparta foram as polis mais importantes do mundo grego naquela época.

Antes do surgimento das *πόλις*, as pessoas se reuniam em pequenas comunidades agrícolas, pequenas aldeias, denominadas "genos". Com a expansão demográfica e a expansão comercial, o surgimento da *πόλις* tiveram suas principais causas de crescimento, tendo esses acontecimentos sido importantes para o fortalecimento e crescimento da sociedade grega.

Sob o controle de oligarcas aristocratas, com uma organização própria e independente social, política e economicamente, a *πόλις* era construída por cidadãos gregos, lá nascidos, mulheres, imigrantes estrangeiros e escravos.

Quando se fala em soberania, deve-se observar que a ideia parte da ideia grega de *autarquia*, com curso também na ideia romana de *potestas* e *imperium*.

A soberania está ligada ao poder exercido por um Estado, a onde este mantém paz em suas fronteiras e seu território livre de qualquer intervenção, contestação ou malfeitoria externa. A classificação de soberania pode-se dar em duas formas: interna e externa; sendo a interna a respeito de todas as forças operárias dentro daquele espaço nacional, que podem repelir qualquer agressão que ameace aquele governo e a externa representada pela autoridade nacional, que, através da diplomacia, efetivem as atividades internacionais daquele Estado de maneira autônoma.

Com esquite do modelo grego de *πόλις*, houve importação na construção das *civitas* romanas. Mesmo durante a expansão do império Romano, a forma de cidade-estado (derivada da *πόλις*) não foi abandonada.

Com a queda do Império Romano, aproximadamente em 395 d.C, quando já não mais conseguia impor seu domínio e seu território foi dividido em comunidades políticas sucessoras, houve uma libertação das nações que antes eram mantidas sob o poderio Romano. A partir de então, inicia o estabelecimento de Reinados por toda a Europa Continental, ao passo que Roma era emancipada.

³ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. Teoria pós positivista dos direitos fundamentais: dialética entre economia, ecologia e filosofia. Londrina, PR: Thoth, 2021. Pag. 32.

O novo sistema de poder adotado, o sistema feudal era marcado pela *consequente fragmentação do poder do governante entre os senhores feudais*⁴. Com o estabelecimento da Igreja Católica como força religiosa oficial, o governante acaba por perder outra parcela de força, isto é, o poder começou a ser novamente fragmentado, o que levou o Estado para um governo absolutista, destacado também da Igreja.

Neste momento, o novo movimento Estatal do poder estabelecia um controle soberano: o Rei detinha o poder, o que, mais tarde, viria novamente a atingir o *status de divindade*, conforme nos explica o Dr. Thiago Felipe Avanci:

A Teoria da Soberania Absoluta do Rei explica que o Rei é a expressão da Soberania porque o Rei representa a vontade de Deus na terra. Esta teoria encontra seu ápice na França pré-revolução. Bodin disse “*a soberania do rei é originária, ilimitada, absoluta, perpétua e irresponsável em face de qualquer outro poder temporal ou espiritual*” (Bodin). Algumas profissões de fé bem ilustram este poder: *le roy ne peut malle faire; the king can do no wrong, le loy c'est roy; le etat c'est roy*.

A burguesia surge com a intenção de obter o poder antes exercido exclusivamente pela Igreja e pelos Governantes. Surge justamente graças à criação dos feudos, com o crescimento de uma nova camada social a partir da expansão comercial.

Os movimentos liberais surgem no século XV e XVI, na Inglaterra em especial, onde acometeram guerras civis entre 1640 e 1650, bem como 1690. Em 1689, com o fim da Revolução Gloriosa, o *Bill of Rights* surge como um embrião de uma Constituição, limitando os direitos do Governante, estabelecendo sistema de governo e tributos, o que alçou ao país um regime aristocrático e democrático.

Já na França, por volta dos séculos XV a XVIII, com o modelo pelo *Ancient Régime*, a onda liberária se fazia presente. A Revolução Francesa deixou um novo modelo para a França, esse novo modelo de Estado aboliu a autocracia de Luís XVI.

Segundo o doutrinador Thiago Avanci, em paralelo à Teoria da Soberania Popular está a Teoria da Soberania Nacional, que é aceita a partir dos movimentos liberários. O ideal da Revolução Francesa, o liberalismo como resposta à coroa, o poder Soberano acaba por derivar dos nacionais, não incorporando os situados no Estado. Renard “*a coroa não pertence ao rei; o rei é quem pertence à coroa. Este é um princípio, é uma tradição, de que o rei é depositário,*

⁴ AVANCI, Thiago Felipe de Souza et al. Direitos Sociais Constitucionais: realidade e perspectivas. Londrina, PR: Thoth, 2020. Pag. 29.

não proprietário”.⁵ Avanci diz que Rousseau e Harriou defendem, que, a soberania limitada por um direito natural anterior.

Numa análise do doutrinador, o modelo liberal apresenta fragilidades que, no início do século XX, fazem repensar o Estado, e modelam da forma que hoje é apresentado. O liberalismo parte do princípio da ausência de um Estado (*estado mínimo*), enfraquecido, findado no *laissez faire*, permitindo a ação de forças autorreguladoras, tais como a teoria da *Mão Invisível* de Smith⁶.

Nas distorções liberalistas, a questão do trabalho e da seguridade social é corrompida pelo poderio econômico, ainda mais no pós-Revolução Industrial. Do pressuposto marxista da Mais Valia, os *capitalistas* (detentores do capital) desenvolveram um sistema de acúmulo de riquezas, de acúmulo de capitais, que tem sua base na exploração de mão-de-obra, sem observar, contudo, condições mínimas de dignidade humana e de trabalho. Uma das falácias liberalistas encontra-se no pressuposto de que todos podem ser *selfmade-man*⁷, quanto mais se trabalha, mais se adquire capital, baseado numa meritocracia que depende única e exclusivamente do empenho do trabalhador.

A partir da crítica do modelo liberal, tal qual a Igreja Católica sai em defesa do capitalismo com regulações sociais do trabalho, começam a desenhar três modelos estatais como resposta ao declínio liberalista puro, para o doutrinador: o Estado Comunista; o Estado Nazifascista; o Estado Social-Democrático.

Por seu turno, o modelo Comunista de Estado vem com a proposta da ditadura do proletariado, almejando a planificação da economia e gerando uma luta de classes dos menos favorecidos contra a burguesia capitalista. Satisfazendo a necessidade de seu próprio povo, o Estado se dissolveria ao atingir o socialismo puro (*ou utópico*).

O Estado Nazi-fascista é proposto um modelo tirano, ditatorial, mas de cunho populista com gerência dos modelos sociais e econômicos, findadas na reversão das distorções liberalistas. A concentração do poder nas mãos do Governo.

⁵ AVANCI, Thiago Felipe de Souza et al. Direitos Sociais Constitucionais: realidade e perspectivas. Londrina, PR: Thoth, 2020. Pag. 30.

⁶ Adam Smith. Filósofo e economista britânico. Pai da economia moderna. Um dos mais importantes teóricos do liberalismo econômico.

⁷ AVANCI, Thiago Felipe de Souza et al. Direitos Sociais Constitucionais: realidade e perspectivas. Londrina, PR: Thoth, 2020. Pag. 30.

O modelo Social-Democrático, busca a conciliação da Democracia ao tempo que combate as distorções do liberalismo puro. A soberania é originária da Nação, mas adquire expressão concreta a jurídica com o Estado, que lhe permite o funcionamento.⁸

1.2 RECONHECIMENTO DE DIREITOS

Dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil um rol de direitos e garantias fundamentais, basilares e findados a partir de princípios presentes na Carta Cidadã, que, segundo Santos (2008):

Os princípios fundamentais são aqueles que evidenciam as "decisões política estruturais do Estado". Dessa forma, são eles que estabelecem a base sobre a qual será erigida toda a nova concepção do ente estatal que surge em decorrência das opções políticas feitas pelo poder constituinte.

No caso brasileiro, é possível asseverar que tais princípios estão arrolados no título I da Carta Constitucional brasileira em vigor já que indica a ideologia política abraçada pelo Constituinte de 1988.

Entre os princípios fundamentais, podem ser mencionados: o democrático, o republicano, o do Estado de direito, o da soberania popular, o da cidadania, o da dignidade da pessoa humana, o federativo e o da separação de poderes.

Contudo, qual é o passo a se fazer para que se reconheça direitos? Sobretudo, para que se reconheça direitos fundamentais, sua aplicabilidade e sua importância?

Honneth (HONNETH 2003) enfrenta a questão ligada ao processo de surgimento e sedimentação de Direitos em torno dos modelos estatais, ao longo da história⁹. Diante do movimento descrito nos modelos estatais, a cada novo movimento e contra movimento é possível gerar ou ser gerado por um processo de reconhecimento de Direitos.

O doutrinador explica que o embrião de cada Gerações dos Direitos Fundamentais não tem relação em ordem direta, cronológica com nenhuma data específica, mas que se pode deduzir que as Gerações tenham marca histórica nesses eventos. Nesse sentido, o doutrinador expõe que Marshall já afirmava que: “Os direitos individual, social e político eram garantidos a partir de uma gradação de status ao longo dos últimos séculos, na sociedade ocidental.” (MARSHALL, 19676).¹⁰

⁸ AVANCI, Thiago Felipe de Souza et al. Direitos Sociais Constitucionais: realidade e perspectivas. Londrina, PR: Thoth, 2020. Pag. 30.

⁹ AVANCI, Thiago Felipe de Souza et al. Direitos Sociais Constitucionais: realidade e perspectivas. Londrina, PR: Thoth, 2020. Pag. 32.

¹⁰ AVANCI, Thiago Felipe de Souza et al. Direitos Sociais Constitucionais: realidade e perspectivas. Londrina, PR: Thoth, 2020. Pag. 32.

A busca pelo reconhecimento de direitos *honnethiana* é associada com a consolidação das Gerações dos Direitos e os modelos estatais ao longo da história.¹¹

A primeira Geração de Direitos Fundamentais inclina o modelo estatal ao liberalismo; a Segunda Geração ao Nazifascismo e para o Comunismo (perda de direitos individuais); a Segunda Geração também tende à Social-Democracia, como uma resposta ao liberalismo, ao nazifascismo e ao comunismo, criando ambiente para a Terceira Geração de Direitos.¹²

Honneth vai estabelecer três esferas de reconhecimento de Direitos Fundamentais: formação individual do ser humano (HONNETH 2003, p. 157 e ss); reconhecimento de direitos por parte do Estado (HONNETH 2003, p. 179 e ss); e a ligação do indivíduo com a sociedade e de como esta o acolhe e o reconhece como sujeito valorativo (HONNETH 2003, p. 185 e ss).¹³

A partir do ponto onde não haja receptividade nas três esferas estabelecidas por Honneth, uma sensação de mal-estar, de injustiça é criada no indivíduo justamente a partir da falta de reconhecimento. O vício do não-reconhecimento será objeto de estudo da Psicologia, do Direito e da Sociologia, respectivamente a cada uma das esferas de reconhecimento.

Para a devida compreensão do movimento, a análise do que Honneth instituiu como "privação de direitos" ou *entrechtung*, se faz necessária. No caso, a ameaça à integridade do indivíduo parte do momento do não reconhecimento. Para Honneth, o reconhecimento de direitos é associado ao respeito moral do agente, o que se afasta de uma ideia pós positivista da Teoria do Direito.

O doutrinador expõe que é evidente o afastamento, na medida em que Honneth critica o uso de princípios como justificativa do estabelecimento de Direitos:

O que no sujeito individual alcança aqui reconhecimento de maneira intersubjetiva não é mais que sua qualidade legítima de membro de uma organização social definida pela divisa o do trabalho. Uma forma tradicional de reconhecimento jurídico dessa espécie já concede ao sujeito, como vimos, uma proteção social para sua "dignidade" humana; mas esta está ainda inteiramente fundida como papel social que lhe compete no quadro de uma distribuição de direitos e encargos amplamente desigual.¹⁴

¹¹ AVANCI, Thiago Felipe de Souza et al. Direitos Sociais Constitucionais: realidade e perspectivas. Londrina, PR: Thoth, 2020. Pag. 32.

¹² AVANCI, Thiago Felipe de Souza et al. Direitos Sociais Constitucionais: realidade e perspectivas. Londrina, PR: Thoth, 2020. Pag. 32.

¹³ AVANCI, Thiago Felipe de Souza et al. Direitos Sociais Constitucionais: realidade e perspectivas. Londrina, PR: Thoth, 2020. Pag. 32.

¹⁴ HONNETH, 2003, p. 181.

Nesta senda, o pensador aparenta instituir uma ideia de que valores axiológicos estão sobrepostos à valores jurídicos de princípios que possam, assim, justificar o reconhecimento de Direitos. O processo de reconhecimento de Direitos é contínuo, não é linear. Não estaciona, continua seguindo, não por uma reta de fato. Através das interações dialéticas, segundo a interpretação com Reale, faz o processo de reconhecimento de Direitos ter uma consistência maior.

1.3 ÉTICA, MORAL E DIREITO

Direito e Ética não se confundem. Dentro do pensamento positivista, na prática acadêmica, ao Direito coube, talvez de maneira imprópria, a tarefa de impor e utilizar como parâmetros valores éticos e morais. Inegável dizer que há campos comuns entre Ética e Direito, o que significa dizer, por via inversa, que há campos exclusivos tanto da Ética como do Direito. Por outro lado, significa dizer também que os campos partilhados daquelas duas ciências, embora comuns, necessariamente apresentam premissas próprias de suas ciências, não se sustentando uma pela outra. O cerne do Direito - o motivo de sua existência - parece ser também um destes campos comuns com a Ética: um comportamento mínimo que um ser humano pode esperar de outro, vale dizer, o mínimo ético. Embora comum, não é a partir deste mínimo ético que toda base do Direito é construída. Deveras exemplificadamente, Jeremy Bentham (BENTHAM, 1979) defende este mínimo ético, ilustrado em círculos concêntricos, em que o Direito estaria dentro da Ética. Kelsen (KELSEN, 1911) defende a total independência destas duas ciências, círculos independentes figurativamente falando. Claude du Pasquier (DU PASQUIER, 1990) sugere a ilustração da interação de Direito e Ética como círculos conssecantes, como área privativa e área comum.¹⁵

É possível estabelecer uma relação entre ética e direito? Afinal, a ética, segundo o professor Mário Sérgio Cortella¹⁶, é *a inteligência compartilhada a serviço do aperfeiçoamento da convivência*. Isto é, dizer que a Ética é uma ferramenta de convívio social, mas ferramenta essa de cada qual, exercendo na medida de seu domínio aquilo que pode-se utilizar para melhorar a vida em sociedade. Ética é diferente de moral, moral, pode ser entendida, como aquilo que o agente não faria ainda que ninguém o olhasse, sendo, portanto, algo intrínseco do ser humano. Cada qual com uma moral diferente.

É correto dizer que, se a sociedade humana aplicasse a ética, por vontade própria, o Direito seria dispensável. Isto é, o Direito é uma ferramenta que visa manter a ordem na

¹⁵ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. Teoria pós positivista dos direitos fundamentais: dialética entre economia, ecologia e filosofia. Londrina, PR: Thoth, 2021. Pag. 40.

¹⁶ MÁRIO SÉRGIO CORTELLA. Filósofo e educador brasileiro.

sociedade, a partir do ponto onde, hipoteticamente, exista uma sociedade ética, não é necessário o uso de ferramentas reguladoras que visam a manutenção da vida e do convívio em sociedade.

Nesse sentido, o Direito é justamente uma ciência independente das outras, cujo objetivo é impor a cada qual, uma conduta determinada, não para cumprir a Dignidade Humana, mas para asseverar o seu cumprimento por parte daqueles que não o fazem.

O Direito se erige, segundo esta ideia positiva, sobre a autodeterminação humana, decorrente do livre arbítrio e da racionalidade, imputando ao ser humano exclusividade na dotação de direitos e obrigações. Enquanto umas ciências estudam e analisam as normas valorativas como motivadoras comportamentais; outras, o fazem acerca de normas físicas, químicas ou biológicas e suas consequências em seus respectivos campos; outras, ainda, lidam com o normativo Divino e suas consequências sobre o ser humano. O Direito opera estritamente por meio de imputações normativas feitas por seres humanos para se estipular uma conduta a ser seguida.¹⁷

E, quando em determinado ponto fala-se em norma, não significa que esta seja o Direito ou, especificamente, o alvo dessa ciência. Pode-se entender a norma como um meio, uma ferramenta utilizada pelo Direito para que se concretize seu objeto, tal como a efetivação dos direitos e garantias fundamentais e a Dignidade Humana. A norma é o meio pelo qual se definirá qual o tipo de comportamento que deverá ser adotado pelo ser humano. Logo, pode-se dizer que o Direito é uma ciência imputativa normativa, uma vez que ele decorre da capacidade humana, da racionalidade e do livre arbítrio.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 1º, inciso III, reconhece a dignidade da pessoa humana com um princípio fundamental, como um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. A partir do reconhecimento desse direito basilar é assegurado a todos os homens - enquanto espécie humana - o respeito, partindo do ponto de que são dotados de racionalidade e, por lógica, o entendimento de que há a natureza de igualdade na dignidade de todos.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma exigência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual.¹⁸

¹⁷ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. Teoria pós positivista dos direitos fundamentais: dialética entre economia, ecologia e filosofia. Londrina, PR: Thoth, 2021. Pag. 44.

¹⁸ Farias. 2000, p. 51/52.

A dignidade da pessoa humana serve como uma orientação à hermenêutica constitucional, já que sua representação pugna pelo mínimo necessário existencial do homem, além da atuação particular, do Estado, enquanto órgão responsável por prover recursos que possibilitem a manutenção digna da vida de um ser humano.

Porém, o pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais não é e não se pode dar ao ar ilimitado. Isto é, tem-se como uma característica desses direitos a capacidade de relativização. "O direito de um acaba quando começa o do outro", o que torna impossível um caráter absoluto de exercício.

Dotados de um núcleo duro de dignidade, ao se deparar com questões fundamentais colidentes, deve-se levar em consideração a harmonização dos interesses.

1.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu amplo campo direitos e garantias fundamentais que, segundo a doutrina atual (Lenza, 2012 p.958) chama-se de "dimensões". Tendo-se, assim, dimensões de direitos fundamentais.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais incorpora às liberdades individuais. Permitindo que tais indivíduos, sujeitos, consagrem-se em prol ou contra o Estado, justamente por tratar-se de um direito individual, subjetivo e indisponível ao alheio.

Tais fundamentos que correspondem às liberdades civis e políticas, e neste marco, o Estado fica à parte perante a sociedade.

A segunda dimensão de direitos, com surgimento aproximado na Europa nos séculos 19 e 20 (durante a Revolução Industrial), incorporam a si os direitos coletivos: sociais, econômicos e culturais. Em sendo uma dimensão que traz à luz os direitos coletivos, é dever do Estado atuar na garantia e concretização destes, uma vez que responsável por prover sua população.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais correspondem a direitos transindividuais, passando a ter uma conotação com a proteção universal da espécie, como por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Claro que, ao passo que a sociedade avança e se redescobre novos direitos vão sendo incorporados, podendo adentrar a cada uma das esferas sem, contudo, excluir nenhum outro. A nomenclatura atribuída pela corrente doutrinária de "dimensões" deve-se ao fato de que, semanticamente, tem-se a ideia de inclusão e não de exclusão de direitos: novos direitos são incorporados ao passo que "velhos" direitos são mantidos.

Para que se entenda a problemática proposta pelo presente trabalho, é necessário que se adentre um pouco mais acerca da disponibilidade de certos direitos elencados na Constituição Federal, isto é, saber o que tais direitos dispõe e se sua irrenunciabilidade é permitida, bem como saber onde está o limite ético e moral para que não se invada tais direitos.

Em virtude da extensa e rica gama de direitos fundamentais presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, não se pode olvidar a possibilidade de colisão entre esses direitos. Tais colisões surgem e ocorrem dentro do ordenamento jurídico constitucional brasileiro decorrente do grau de complexidade presente na sociedade, ao ponto que a evolução social avança e as gerações dos direitos fundamentais acabam por abarcar novas ideias e interesses de natureza individual, transindividual e coletivo, podem, eventualmente, acabar colidindo entre si.

A partir desse ponto, outro prisma é objeto de discussão dentro da questão de colisão de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, conforme já explicado em tópico próprio, decorrem da legislação pátria, sob o páreo de princípios constitucionais.

Dessa forma, quando já positivados, pode-se compreender a colisão em dois prismas: colisão entre os direitos fundamentais e colisão de um princípio fundamental em contrapartida à outro dispositivo legal.

A hermenêutica constitucional que consubstancia à interpretação axiológica dos princípios elencados na Carta Política pode sofrer alterações a fim de salvaguardar outras garantias fundamentais, sem que ocorra a efetiva alteração da norma constitucional.

Nesse diapasão, a interpretação constitucional permite a alteração de um entendimento pacificado para a efetivação da proteção de direitos humanos. Consoante os HCs 87.585/TO e 92.566/SP¹⁹, que versam sobre a prisão civil do depositário infiel, temos uma nova interpretação dada pelo Pretório Excelso, a partir do princípio do controle de convencionalidade, onde, na ocasião, o Supremo restringiu a prisão civil somente nos casos de pensão alimentícia, editando a súmula vinculante nº 25.

A luz da melhor exegética consubstanciada no artigo 5º, LXVII da Constituição Cidadã, conjuntamente com o parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal, entendeu o Supremo a violação aos direitos humanos, vinculado ao Pacto San José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, dando um novo limite semântico ao termo *depositário infiel*, contudo sem a efetiva alteração da norma constitucional.

¹⁹ CARVALHO, Jeferson Moreira de; ROSA, Gerson Faustino; AVANCI, Thiago Felipe de Souza. Temas de Concretização Constitucional: Breves Ensaio Acadêmicos. 1ª Edição. CL Edijur. Leme, SP. 2019.

Seguindo pela ideia de Robert Alexy, a ideia de colisão entre os próprios direitos fundamentais, ocorre, segundo o autor, “[...] o exercício ou a realização do direito fundamental de um dado titular de direito produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro titular”. Podemos entender desta forma que Alexy diz que a colisão entre direitos fundamentais ocorre quando o direito X de determinado titular (ou cidadão) invade o espaço e interfere no direito Y de outro titular (cidadão).

Alexy ainda traz a ideia quando faz a divisão e classificação em três tipos: colisões existentes entre direitos fundamentais da mesma natureza, colisão de direitos de naturezas distintas e colisão entre direitos idênticos que podem se manifestar positiva ou negativamente.

Em relação à colisões entre direitos semelhantes, Alexy destaca a hipótese de dois grupos políticos que pretendem fazer uma manifestação no mesmo dia, local e horário. No segundo tipo o exemplo usado é o de um atirador de elite que, para garantir a vida do refém precisa eliminar a vida do sequestrador. Já no terceiro, há uma colisão de direitos idênticos, como por exemplo a liberdade de crença, sendo liberdade negativa e liberdade positiva.

Desta forma, fazendo uma análise superficial do esculpido na carta política temos o direito à liberdade de expressão e personalidade, bem como o direito à informação, à vida privada, à honra, à imagem etc.

No caso entre colisão de direitos fundamentais e outros princípios constitucionais que não tutelados no rol de direitos e garantias fundamentais, têm-se por viés a contrapartida de direitos de natureza individual (tutelados por direitos fundamentais) em contrapartida a direitos de natureza coletiva, igualmente reconhecidos na Carta Política (direito ao meio ecologicamente equilibrado, por exemplo, direito fundamental de natureza coletiva.)

“[...] os bens coletivos não se apresentam apenas como adversários dos direitos individuais. Eles podem também significar o pressuposto ou o meio de realização desses direitos²⁰”.

Rotineiramente, há diversos conflitos entre direitos de personalidade (honra, imagem, vida privada etc.) em contraponto à liberdade de imprensa.

Os abusos contidos por meio dos sistemas de televisão que visam levar conhecimento e informação a sociedade, por muitas, inobservam padrões éticos ao ponto de vilipendiar direitos e garantias fundamentais para que possam gerar uma matéria. Longe de tecer críticas a imprensa, a presente ideia tem-se por base que notícias, fatos e imagens podem, por vezes, ir em caminho diverso aos interesses de tutela do cidadão.

²⁰ ALEXY, Robert. 1999.

Tal colisão é facilmente perceptível quando de um lado há o direito à liberdade de imprensa, que visa justamente levar informações ao conhecimento da população de forma a coibir e proibir a censura e, em outra via, a mesma Carta Política que assegura esse direito coletivo também assegura o direito à vida privada, à imagem, à honra etc.

1.5 GERAÇÃO OU DIMENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Quando se estuda sobre a classificação da nomenclatura de direitos fundamentais, o núcleo da questão evidencia-se quando a questão “geração” indicaria uma sucessão de direitos fundamentais que, em tese, não abarcaria novos direitos a surgir. Enquanto o termo “dimensão” indicaria uma sucessão cumulativa de direitos fundamentais.²¹

O vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.²²

O entendimento de Bonavides, que segue a lógica do pensamento de Bobbio, compreende que as gerações possam ser entendidas como uma sucessão lógica de direitos, ainda que não substituam outros direitos passados, podem tutelar novos sujeitos, desta forma, havendo Geração e não Dimensão²³.

Desta feita, “geração”, derivado do latim *generatio*, dispõe sobre “linhagem, ascendência, genealogia. Espaço de tempo que separa cada grau de filiação: cada século compreende cerca de três gerações. Qualquer fase necessária para manter a sobrevivência de uma espécie. – Uma etapa da descendência natural deve ser seguida por outra”.²⁴

Dimensão, por sua vez, do latim *dimensio*, “sentido em que se mede a extensão para avaliar; medida, tamanho; grau de uma potência ou de uma equação algébrica”.²⁵

Nesse sentido, Thiago Felipe Avanci (2011) “Isto permite a conclusão que ambos os termos estão corretos, segundo a utilização em suas respectivas teorias. Assim, novamente procurou-se explicitar conceitualmente a utilização do vocábulo Geração ao invés de

²¹ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Pag. 75. UNISANTOS. Mestrado em Direito. 2011.

²² BONAVIDES, 2008, p. 525)

²³ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Pag. 75. UNISANTOS. Mestrado em Direito. 2011.

²⁴ Dicionário de Língua Portuguesa disponível em <<http://www.dicio.com.br/geracao/>>

²⁵ Dicionário de Língua Portuguesa disponível em <<http://www.dicio.com.br/dimensao/>>

Dimensão. O debate aqui acadêmico necessitou olhar mais apurado como medida de elucidar eventuais dúvidas na utilização [...] o termo Geração.”

1.6 GARANTIAS E DEVERES FUNDAMENTAIS

Está, basicamente, pacificado entre pesquisadores do direito a divisão dos Direitos Fundamentais *lato* em direitos fundamentais *stricto* e garantias fundamentais.

“[...] as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição legal a fixação da garantia com a declaração do direito”.²⁶

Os direitos fundamentais *stricto sensu* teriam sua natureza de norma jurídica proclamatória, ao passo que as garantias fundamentais detêm a natureza jurídica de norma assecuratória. Desta feita, ainda que a nomenclatura garantias fundamentais não possam ser utilizadas como *remédios constitucionais*, é cediço que todo remédio constitucional é, sim, uma garantia fundamental²⁷, ainda que nem toda garantia fundamental seja de fato um remédio constitucional.

Kelsen institui o direito subjetivo como um reflexo de uma *obrigação jurídica*²⁸, uma vez que um direito subjetivo pende à intervenção, através de uma norma, que possa a partir deste ponto instituir sanções ao indivíduo que tenha praticado algum fato dotado de antijuridicidade que seja, neste ponto, uma violação ao seu dever. Desta feita, o Direito Fundamental sem meios que lhe asseguram é um *direito inexistente*²⁹”.

Ainda, a doutrina pós-positivista que inclui o movimento do neoconstitucionalismo, utilizando a teoria da otimização de Alexy, trazem a divisão entre direitos declaratórios e assecuratórios, de forma que não anulam a inexistência direta desses direitos. Uma vez que os Direitos Fundamentais passam a assumir seu papel subjetivo e objetivo norteiam todo o

²⁶ BARBOSA, 1978, p. 121

²⁷ Vide o HABEAS CORPUS – remédio constitucional cujo a natureza versa sobre a salvaguarda do direito de locomoção.

²⁸ KELSEN, 19879, p. 102 apud FERRAJOLI, 2009, p. 28.

²⁹ ZOLO. 1998, p. 33, apud FERRAJOLI, 2009, p.28.

ordenamento jurídico, além da eficácia horizontal desses direitos, tendo como uma garantia “*judiciável*”, ainda não excluindo o direito declaratório.³⁰

Com a intenção de assegurar os Direitos Fundamentais em sua dimensão, SCHIMITT³¹ designou “*garantias de organização*” que versam sobre instituições criadas para garantir a observância daqueles³². Tais garantias desempenham um papel importante, ao ponto que caracterizam ações positivas do Estado para garantir o efetivo cumprimento de todos os direitos.

Por fim, Dimoulis (2006) entende que os deveres fundamentais existem implicitamente na medida em que existem direitos explicitamente previstos³³.

1.7 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.7.1 Teoria do Status de Jellinek

A teoria do *status* desenvolvida por Jellinek, base da teoria da otimização de Alexy (AVANCI, 2011, p. 77) entende-se pela *relação com o Estado que qualifica o indivíduo*” (1919, P. 82 – “*DER STAAT SCHAFFT DAHER DIE PERSÖNLICHKEIT*”). Em sendo assim, as relações que envolvem o Estado e o Indivíduo, entende-se haver um relacionamento passivo por parte do agente em relação à sua subordinação ao Estado. Decorrente dessa subordinação, acaba por se desenhar três modelos distintos de *status*.

STATUS NEGATIVO: decorrente da necessidade de defesa do agente em atuações estatais, resguardando as liberdades individuais.

STATUS POSITIVO: decorrente do clamor do agente pela intervenção estatal para assegurar uma medida a fim de prevenir disparidade e abusos.

STATUS ATIVO: decorrente da intervenção do agente na política do Estado.

1.7.2 Teoria de Vasak e Bobbio (Teoria das Gerações)

A teoria das gerações em muito se assemelha com a teoria do status de Jellinek. No entanto, a teoria do status falha na falta de possibilidade de interpenetração dos Direitos

³⁰ KELSEN, 1979, p. 102 *apud* FERRAJOLI, 2009, p. 28.

³¹ Schmitt, 1993, p. 170-173; 2003, p. 213-216, *apud* DIMOULIS, 2006, p. 104.

³² AVANCI, Thiago Felipe de Souza. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Pag. 65. UNISANTOS. Mestrado em Direito. 2011.

³³ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Pag. 66. UNISANTOS. Mestrado em Direito. 2011.

Fundamentais nas relações privadas, como também na imprevisão de titularidade transindividual.³⁴

MORAES (2003, p. 60) resume a ideia da Teoria de Vasak como sendo: “a primeira geração de direitos de liberdade, a segunda de direitos de igualdade, a terceira complementar o lema da Revolução Francesa: *liberté, igualite, fraternité*.”

1.7.3 Teoria das Gerações Adaptadas de Bonavides

Bonavides trouxe duas gerações novas de direitos fundamentais. Pautado nos estudos de Immanuel Kant³⁵ e Bobbio, a quarta geração de Direitos Fundamentais – para Bonavides – seria a qual tutelaria direitos relativos à bioética, à democracia e à ecologia, pautado como direitos que concretizariam “o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos.”³⁶

1.7.4 Teoria das Gerações Adaptada de Hoeschl

Hoeschl trata os Direitos Fundamentais segundo a égide de um critério histórico das dimensões, consagrando uma correlação entre Jellinek e Vasak³⁷, sendo possível a percepção de um critério variável para a consagração de dimensões que acabarão por suceder as outras. *Prima facie*, Hoeschl adota na totalidade os *status* de Jellinek, contudo, a partir da quinta geração, Hoeschl adota um critério histórico para a criação de uma nova geração.³⁸

1.7.5 Teoria das Gerações adaptada de Wolkmer, Oliveira Junior e Chaves Holanda

Todos os autores supra adotam a teoria de Vasak, utilizando de seus critérios. Oliveira Junior, segundo *Avanci*³⁹, defende a quarta geração como *os direitos de manipulação genética*,

³⁴ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Pag. 78. UNISANTOS. Mestrado em Direito. 2011.

³⁵ Filósofo prussiano. Considerado como o principal filósofo da era moderna.

³⁶ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Pag. 80. UNISANTOS. Mestrado em Direito. 2011.

³⁷ THIAGO FELIPE DE SOUZA AVANCI, 2011, p. 81.

³⁸ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Pag. 80. UNISANTOS. Mestrado em Direito. 2011.

³⁹ Mestre em Direito pela UNISANTOS (2011). Doutor em Direito pelo Mackenzie (2020). Pós-doutor em Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria – Itália.

relacionados à biotecnologia e bioengenharia, [...] que tratam de questões sobre a vida e a morte, sobre cópia de seres humanos, e que requerem uma discussão ética prévia” (2000, p. 100). Wolkmer (2003), Chaves Holanda e Oliveira Junior valem-se dos avanços tecnológicos como sendo elementos estruturantes de uma nova geração, como questões relacionadas à internet e cibernética, elencando assim nos direitos de Quinta Geração.

2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, há de saber a distinção entre *colisão* e *conflito* entre direitos.

Entende-se *conflito* como sendo um evento que ocorre entre duas normas **distintas**, ao passo que pode ser resolvido pela observância de preceitos: *lex major derogat minorem*, *lex posterior derogat priori*, *lex specialis derogat legi generali*.⁴⁰

Abstraia-se um plano tridimensional, com as grandezas x, y e z indicando altura, largura e profundidade. Neste plano, já dois objetos parados em relação ao plano: ‘a’ situado em 1x, 1y e 1z; e ‘b’ situado em 2x, 2y e 2z. Por algum motivo, o objeto ‘a’ desloca-se em direção às coordenadas 2x, 2y e 2z, local em que ainda está o objeto ‘b’. Assumindo que, com base no Princípio da exclusão de Pauli, dois corpos não podem ocupar o mesmo local ao mesmo tempo sem que haja alteração em ao menos um dos corpos, no momento ‘t’ em que o objeto ‘a’ tocar o objeto ‘b’, uma série de possibilidades podem ocorrer. É necessário trazer a lume que para ocorrer uma colisão no instante ‘t’, um dos objetos ou os dois objetos devem iniciar movimento cujas trajetórias acabem por se interseccionar, ou seja, dois corpos queiram ocupar um mesmo espaço no mesmo tempo. Nas palavras de Canotilho “considera-se existir uma colisão autêntica entre direitos [...] quando o exercício de um direito [...] por parte do seu titular colide com o exercício do direito [...] por parte de outro titular” (2003, p. 1191).⁴¹

Assim, temos:



Plano tridimensional para a colisão de direitos fundamentais elaborado pelo autor.

⁴⁰ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Pag. 53. UNISANTOS. Mestrado em Direito. 2011.

⁴¹ AVANCI, 2011, p. 53.

Figura 1: plano tridimensional de colisão de direitos fundamentais elaborado pelo autor.

Avanci explica que após a colisão, uma disputa se evidenciará na preponderância entre os objetos, podendo resultar em supremacia, equilíbrio ou a criação de um novo objeto.

Ainda, segundo Avanci:

“A teoria da colisão dos Direitos Fundamentais foi pensada no pós-guerra europeu, em que se procurou justificar em determinadas situações específicas, a preponderância de um direito fundamental sobre outro Direito Fundamental, sem que houvesse o esvaziamento total do Direito Fundamental ‘preterido’, sendo mantido, pois, um chamado “núcleo essencial”. Neste sentido, por meio da ADIn 3.540 julgada no Supremo Tribunal Federal, foi questionada a constitucionalidade da utilização de Medida Provisória para a alteração do Código Florestal, no que tange ao seu art. 4º, as áreas de preservação permanente. No curso do voto, o relator Min. Celso de Mello afirmou que uma colisão entre Direitos Fundamentais não configura em esvaziamento de seus conteúdos:

‘Isso significa, portanto, Senhor Presidente, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar de utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais) ponderar e avaliar, ‘nunc et nunc’, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito de preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto – tal como adverte o magistrado da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos [...], a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente.

Essa asserção toma certo, portanto, que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente – tal como adverte PAULO DE BESSA ANTUNES (‘Direito Ambiental, p. 63, item n. 2.1, 7ª ed., 2004, Lumen Júris) – que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional eu a rege, está

subordinada, dentre outros princípios gerais, Àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral, consoante ressalta o magistério doutrinário (CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, p. 20/23, item n. 3, 6ª ed., 2005, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Direito Ambiental Constitucional”, p. 21/24, itens ns. 2 e 3, 3ª ed./2ª tir., 2003, Malheiros; JOSÉ ROBERTO MARQUES, “Meio Ambiente Urbano”, p. 42/54, item n. 4, 2005, Forense Universitária, v.g.)” (STF ADI 3540 MC / DF – Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/09/2005).⁴²

O doutrinador aponta, neste sentido com base em Ferrajoli, que por mais que ocorram colisões entre direitos fundamentais, tais pontos são considerados excepcionais. Uma vez que os Direitos Fundamentais devem possuir máxima compatibilidade entre si. Neste sentido:

[...] Deve-se observar, primeiramente, que mesmo a luz da teoria da colisão, a situação de colisão entre Direitos Fundamentais é excepcional. Ferrajoli pondera que entre Direitos Fundamentais deve haver uma máxima compatibilidade entre si. Admite as colisões em raras exceções, como, por exemplo, a da liberdade de expressão diante do direito à privacidade, da liberdade de associação e do direito de greve frente aos demais direitos fundamentais.⁴³

É possível observar que as tensões geradas por situações conflitantes entre tais direitos versam justamente sobre direitos que, no seu princípio são compatíveis, mas com base no exercício, acabam colidindo.

Exemplificando com o presente cenário: a pessoa “y” é repórter e está fazendo uma matéria “z” sobre a pessoa “x”. Neste caso hipotético, a pessoa “y” possui opiniões em desacordo com o alvo de sua matéria, que acaba realizando e veiculando a matéria em canais midiáticos, revelando situações pessoais da pessoa “x” na mídia, que, por sua vez, se sente ofendida.

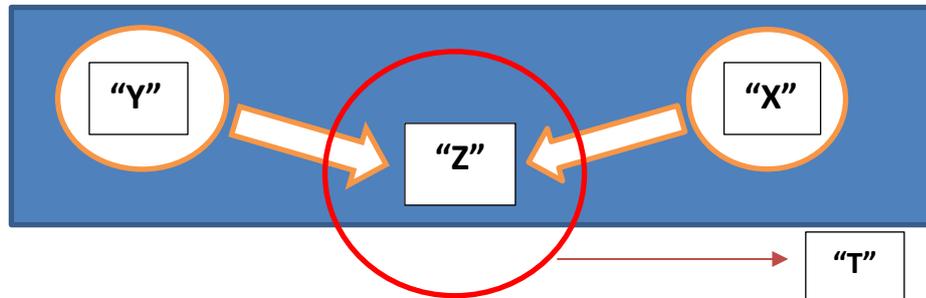
Tem-se, então, “y” munida do direito de liberdade de expressão, para fazer matérias e dissertar sobre, e a pessoa “x” alvo da matéria, com sua privacidade que, em tese, teria sido

⁴² AVANCI, Thiago Felipe de Souza. O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Pag. 54. UNISANTOS. Mestrado em Direito. 2011.

⁴³ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. A Colisão de Direitos Fundamentais. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC n. 16 - jul./dez. 2010. Pag. 197.

violada. Esse encontro entre dois direitos fundamentais em polos opostos, causa um ponto de tensão que classificar-se-á como “t”, gerando uma colisão de direitos fundamentais.

Para melhor elucidação, o gráfico infra demonstra o ponto de colisão na situação hipotética supra:



Ponto de colisão entre direitos fundamentais em caso hipotético elaborado pelo autor.

Avanci vai dizer que, ao observar o Direito em uma visão unipolar, cada Direito Fundamental caminha em uma espécie de reta paralelas. Dessa forma, cada reta representa, em si, determinado direito subjetivo ou obrigação. Se todas as retas caminharem para a Dignidade Humana, possuindo o ser humano como único destinatário, não há colisão.⁴⁴

2.1 HÁ COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Segundo o pensamento de AVANCI⁴⁵, utilizando como base um pensamento positivo, todo o ordenamento deve ser analisado de forma conjunta. Neste sentido, todas as normas possuem o que Alexy chamaria de aplicação prima facie, sejam elas regras ou princípios. A determinação da existência de um direito para um caso concreto é a subsunção, isto é, incluir a coisa num plano maior, ainda que não exclua as outras normais do direito.

Um direito, em dimensão ampla, deve ser observado segundo uma dicotomia abstrata e concreta. Em seu caráter abstrato, o direito decorre de uma aplicação prima facie de todas as normas, situação em que todos os sujeitos possuem direito em relação a tudo o que a norma lhes concede. No direito em abstrato não há colisão entre direitos uma vez que há uma limitação harmônica

⁴⁴ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. A Colisão de Direitos Fundamentais. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC n. 16 - jul./dez. 2010. Pag. 197.

⁴⁵ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. A Colisão de Direitos Fundamentais. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC n. 16 - jul./dez. 2010.

internormas e, por conseguinte, *interdireitos*. Esta limitação harmônica decorre do fato de que todas as normas objetivam, mediata ou imediatamente, um único objetivo, a realização da Dignidade Humana. Não obstante, decorre, ainda, do igual fato de não haver caso concreto à sua aplicação, o que já é reconhecido pela doutrina inclusive de Alexy, Ferrajoli, Canotilho e outros. De outra sorte, o direito em seu caráter concreto é determinado pelo fenômeno da subsunção, em que a norma determina um direito por conta da existência de um fato, e não somente pela sua aplicação *prima facie*. Será, pois, tarefa do julgador constatar, para o caso concreto em litígio, fazendo uso da subsunção, que efetivamente detém o direito e quem detém apenas um interesse pessoal do contrário ao direito (em função de não ter ocorrido subsunção). Por força do fenômeno binário que é a subsunção, apenas um terá o efetivo direito e o outro terá apenas um interesse, não havendo, assim, igualmente, colisão de direitos.”⁴⁶

Entende-se, por tal constatação, que a colisão de direitos fundamentais se dá a partir do momento onde o sujeito ativo de um direito entra em conflito com o sujeito ativo de outro direito. Nessa situação, há de se observar os direitos em questão da tensão, se há efetivamente o direito de ambos ou, se no caso, o outro sujeito tem apenas um interesse. Em caso de o sujeito ter apenas um interesse, não se encontra neste prisma de colisão de direitos fundamentais.

Neste diapasão, entende AVANCI⁴⁷, que se todos possuem um direito abstrato, a controvérsia está presente ao direito em concreto. Cabendo, desta forma, ao julgador a constatação de quem é detentor do direito no caso concreto e quem é detentor de um simples interesse. O doutrinador ainda aduz, que o julgador deverá observar os exatos limites do direito em abstrato que, por sua vez, definirão uma subsunção com o caso em concreto. Tendo como possível a observância dos exatos limites do direito em relação à aplicação das normas e de sua não colisão.

2.2 COMO SOLUCIONAR A COLISÃO?

Avanci explica que para a constatação do direito (se direito ou interesse), o julgador não utilizará a axiologia, mas sim uma análise sistemática do ordenamento jurídico, decidindo dentro de uma discricionariedade autorizada e limitada pela análise do conjunto normativo, quem é o detentor do direito subjetivo.

⁴⁶ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. A Colisão de Direitos Fundamentais. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC n. 16 - jul./dez. 2010. Pag. 199.

⁴⁷ AVANCI, Thiago Felipe de Souza. A Colisão de Direitos Fundamentais. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC n. 16 - jul./dez. 2010. Pag. 199

Sendo assim, dentro dessa análise meticolosa de cunho interpretativo-discrecionário, deverá o julgador constatar qual direito obteve a subsunção do caso concreto. Cabendo ao mesmo, perceber sob qual linha de direito aquela determinada situação fática irá se iluminar, valendo-se de que, os direitos caminham em linha reta objetivando a salvaguarda da Dignidade Humana.

Avanci traz também ponderações de Hart e Dworkin acerca de situações “difíceis” em serem resolvidas, o pensamento que traz em seu centro a racionalidade e a busca por decisões justas em casos que, devido a sua natureza complexa, cercam o julgador de dúvidas.

[...] Para ser racional, o discurso decisório tem que estar aberto à possibilidade de questionamento, pelo qual cabe, nos limites da presente pesquisa, perquirir quanto à hipótese de, em uma decisão racionalmente fundamentada, identificar-se sempre uma única resposta correta. [...] Existe uma única resposta certa em casos difíceis? Mesmo que, aparentemente, não exista nenhuma resposta certa para uma questão de direito, premido pelo princípio da obrigação da prestação da tutela jurisdicional, o juiz deverá buscar a resposta correta (justa), mesmo que esteja cercado de dúvidas sobre qual seja esta resposta.⁴⁸

A partir desse entendimento, pondera Avanci que, na Teoria da Colisão de Direitos Fundamentais, haveria uma preponderância entre um Direito Fundamental colidente com o outro Direito Fundamental. ainda sim somente caberia uma única resposta correta ao caso concreto.

[...] um daqueles Direitos Fundamentais colidentes seria considerado "mais importante" à luz daquela situação fática em detrimento do outro Direito Fundamental considerado "perdedor". No entanto, apesar de naquela situação fática se reconhecer a aplicação do Direito Fundamental "vencedor", foi pontificado que o Direito Fundamental "perdedor" não sofreria um esvaziamento completo em virtude de seu "núcleo essencial". O que se tem, entretantes, é que naquela situação fática e individual houve sim um pleno esvaziamento do Direito Fundamental perdedor, em que pese se afirmar que seu "núcleo essencial" está intacto.

Ainda, a diferença da teoria da colisão e da não colisão se fixa na utilização de valores subjetivos⁴⁹, pela parte do julgador, quando naquela outra se valeria a exegese normativa e, secundariamente, valores fáticos. Avanci traz, ainda, o pensamento de Padilha, que vai ressaltar que "as decisões a respeito de vários princípios foram deixadas a cargo dos juízes [...] se está

⁴⁸ Hart, Dworkin, 2006, p. 90.

⁴⁹ Thiago Avanci apud. cf. PADILHA 2006, p. 96.

agindo dentro da legalidade, muito embora se corra o risco de os juízes fazerem escolhas erradas" (2006, p. 105).

E, ficando ao encargo do Juiz realizar essas decisões, Santos⁵⁰ aduz que, mesmo que o direito da parte vencida não tenha preponderado sobre a situação fática, ele continua inserido no ordenamento de modo que pode sim ser aplicado a outra situação ao qual se deparar demandante em colisão à outro direito.

Assim, ao se deparar com uma situação que revela a ocorrência de uma colisão entre princípios deve o operador normativo tomar como premissa inicial o fato de que apenas um deles deverá ser aplicado na busca da solução do problema concreto. (...)

No entanto, deverá o operador jurídico considerar que na colisão de princípios o afastamento de um dos entes normativos não ocorre de modo definitivo, pois o princípio cuja aplicação foi afastada permanece inserido no sistema, em condições de ser aplicado a outra hipótese fática.

Cada caso deverá ser decidido sob o crivo do operador normativo, que, de acordo com a situação fática apresentada a ele, deverá demonstrar racionalmente e motivadamente qual direito seria o “vencedor”.

2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Para a resolução da colisão entre direitos, Alexy propõe o *sopesamento*, entre os direitos e interesses conflitantes. O sopesamento será o fator responsável por definir qual dos interesses, naquele caso concreto, tem uma valoração maior, ainda que na teoria os direitos continuariam possuindo o mesmo valor em sua forma abstrata.

Em Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy adentra em um dos três subprincípios da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito. Seguindo a égide da colisão de direitos fundamentais, para que se use a proporcionalidade proposta por Alexy, é imperioso que se configure uma situação suficientemente delimitada de adequação e exigibilidade.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do

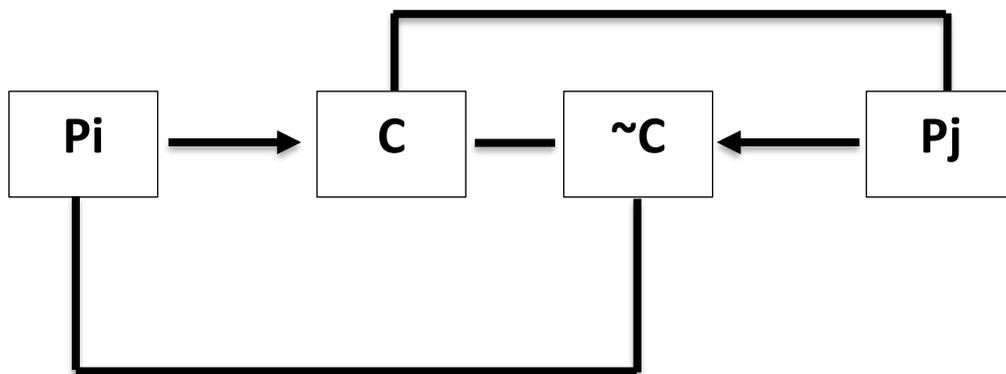
⁵⁰ SANTOS, 2008, p. 183.

princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

A partir deste ponto, Alexy traz à lume que a ponderação é trifásica. Sendo elas, grau de descumprimento, importância da realização do princípio e a importância do cumprimento do princípio contrário que justifica o descumprimento do outro princípio ou sua efetiva interferência.

Marcelo Lima Guerra aduz que na lei do sopesamento fica evidente as variáveis da fórmula do peso, quando nesta lei acaba por sugerir que para a solução de conflitos sejam avaliadas as interferências que a realização desses princípios acaba causando no outro.

Ainda, Marcelo Lima Guerra em "A proporcionalidade em sentido estrito",⁵¹ vai ilustrar a situação ideal de sopesamento:



Situação ideal de sopesamento por Marcelo Lima Guerra.

Para melhor elucidar o gráfico acima, Tiza Mara Lúcio de Aquino (2015) apud. Marcelo Lima Guerra, explicam que há dois tipos distintos de relações: satisfação entre a conduta C e o princípio Pi; entre a conduta ~C e o princípio Pj; relação de interferência entre a conduta C e o princípio Pj e entre a conduta ~C e o princípio Pi. Entendendo, segundo Alexy, que quanto maior o grau de insatisfação de um princípio (Pi), maior a importância de satisfazer o outro (Pj).⁵²

⁵¹ GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a "fórmula do peso" de Robert Alexy: significância e algumas implicações. Porto Alegre: Revista da Procuradoria-Geral do Estado, v.31, n.65, p.25-41, p.28, jan/jun, 2007. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/rpge65livro.pdf#page=27>> Acesso em: 24 de out. de 2021.

⁵² GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a "fórmula do peso" de Robert Alexy: significância e algumas implicações. Porto Alegre: Revista da Procuradoria-Geral do Estado, v.31, n.65, p.25-41, p.28, e ss. jan/jun, 2007. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/rpge65livro.pdf#page=27>> Acesso em: 24 de out. de 2021.

2.4 FÓRMULA DO PESO DE ALEXY

Alexy traz a fórmula do peso como uma maneira de instrumentalizar a "lei do sopesamento", para justamente mostrar que os juízos racionais acerca da intensidade de interferência em seus graus de importância são palpáveis, dessa forma a fórmula do peso aduz três espectros a serem estudados: grau de interferência, peso abstrato e evidência.

Seguindo neste raciocínio, Alexy estabelece quesitos comparativos para efetivar a análise de cada princípio em seus pormenores em cada caso concreto. Sendo que cada um desses quesitos (ou instâncias) acaba gerando duas variáveis referentes cada uma a um princípio. Em sendo três quesitos, temos, ao final, seis variáveis para a aplicação da fórmula do peso de Alexy.

- a. Grau de interferência: em caso concreto de conflito entre dois princípios, mister a análise da interferência que a realização de um (P_i) causa a um outro princípio (P_j), analisando a importância da realização de uma justificativa a não-satisfação do outro (P_j);
- b. Peso abstrato: é a importância atribuída a um valor que independe do caso concreto, com arrimo na hierarquia dos valores positivados, salvo às hipóteses óbvias (vida- liberdade de expressão, por exemplo).
- c. Provas disponíveis: nexos de causalidade da escolha de um princípio em detrimento do outro obrigatoriamente no caso concreto, valendo-se da análise das particularidades da prevalência de um princípio sobre o outro.

Para a efetivação do cálculo proposto por Alexy, são aplicados pesos abstratos, seguindo a relevância que o valor ou princípio possui no plano abstrato, o que gera as variáveis (W_j), peso abstrato de P_j ; (W_i) peso abstrato de (P_i).⁵³

Contudo, há de se observar as provas disponíveis para poder, de forma racional, embasar a decisão da lide sobre a prevalência de um princípio: (R_i) provas disponíveis sobre a interferência em (P_i); (R_j) provas disponíveis sobre a interferência em (P_j).⁵⁴

⁵³ GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a "fórmula do peso" de Robert Alexy: significância e algumas implicações. Porto Alegre: Revista da Procuradoria-Geral do Estado, v.31, n.65, p.25-41, ss., jan/jun, 2007. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/rpge65livro.pdf#page=27>> Acesso em: 24 de out. de 2021.

⁵⁴ GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a "fórmula do peso" de Robert Alexy: significância e algumas implicações. Porto Alegre: Revista da Procuradoria-Geral do Estado, v.31, n.65, p.25-41, ss., jan/jun, 2007. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/rpge65livro.pdf#page=27>> Acesso em: 24 de out. de 2021.

Segundo Alexy, é possível que se atribua valores numéricos para as variáveis. Marcelo Lima Guerra apud. Alexy, para as variáveis concernentes ao peso abstrato (W) e ao grau de interferência (I), têm-se a lógica: leve, 1; moderado 2; sério 4.⁵⁵

Já para as provas disponíveis (R), têm-se outra escala matemática: evidência confiável, 1; evidência plausível, 1/2; evidência não comprovadamente falsa, 1/4.⁵⁶

Tendo a seguinte fórmula:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i}{W_j \cdot I_j \cdot R_j}$$

Após atribuir valor à todas as variáveis, a resolução se dá a partir do ponto de três resultados: se $W_{i,j}$ for maior que 1, o P_i é preponderante ao P_j . Se $W_{i,j}$ for menor que 1, o P_j é superior ao P_i . Contudo, no caso de $W_{i,j}$ for igual a 1, a colisão permanece, uma vez que exaurido os quesitos matemáticos-rationais para solucionar a lide no que tange à aplicação da fórmula do peso de Alexy.⁵⁷

2.5 COMENTÁRIOS AO CASO EXIBIDO NO PROGRAMA “CIDADE 190” POR TIZA MARA LÚCIO DE AQUINO

O "Cidade 190" é um programa televisivo policial transmitido diariamente em Fortaleza, Ceará. O programa possui notável apreço pela população cearense que acompanha cotidianamente as notícias policiais de Fortaleza.

Aos 24 dias de fevereiro de 2015, o apresentador do programa Evaldo Costa, noticiou uma retaliação envolvendo duas facções criminosas rivais que estavam numa disputa pelo controle do tráfico de drogas na região de Santa Fé, Messejana, Fortaleza - Ceará.

⁵⁵ GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. Porto Alegre: Revista da Procuradoria-Geral do Estado, v.31, n.65, p.25-41, ss. , jan/jun, 2007. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/rpge65livro.pdf#page=27>> Acesso em: 24 de out. de 2021.

⁵⁶ GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. Porto Alegre: Revista da Procuradoria-Geral do Estado, v.31, n.65, p.25-41, ss. jan/jun, 2007. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/rpge65livro.pdf#page=27>> Acesso em: 24 de out. de 2021.

⁵⁷ GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. Porto Alegre: Revista da Procuradoria-Geral do Estado, v.31, n.65, p.25-41, p.37, jan/jun, 2007. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/upload/rpge65livro.pdf#page=27>> Acesso em: 24 de out. de 2021.

Um dos envolvidos no crime gravou, através de seu aparelho celular, o momento da execução da vítima, tendo este vídeo sido amplamente divulgado nas redes sociais.

A reportagem informou que o crime tratava-se da execução de João Alves da Silva, 24 anos, por um grupo de quatro pessoas maiores de idade, incluindo um adolescente de 17 anos.

O grupo criminoso executou a vítima com aproximadamente vinte projéteis de arma de fogo, estando a vítima na hora do ocorrido desarmada.⁵⁸

A ampla divulgação do vídeo da execução causou comoção e polêmica nas redes sociais, isto porque o vídeo dispunha de cenas fortes e com a forma liberta a qual o grupo executor se portava.

Os vídeos contendo imagens fortes da execução da vítima foram transmitidos no programa "Cidade 190", da TV Cidade, onde, segundo narra Tiza Mara, em momento algum fora preservada a imagem da vítima, sem qualquer tipo de filtro de edição jornalística. Tendo a vítima sido exposta em rede regional de televisão.

Diante de tal cenário, observa a graduada haver um confronto direto entre princípios consagrados na Carta Política: direito à imagem e liberdade de informação.

Para utilizar a fórmula do peso de Alexy, Tiza faz a análise da fórmula pelo peso abstrato, observando que os direitos envolvidos são estimados como princípios, uma vez que ambos são solidificados na Constituição Federal.⁵⁹

Desta feita, atribui-se o valor máximo (4) na escala de Alexy. Sendo então, $P_i = 4$ e $P_j = 4$.⁶⁰

Em relação ao grau de interferência, a graduada verifica que a atitude da imprensa de exibir cenas fortes gravadas pelo autor do crime obtidas através das redes sociais, onde a vítima é executada sem qualquer tipo de edição ou filtro causa um prejuízo direto à imagem da vítima, atribuindo, então, o valor máximo de gravidade (4). Sendo assim, $I_i = 4$.

Por outro diapasão, Tiza analisa que o grau de interferência da conduta da imprensa em não exibir as imagens da execução gravada pelos criminosos lesiona o direito da população

⁵⁸ AQUINO, Tiza Mara Lúcio de. Colisão de Direitos Fundamentais e Sopesamento à Luz da Contribuição de Robert Alexy. Marcelo Lima Guerra. 2015. 54 f. Monografia. Direito. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, CE. 07/12/2015. Pag. 38.

⁵⁹ AQUINO, Tiza Mara Lúcio de. Colisão de Direitos Fundamentais e Sopesamento à Luz da Contribuição de Robert Alexy. Marcelo Lima Guerra. 2015. 54 f. Monografia. Direito. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, CE. 07/12/2015. Pág. 38.

⁶⁰ AQUINO, Tiza Mara Lúcio de. Colisão de Direitos Fundamentais e Sopesamento à Luz da Contribuição de Robert Alexy. Marcelo Lima Guerra. 2015. 54 f. Monografia. Direito. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, CE. 07/12/2015. Pag. 39.

em ser informada acerca de casos violentos que ocorrem no dia a dia. Atribui-se, então, o valor mínimo de gravidade (1). Assim, **Ij= 1**.

Observando as evidências do caso, a graduada constata que a imagem da vítima em seus últimos suspiros de vida foi vilipendiada pela conduta da mídia, atribuindo, então o valor máximo desta evidência (1). Assim, **Ri = 1**.

Pela lógica contrária, a não-exibição do vídeo suprime o direito da população de ter acesso à informação, recebendo o valor máximo de (1). **Então, Rj = 1**.⁶¹

Substituindo a fórmula em si pela fórmula com os valores atribuídos pelo estudo realizado por Tiza Mara, teremos:

$$W_{i,j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i}{W_j \cdot I_j \cdot R_j}$$

$$W_{i,j} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 1 \cdot 1}$$

$$W_{i,j} = 4.4.1$$

$$4.1.1$$

$$W_{i,j} = 4$$

No cálculo supra, realizado por Tiza Mara Lucio de Aquino, o princípio Pi preponderou sobre o princípio Pj. Sendo assim, no caso em tela, deverá prevalecer o direito à imagem da vítima sobre o direito à informação.⁶²

2.6 DIREITO FUNDAMENTAL DE REUNIÃO E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA ADIn 1.969

Analisada por Thiago Felipe de Souza Avanci⁶³, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.969 no Supremo Tribunal Federal, o relator optou pelo reconhecimento da colisão entre o Direito Fundamental à saúde e o Direito Fundamental à Reunião.

⁶¹ AQUINO, Tiza Mara Lúcio de. Colisão de Direitos Fundamentais e Sopesamento à Luz da Contribuição de Robert Alexy. Marcelo Lima Guerra. 2015. 54 f. Monografia. Direito. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, CE. 07/12/2015. Pág. 39.

⁶² AQUINO, Tiza Mara Lúcio de. Colisão de Direitos Fundamentais e Sopesamento à Luz da Contribuição de Robert Alexy. Marcelo Lima Guerra. 2015. 54 f. Monografia. Direito. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, CE. 07/12/2015. Pág. 39

⁶³ Doutor em direito político e econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2020), gozando de bolsa integral e aprovado com distinção e louvor; estágio de pós doutorado em direito e novas tecnologias pelo Mediterranea International Centre for Human Rights Research della Università Mediterranea di Reggio Calabria (2021), com bolsa integral; mestre em direito ambiental pela Universidade Católica de Santos (2011), gozando de bolsa integral e aprovado com grau de excelência; especialista em gestão pública municipal pela

Trata-se de uma ação direta, com pedido de medida cautelar ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT), que objetivava a declaração de inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.089/99 que disciplinava as manifestações públicas na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça dos Buritis etc. Contudo, na ADIn, reconheceu-se que tais locais eram próprios para as manifestações, o que não pode-se dizer de proximidade com hospitais onde o direito à manifestação e à reunião colidiriam diretamente com o direito à saúde e recuperação dos hospitalizados.

Na colisão de direitos fundamentais no caso em comento, a situação fática exposta apresenta claramente a **valoração** do direito fundamental à saúde em relação ao direito fundamental de manifestação. Estando elencado no artigo 24 da Constituição Federal, a competência do estado em legislar sobre a saúde e, conseqüentemente, sua defesa em detrimento de interesses ao invés de princípios. *In verbis*:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XII - previdência social, proteção e **defesa da saúde**;⁶⁴

Universidade Federal de São Paulo (2019); pesquisador junto ao Centro de Estudos Sociedade e Tecnologia da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo e em outros grupos de pesquisa; presidente da comissão de direitos da criança e do adolescente da OAB Guarujá (2014-2015); vice-presidente e presidente interino do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (2016); advogado (2008) consultivo e litigioso, especializado em gestão e administração de empresas e entidades do terceiro setor, em direito público e privado; professor universitário, de pós graduação e de cursos preparatórios (2009); autor.

⁶⁴ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (...) § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. 2 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (...) Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2021.

2.7 HC 71.343-4 E A CONDUÇÃO COERCITIVA PARA EXAME DE DNA

Também analisada por Thiago Felipe de Souza Avanci, o Habeas Corpus 71.343-4 que versa sobre a condução coercitiva de José Antonio Gomes Pinheiro Machado, o qual lhe moviam em desfavor uma ação de Investigação de Paternidade, promovida por T. M. R. e L. M. R., ordenada a prova pericial específica (exame de DNA), o impetrante intimado informou que não se submeteria a exames, tendo a Juíza acatado. Contudo, sobreveio decisão da mesma Juíza daquela vara dispondo, *in verbis*:

Tendo em vista nova jurisprudência que começa a despontar sobre o tema da recusa em fazer o exame para comprovação da paternidade, representada pelo agravo de instrumento nº 588021022, da 4ª Câmara Cível do E. TJRS, Rev. de Jurisp. nº 147, págs. 301 a 304, reviso minha posição de fl. 81. No presente caso estão em jogo interesses de duas menores. Outrossim, pelo que está nos autos, uma das partes está faltando com a verdade e o exame dirime dúvida estabelecendo, praticamente em definitivo, com quem está a verdade, desmascarando-se ou a oportunista ou o que tenta eximir-se da responsabilidade da paternidade. Não há motivo para que o réu se negue ao exame, a menos que esteja com receio do resultado. Hoje, com o avanço das pesquisas genéticas, é inconcebível que não seja feito o tal exame neste tipo de ação. Assim, determino a realização do exame, a ser realizado pelo Dr. Jobim, já compromissado. Deverá o réu comparecer, assim que intimado, sob pena de condução sob vara, eis que, no caso, seu corpo é 'objeto de direitos', não sendo cabível invocar 'direito personalíssimo de disponibilidade do próprio corpo'.

Em relação ao mesmo caso, o Ministro Resek, relator, aduz:

O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física. [...] Nessa trilha, vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, em última análise, um interesse também público. [...] 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. (STF HC 71373 / RS, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10/11/1994).

Entendeu o ministro que por se tratar de matéria cujo caráter do direito à identidade é de interesse público, a condução coercitiva para a realização do teste de DNA seria medida razoável à preponderância do direito à identidade sobre o princípio da intangibilidade do corpo

humano, que protege um interesse privado. Logo, entende-se o direito à identidade, no caso em comento, como um direito público preponderante à interesses privados.

O Ministro Marco Aurélio divergiu do voto, ponderando que não se faz razoável um atento à dignidade da pessoa humana – no caso em tela – a fim de que se satisfaça um interesse individual. Na visão do magistrado, a hipótese apresentada não é caso onde o interesse público sobrepõe-se ao individual.

[...] para mim, a violência é impar e discrepa, sobremaneira, não só da ordem constitucional em vigor, como também das normas instrumentais comuns aplicáveis à espécie. [...] 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 recusarse 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. [...] 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 civil, a feitura de certa prova? [...] Assim o é porque a hipótese não é daquela em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como o 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. (STF HC 71373 / RS, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10/11/1994).

O Ministro Octavio Galloti, seguiu o voto do Min. Marco Aurélio.

Desta feita, entendeu-se que há uma colisão entre um direito e um interesse. O interesse da parte autora no exame de DNA e o direito do impetrante de ter sua inviolabilidade física resguardada. Entendendo, por via da hermenêutica constitucional que não se pode menosprezar o sacrossanto direito à inviolabilidade em detrimento de um interesse privado, que no caso em tela, não conseguiu demonstrar aos julgadores que há um viés de interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do trabalho, foi apresentado a forma de reconhecimento, evolução e positivação dos direitos fundamentais ao passo que a sociedade foi evoluindo com o passar dos séculos. Ainda, buscou trazer à lume que a existência de uma nova geração de direitos fundamentais em virtude do avanço social e tecnológico não exclui a geração anterior. Em primeiro capítulo, a abordagem teórica traz ao conhecimento as gerações e seus direitos positivados. No segundo capítulo, à luz do que foi estudado no primeiro plano, tem-se efetivamente a colisão desses direitos, de modo que com base na metodologia desenvolvida por doutrinadores buscou-se dirimir a colisão de direitos fundamentais, classificando-os conforme suas necessidades nos casos em tela, se direitos, se interesses.

Após o entendimento que em relações cotidianas pode haver conflitos entre direitos fundamentais, entende-se que, por mais que sejam hábeis e úteis alguns sistemas de resolução das colisões entre direitos, nem sempre pode-se chegar a uma decisão completamente razoável, isto se dá devido às correntes de pensamento dos operadores do direito responsáveis por analisar e julgar casos concretos.

Não obstante, demonstrou-se ao longo do presente estudo que, ainda que alguns direitos sejam invioláveis segundo a *Lex Mater*, há um vilipêndio em algum grau em nome de um bem público que, por vezes, pode ser causa de uma injustiça como apresentado no caso do Habeas Corpus 71.343-4, onde buscou-se a condução forçada de um homem que negava-se a fazer um exame utilizando como argumento a inviolabilidade física, onde no caso em tela a magistrada *ad quo* entendeu que, por se tratar de “objeto de direito”, não poderia o envolvido invocar o direito à inviolabilidade de seu corpo, o que foi contrariado pelo Ministro Celso de Mello.

Por vezes, é necessária uma releitura assídua dos dispositivos constitucionais, uma vez que dispõe e resguardam direitos que, por sua totalidade, são notadamente preponderantes à outros.

Para a problemática trazida ao presente trabalho, mostrou-se que sim, há colisão entre direitos fundamentais e, que por mais interessantes que sejam as fórmulas criadas por doutrinadores para a resolução dessas demandas, a forma que se mostra adequadamente razoável à casos onde a quitação matemática não consegue adentrar, a hermenêutica constitucional pode subsidiar o entendimento livre do julgador para embasar numa decisão racional e interpretativa dos dispositivos constitucionais alvos de embate nos casos, dando uma solução de Direito para os envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVANCI, Thiago Felipe de Souza, et al. **Temas de Concretização Constitucional**: breves ensaios acadêmicos. 1ª Edição. Leme, SP: CL Edijur, 2019.

AVANCI, Thiago Felipe de Souza, et. al. **Direitos Sociais Constitucionais**: realidade e perspectiva. 1ª Edição. Londrina, PR: Thoth, 2020.

AVANCI, Thiago Felipe de Souza. **Teoria pós positivista dos direitos fundamentais**: dialética entre economia, ecologia e filosofia. 1ª Edição. Londrina, PR: Thoth, 2021.

AVANCI, Thiago Felipe de Souza. **A Colisão de Direitos Fundamentais**. Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC n. 16 - jul./dez. 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**: tradução por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

AVANCI, Thiago Felipe de Souza. **O Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado**. Dissertação de Mestrado. Santos, SP: Universidade Católica de Santos, 2011.

CASTRO, Flavia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 10ª Edição. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2014.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social**. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

SCHNAID, David. **Filosofado direito e interpretação**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional**. 2ª Edição. São Paulo: Manole, 2019.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria dell' ordinamento giuridico**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1979.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

AQUINO, Tiza Mara Lúcio de. **Colisão de Direitos Fundamentais e Sopesamento à Luz da Contribuição de Robert Alexy**. Marcelo Lima Guerra. 2015. 54 f. Monografia. Direito. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, CE. 07/12/2015.

GUERRA, Marcelo Lima. **A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações.** Porto Alegre: Revista da Procuradoria-Geral do Estado, 2007. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/upload/rpge65livro.pdf#> Acesso em: 24 de julho de 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 01 de setembro de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 713434.** Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>. Acesso em 01 de setembro de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.969.** Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>> Acesso em 01 de setembro de 2021.