

“COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE”

Shemara lamada PORTO¹

Sérgio Tibiriçá AMARAL²

Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo

RESUMO: Os direitos fundamentais são resultados do processo de evolução do pensamento humano em razão da convivência em determinada sociedade. Foram adquiridos através de um longo e árduo processo e, embora sejam direitos fundamentais, não são absolutos e, tão pouco, ilimitados. A positivação de direitos humanos fundamentais garantiu a qualquer indivíduo o poder de exigir sua tutela perante Poder Judiciário. Em razão disso, muito se tem estudado a respeito dos limites aos direitos fundamentais, analisando as limitações legislativas, os limites imanentes, a ocorrência acumulativa e a colisão de direitos fundamentais. O presente estudo analisa a colisão de direitos fundamentais e a solução proposta por Alexy para dirimi-los, passando brevemente pelas limitações legislativas, limites imanentes e a ocorrência acumulativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Colisão de Direitos. Princípio do Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são direitos históricos, isto é, são resultados do processo de evolução do pensamento humano na convivência em determinada sociedade. Esses direitos foram adquiridos através de um longo e árduo processo e que uma vez reconhecidos pela ordem jurídica vigente, devem ser protegidos e resguardados de quaisquer interferências.

¹ Discente: Aluna-bolsista do Programa de Iniciação Científica das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, aluna do 3º ano de Direito, turma C. E-mail- shemaraip@unitoledo.br

² Docente e coordenador do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente - SP

São, no entanto, direitos anteriores e superiores, ou seja, a sua institucionalização em uma ordem jurídica determinada não desqualifica o momento anterior, de sua "jusnaturalização", ou dos aspectos relacionados à sua natureza de valores forjados a partir de conceitos como dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e fraternidade³.

Eles conferem legitimidade ao sistema constitucional. A positivação de direitos humanos fundamentais, não significou apenas o seu reconhecimento nos ordenamentos jurídicos, mas garantiu a qualquer indivíduo o poder de exigir sua tutela perante Poder Judiciário.

Embora sejam direitos fundamentais, não são absolutos e nem mesmo ilimitados. Em razão disso, muito se tem estudado a respeito dos limites aos direitos fundamentais, analisando as limitações legislativas, os limites imanentes, a ocorrência acumulativa e a colisão de direitos fundamentais.

O presente estudo tem por objetivo analisar a colisão de direitos fundamentais e a solução proposta por Alexy para dirimi-los, passando brevemente pelas limitações legislativas, limites imanentes e a ocorrência acumulativa.

2 OS DIREITOS HUMANOS: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Existem diversas teorias com o intuito de justificar o fundamento ideológico dos direitos humanos. Segundo a teoria jusnaturalista, os direitos humanos estão fundamentados em uma ordem superior universal, imutável e inderrogável. Sendo assim, eles existem na consciência do homem e não decorrem de criação legislativa. Já a teoria positivista, fundamenta a existência dos direitos humanos na ordem normativa que emerge da manifestação da soberania popular. Assim, apenas os direitos expressamente previstos no ordenamento jurídico positivado seriam direitos humanos. A terceira teoria que se destaca é a teoria moralista ou de Perelman, que fundamenta o surgimento dos direitos fundamentais

³ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito Constitucional*, p. 508. Nesse sentido: "...a positivação jurídico-constitucional não 'dissolve' nem 'consome' quer o momento de 'jusnaturalização' quer as raízes fundantes dos direitos fundamentais

na experiência e consciência moral de um determinado povo, de modo a configurar o *espiritus razonables*. Embora várias teorias tenham sido criadas, Norberto BOBBIO (1992, p. 52), ensina que hoje “... os direitos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana”, ou seja, decorrem de uma construção jurídica, social e filosófica em função da busca pela existência harmônica em sociedade.

Por ser uma expressão de cunho genérico, conceituar “direitos humanos”, é tarefa extremamente complexa. Na definição de Perez Lunõ (1990) **apud** Edilson Pereira de Farias (1996, p.59), são direitos humanos:

um conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan lãs exigências de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, lãs cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.

Segundo concepção de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, as características dos direitos humanos são:

- preexistentes, pois os direitos declarados são os que derivam da natureza humana;
- vinculados à natureza, necessariamente são abstratos, são do Homem independente da nacionalidade;
- imprescritíveis;
- inalienáveis;
- individuais, porque cada ser humano é ente perfeito e completo, mesmo se considerado isoladamente, independentemente da comunidade e, por fim;
- universais.

Alexandre de Moraes (1997, p.41), por sua vez, apresenta as características dos direitos humanos como sendo:

- a imprescritibilidade, pois os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo transcurso de qualquer que seja o prazo;

- a inalienabilidade, já não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, de forma gratuita ou onerosa;
- a irrenunciabilidade, embora hajam discussões doutrinárias no que concerne a renúncia ao direito à vida, a eutanásia, o suicídio e o aborto;
- a inviolabilidade, que consiste na impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;
- a universalidade, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;
- a efetividade, em relação a atuação do Poder Público (deve garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, ainda que de forma coercitiva);
- a interdependência, e por fim;
- a complementariedade, já que os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, apresentam como característica a autogeneratividade. Significa que entre os elementos fundadores das Constituições estão os direitos fundamentais. Em outras palavras, as Constituições, de um lado, instituem os Direitos Fundamentais, mas por outro lado, elas existem porque são destinadas a incorporar esses Direitos Fundamentais juntamente com os chamados elementos constitutivos do Estado (território, povo, poder soberano, governo e finalidade)⁴.

⁴ Araújo, Luiz Alberto David; Nunes Júnior, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional, p. 120.

3 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos fundamentais justificam a existência do Estado, ou seja, o sistema constitucional torna-se legítimo na medida em que se reconhece a existência dos direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais constituem a base e a essencialidade para qualquer noção de Constituição. Buscando fundamento para tal assertiva no surgimento do constitucionalismo, temos que o objetivo da Constituição é dar forma ao Estado, através da criação de órgãos estatais, definido-lhes o alcance, os modos de atuação e os limites ao Poder Estatal, de modo a preservarem-se intocáveis os direitos fundamentais por ela reconhecidos. Alexandre de Moraes (1997, p.21) ressalta que “a constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal dos princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante Poder Judiciário”. Trata-se de uma garantia do indivíduo frente ao poder estatal, sendo que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre importante papel na construção constitucional.

4 O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é a tradução jurídica do valor da pessoa humana. Ele assegura um mínimo de respeito à pessoa humana apenas por ser reconhecida como tal, e a noção de que todos, por natureza, temos igual dignidade.

Edilson Pereira de Farias (1996, p.54) afirma que:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Aquele princípio é o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Dessarte, o extenso rol de direitos e garantias fundamentais consagrados pelo título II da Constituição Federal de 1988 traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em suma, os direitos fundamentais são uma primeira e importante concretização desse último

princípio, quer se trate dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), dos direitos sociais (art. 6º a 11) ou dos direitos políticos (arts. 14 a 17). Ademais, aquele princípio funcionara ainda como uma “cláusula aberta” no sentido de respaldar o surgimento de “direitos novos” não expressos na Constituição de 1988 mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art.5º, §2º. Estreitamente relacionada com essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional.

No mesmo sentido, para Alexandre de Moraes:

Os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.⁵

Ainda, que a dignidade seja inerente à pessoa humana, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, não é um valor absoluto de forma a prevalecer sobre outros princípios opostos a ele em situações concretas. Reconhece-se, entretanto, que é difícil encontrar objeções constitucionais que não reconheçam ao princípio da dignidade da pessoa humana certa preponderância.

5 O COMPLEXO NORMATIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O complexo normativo dos Direitos Fundamentais é composto por normas constitucionais e infraconstitucionais. Estas últimas podem ser restritivas ou conformadoras.

O legislador atua através das Normas Restritivas de Direitos Fundamentais e das Normas Legais Conformadoras de Direitos Fundamentais.

⁵MORAES, Alexandre de. **Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 1ª ed., São Paulo, 1997-1998 – Coleção temas jurídicos 3;

5.1 Normas Restritivas de Direitos Fundamentais:

Restrição é uma modificação normativa ou fatural, justificada na Constituição ou não contrária a Constituição, podendo ser de um ou alguns elementos configuradores do direito fundamental. Sendo que são elementos: os sujeitos, ou seja, o titular e o destinatário dos direitos fundamentais; o âmbito de proteção material; e a justificação constitucional dos limites, que se consubstancia na autorização de restrição (aspecto formal) e nos limites materiais (Princípio da Proporcionalidade e o conteúdo essencial do direito material). Para isto, há que se verificar qual é o objeto protegido, o bem jurídico regulado e a previsão pela Constituição. Segundo Hesse (1991) **apud** Steinmetz (2001.p.28), “cada direito fundamental encontra seu limite principalmente lá onde termina seu alcance material”.

Dessa forma, são definidos limites internos e externos aos direitos fundamentais.

Limites internos, não são para Alexy, limites autênticos, são descrições mais detalhadas que delimitam a garantia de uma disposição jusfundamental. São cláusulas restritivas constitucionais expressas (norma-regra) e são chamadas pela doutrina alemã de Restrições Diretamente Constitucionais, sob a forma de Cláusula Restritiva Expressa ou Cláusula Restritiva Tácita.

Limites externos são restrições instituídas pelo legislador ordinário, através de Lei, com prévia autorização do legislador constitucional. São limites impostos ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, onde o legislador atua com eficácia constitutiva. A doutrina alemã chama de Restrições Indiretamente Constitucionais. A competência para essa imposição deve se apresentar por meio de cláusulas constitucionais explícitas de reservas de lei, ou seja, uma norma de competência.

Na definição precisa de Steinmetz (2001, p.33), [...] a reserva de lei jusfundamental é uma norma de competência, constitucional, que autoriza o legislador a instituir restrições a direitos fundamentais”. É, portanto, dirigidas ao legislador. Disso decorre:

- uma vinculação negativa, no sentido de que o legislador ordinário não pode intervir nos direitos fundamentais sem a devida autorização constitucional e;
- uma vinculação positiva porque o Legislador deve utilizar suas ferramentas normativas configuradoras para alcançar a plena eficácia dos direitos fundamentais.

A melhor doutrina autoriza que se possa falar em um sistema geral de reservas:

- Reserva de Lei Ordinária ou Simples Reserva Legal: autoriza o legislador a impor restrições a direito fundamental, indicados pela Lei, definindo uma competência mais ampla ao legislador por não especificar qualquer pressuposto ou objetivo a ser alcançado.
- Reserva de Lei Qualificada ou Reserva Legal: é aquela em que há autorização para a restrição do direito fundamental, mas exige-se a observância de determinados pressupostos ou a persecução de determinados objetivos.
- Reserva de Lei Geral: é aquela que não tem função de restrição ou limitação direta do direito fundamental, mas sim indireta. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978, não adotam a Reserva de Lei Geral.

Toda e qualquer restrição a direito fundamental tem que ser autorizado pela Constituição e servem para garantir a unidade e a harmonização da Constituição. São sujeitas a controle formal, verificando-se a competência para a elaboração, a forma e procedimento adequado, e controle material, consistente na observância e proteção do núcleo essencial da Constituição e no princípio da proporcionalidade.

5.2 Normas Legais Conformadoras de Direitos Fundamentais:

O legislador constituinte decidiu partilhar com o legislador ordinário o desenvolvimento normativo da Constituição. Assim, as normas conformadoras são normas legais que completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental cuja respectiva norma se encontra vaga, aberta, incompleta ou abstrata. Estas conformações não decorrem necessidade jurídica, posto que direitos fundamentais têm eficácia imediata. São, na verdade, uma necessidade prática objetivando a eficácia máxima do direito fundamental e por isso, não necessitam previsão constitucional.

Toda a vez que encontramos as expressões, tais como “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “definida em lei”, etc, precisamos identificar se a autorização é para restrição ou conformação. Dessa forma, Alexy (2002, p.328) propõe o seguinte critério: cada vez que a eliminação de uma competência obstaculiza a realização de um princípio jusfundamental, estamos diante de uma restrição e que, portanto, tem que se apresentar justificada.

6 LIMITES IMANENTES

Steinmetz (2001.p.63) explica que os limites imanes são uma construção dogmática para explicar a necessidade e justificar a possibilidade de limitação ou a restrição a direito fundamental conferido por norma constitucional escrita sem reserva de lei. Limites imanes são um problema de interpretação constitucional. O conteúdo do direito fundamental não resulta somente de sua norma criadora, ele também é resultado da articulação e conexão da norma com outras normas constitucionais de direito fundamental ou que protejam bens jurídicos. São, para este autor, um problema que se situa mais na interpretação unitária e sistemática da Constituição do que propriamente na ponderação concreta de bens.

Segundo Canotilho (1994) **apud** Steinmetz (2001.p.57), os limites imanes são um problema de ponderação de bens:

limites iminentes são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de direito, liberdade e garantia.

Ainda, Steinmetz (2001.p.57) relata que Canotilho cita o pintor que coloca o seu cavalete de pintura no meio do cruzamento de trânsito intenso: direito à criação artística X sua vida e integridade ou o direito dos outros exercerem sua atividade profissional.

Com relação à Constituição de 1988, ela não prevê uma reserva geral de lei no âmbito dos direitos fundamentais, mas à luz da dogmática constitucional comparada, percebe-se a possibilidade do legislador infraconstitucional restringi-los sem reserva de lei.

7 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitáveis. A colisão de direitos fundamentais se caracteriza por um conflito in concreto de direitos fundamentais, ou seja, haverá colisão sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta. As colisões ocorrem porque se os limites não têm sua amplitude fixada anteriormente *in abstracto*, assim, as normas de direito fundamental se apresentam abertas e móveis no momento de sua concretização social.

8 HIPÓTESES DE CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para estudarmos as colisões de direito fundamental é necessário distinguir os tipos de situações que levam aos conflitos. São elas:

1. a concorrência de direitos fundamentais;
2. a colisão de direitos fundamentais e;

3. os conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucional.

A concorrência de direitos fundamentais se dá quando há apenas um titular e dois ou mais direitos fundamentais expressos por normas constitucionais.

O conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais ou, conforme Alexy, Colisão de direitos fundamentais em sentido amplo ocorre quando há uma colisão entre direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.

A colisão de direitos fundamentais – ou, conforme Alexy, Colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, ocorre quando para o exercício ou realização de um direito fundamental de um indivíduo, há conseqüências negativas sobre os direitos fundamentais de outros, sendo que podem ser a respeito de direitos fundamentais idênticos ou não.

9 CASOS ROTINEIROS E CASOS DIFÍCEIS

Trata-se de uma classificação produzida e consolidada pela teoria contemporânea do direito. Assim,

- Casos rotineiros são aqueles que exigem uma mera aplicação das normas jurídicas sem que surjam dúvidas ou alternativas. Ex: aplicação de multa por infração às normas de trânsito.
- Casos difíceis ou duvidosos são aqueles cuja decisão normativa final não é alcançada com uma simples interpretação e aplicação das normas. Não há uma única solução correta possível e exige-se técnicas refinadas e complexas para a decisão. Assim são as colisões de direitos fundamentais, uma vez que, os direitos fundamentais em colisão estão expressos por normas constitucionais, de idêntica hierarquia e força vinculativa. Disso decorre, esmerada técnica de solução de conflitos levando-se em

consideração a unidade da Constituição e a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Na colisão de direitos fundamentais, que são exemplos característicos de casos difíceis, não bastam a mera subsunção às normas, aplicação das técnicas de interpretação e utilização de princípios de interpretação constitucional, posto que os direitos fundamentais são expressos por normas constitucionais de idêntica hierarquia e vinculação, exige-se também, a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação jusfundamental.

Pelo Princípio da Inafastabilidade do controle jurisdicional, o Poder Judiciário deve pronunciar-se sobre qualquer questão concreta que lhe for apresentada. Também é dever do legislador prever, em abstrato, situações de colisão em concreto, afinal, é de sua alçada concretizar os direitos fundamentais na vida em sociedade e harmonizar direitos que se apresentem em colisão. O Poder Executivo não pode dispor em matéria direitos fundamentais, não pode restringir direitos no exercício de atividade normativa primária, utilizando-se de medida provisória ou lei delegada, ou em atividade secundária, utilizando-se de regulamentos, ou através de outros atos normativos.

10 A TEORIA ESTRUTURAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY

Embora seja uma teoria geral dos direitos da Lei Fundamental de Bonn, não se trata de uma lei regional, porque a teoria dos princípios e a teoria das posições jurídicas básicas de Alexy, conferem-na um caráter universal.

Segundo Alexy, para solucionar adequadamente o problema da colisão de direitos fundamentais deve-se fazer uso da Teoria dos Princípios, em razão do caráter principal das normas de direitos fundamentais.

10.1 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Alexy destaca que a principal distinção teórico-estrutural é entre regras e princípios. Com ela, é possível formular uma teoria dos limites, uma teoria satisfatória da colisão e uma teoria sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Trata-se de um marco da teoria normativo-material dos direitos fundamentais.

10.2. REGRAS E PRINCÍPIOS

Os princípios são normas que ordenam a realização de determinado direito na maior medida possível, observando as possibilidades jurídicas e reais existentes.

As regras somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, deve ser cumprida na sua exata medida sem qualquer ponderação.

As regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possíveis, ao passo que os princípios são “mandamentos de otimização”.

Um conflito entre regras terá que ser solucionado de dois modos:

- a) ou introduz-se uma cláusula de exceção ou;
- b) declarando-se a invalidade de uma delas (lei especial derroga lei geral).

Um conflito de princípios terá solução distinta que é traduzida em uma ponderação de bens onde, verificando-se as circunstâncias e os argumentos suscitados, haverá a prevalência de um princípio em relação a outro. Este, por sua vez, não desaparece do ordenamento jurídico, apenas é preterido para este caso concreto.

Para descrever a estrutura das soluções de colisões, Alexy formula a **Lei da Colisão** que é uma norma de direito fundamental com caráter de regra para

determinado caso concreto. A partir do momento em que é estabelecida uma lei de colisão, ela assume o caráter de uma regra definitiva para este caso concreto.

Os princípios são mandatos de otimização a serem realizados em observância às possibilidades jurídicas e fáticas, afinal, como já sabemos, não são absolutos e sujeitam-se, portanto, a uma análise de peso, onde peso equivale a razões suficientes.

10.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A ponderação de bens se operacionaliza através da aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo necessária o correto entendimento acerca de seus princípios parciais: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação, ou princípio da idoneidade, ou da princípio conformidade, é um mandamento para que se verifique se no caso em estudo, se a restrição ao direito fundamental , ou seja, o meio, resultou no alcance da finalidade almejada. Tal análise apresenta um caráter empírico, pois ao realizá-lo questiona-se se o meio utilizado é útil, empírica ou faticamente, a fim de resultar no objetivo perseguido.

O princípio da necessidade, ou o princípio da exigibilidade, ou da indispensabilidade, ou da intervenção mínima, ordena que haja ingerência mínima no direito fundamental; que esteja presente o elemento da dúvida ou o princípio da desconfiança (se parte da hipótese da existência de uma medida menos gravosa); que haja compatibilidade dos meios ou das medidas de restrição (critério de menor prejudicialidade) e uma dimensão empírica (aquela em que há indícios de ser a menos prejudicial).

A adequação e a necessidade, de acordo com Alexy, derivam dos princípios definidos como mandatos de otimização com relação às possibilidades fáticas.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de bens propriamente dita e deriva dos direitos fundamentais como mandatos de otimização segundo as possibilidades jurídicas. Alexy (2002, p.112) alerta que:

...la valoración y ponderación recíproca de todos los bienes involucrados, tanto de los que justifican el límite como de los que se ven afectados por ellos, lo cual exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso.

Em síntese, para Alexy, a solução das antinomias principiológicas se daria através da ponderação que se apresenta dividida em três momentos distintos e que devem proceder-se sucessivamente e satisfatoriamente:

a) a adequação dos meios, ou seja, se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público;

b) a necessidade, segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar, e;

c) a proporcionalidade em sentido estrito, o intérprete deve questionar se o resultado alcançado é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva desta medida.

11 CONCLUSÕES

Entre os elementos fundadores das Constituições estão os direitos fundamentais. As constituições, de um lado, instituem os Direitos Fundamentais, mas por outro lado, elas existem porque são destinadas a incorporar esses direitos fundamentais juntamente com os chamados elementos constitutivos do Estado (território, povo, poder soberano, governo e finalidade). São direitos, nas palavras de Canotilho, anteriores e superiores, ou seja, a sua institucionalização em uma ordem jurídica determinada não desqualifica o momento anterior, de sua "jusnaturalização", ou dos aspectos relacionados à sua natureza de valores forjados a partir de conceitos como dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e fraternidade.

Os direitos fundamentais reconhecidos no ordenamento jurídico vigente devem ser protegidos e resguardados, pois eles conferem legitimidade ao sistema constitucional. A positivação de direitos humanos fundamentais, além do reconhecimento nos ordenamentos jurídicos, proporcionou a qualquer indivíduo o poder e o direito de exigir sua tutela perante Poder Judiciário. Sendo os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitáveis podem ocorrer colisões de direitos fundamentais que se caracterizam conflitos in concreto de direitos fundamentais. Tais colisões ocorrem porque suas normas apresentam-se abertas e móveis no momento da concretização na convivência em sociedade.

A colisão de direitos fundamentais é um problema de dogmática jurídico-constitucional e de vital importância em razão do caráter de intervenção mínima nos direitos fundamentais a fim de se preservar a legitimidade do ordenamento jurídico. Para a solução da colisão de direitos fundamentais Alexy propõe a ponderação de bens que se apresenta dividida em três momentos distintos e de forma sucessiva e satisfatória. Deve-se verificar a adequação dos meios (se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público), a necessidade (onde a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis) e a proporcionalidade em sentido estrito (onde o intérprete deve questionar se o resultado alcançado é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva desta medida). A ponderação de bens proposta por Alexy não conduz a um único resultado correto possível, em contrapartida, não autoriza que se tome qualquer decisão de prevalência que não apresente uma racional fundamentação. Neste sentido, Alexy formula a lei da colisão, a lei da ponderação e o seu modelo jusfundamental de fundamentação.

Do exposto conclui-se que para a solução da colisão de direitos fundamentais, não bastam a subsunção às normas, aplicação das técnicas de interpretação e utilização de princípios de interpretação constitucional, exige-se também, a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação jusfundamental.

12 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, p. 120

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Versión castellana: Ernersto Garzón Valdés. Colección el derecho y la justicia. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. 10ª edição, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, **Direito Constitucional**, p. 508.

MORAES, Alexandre de. **Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 1ª ed., São Paulo, 1997. Coleção temas jurídicos 3.