

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Beatriz Vieira MUCHON¹
Guilherme Prado Bohac de HARO²

RESUMO: O escopo desta pesquisa consiste em demonstrar como ocorre o conflito entre direitos fundamentais situados em um mesmo patamar. No entanto, para ser possível compreender o tema, a preocupação reside em estabelecer conceitos primordiais, como o que são os direitos fundamentais, desvendar toda a discussão em torno de sua natureza jurídica, uma vez que não é fácil determiná-la com precisão, porém tal tarefa não pode ser desprezada por ser crucial para encontrar a forma de solucionar o confronto entre eles. Assim como discutir a diferença entre princípio e regra demonstrando a sua concomitante presença na Constituição Federal. Por fim, abordar a relatividade dos direitos fundamentais, sua heterogeneidade, a possibilidade de apenas descobrir sua essência diante de um caso concreto, através de interpretação, e ao definir que tipo de direito está em questão adequar qual critério se enquadra para solucionar eventual conflito, lembrando que a proporcionalidade não é a única forma de resolver um embate entre direitos fundamentais, mas a utilização de outros postulados normativos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Norma jurídica. Conflito. Postulados normativos.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo, antes de abordar o tema propriamente dito, demonstrou o panorama da discussão doutrinária pendente ao redor da terminologia utilizada para se referir aos direitos pertencentes a toda pessoa humana. Optou-se por utilizar a expressão “direitos fundamentais”, porquanto o cerne da questão reside solucionar conflitos entre direitos reconhecidos e positivados na Constituição Federal de 1988.

¹ Discente do 7º termo do curso de Direito das “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo” – Presidente Prudente/SP. Estagiária de Direito na Procuradoria Regional de Presidente Prudente/SP. E-mail: bia_muchon@hotmail.com

² Advogado e Professor. Atualmente é Professor de Direito Econômico e Empresarial das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Advogado integrante do Rufino Campos Advogados Associados. Além disso, dá aulas em Cursos Preparatórios para Concursos. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico e Empresarial. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-PR. E-mail: guilherme.pbh@hotmail.com

Superado o debate terminológico, objetivou definir os direitos fundamentais demonstrando as vertentes mais relevantes dispostas pela doutrina constitucional, evidenciando a dificuldade em conceituá-los, em razão de serem direitos instáveis e demasiadamente amplos, daí a grande discussão pelos autores, que os definiam de acordo com momento vivenciado, aspirações políticas e jurídicas vigentes em cada época.

Nesta toada, foram conceituados sem excluir nenhuma das vertentes, apenas completando-as e adequando-as com a atualidade, aproveitando o que havia de melhor em cada uma delas. Concepção que não goza de finitude, pois os desejos e necessidades humanas se modificam e renovam a cada dia, conforme as mudanças em sociedade.

Outro obstáculo vencido para a mais coerente apreciação do assunto foi quanto às elucidações sobre a natureza jurídica dos direitos fundamentais, partindo do pressuposto que uma acepção correta da real essência daqueles direitos influencia ao desvendar o critério a ser utilizado na solução de eventual conflito. Como todo aspecto que envolve este tipo de direito, foram esposadas as polêmicas e teses de defesa de cada doutrinador, evidenciando a hermenêutica como método crucial desta identificação.

Foi estritamente necessário tecer considerações sobre a distinção entre princípio e regra, em que se optou em adotar a teoria sistematizada por Humberto Ávila, em razão da lógica evidenciada, e por contestar coerentemente célebres teses da doutrina mais clássica, fazendo com que suas explanações fossem passíveis de ser aplicadas na prática, dispondo sobre métodos de resolver conflitos de direitos fundamentais enquanto regras ou princípios.

Por derradeiro, foi explorado o que é, de fato, a colisão de direitos fundamentais, como ocorre na prática, e utilizando todas as apreciações anteriores, expôs-se como se dá a identificação em uma lide, como o Estado-Juiz deve se portar diante de um conflito que envolve direitos tão relevantes, a necessidade de uma fundamentação mais consistente e, por fim, o meio correto de aplicação de cada um dos postulados normativos, a depender da situação, revelando a forma de solucionar o conflito, sem depreciar essa classe de direitos.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A primeira abordagem que se faz necessária para a construção da estrutura teórica do presente trabalho diz respeito aos Direitos Humanos Fundamentais. As premissas aqui alinhavadas não têm a pretensão de esgotar o tema, haja vista que a amplitude e complexidade do assunto demandariam vários volumes de pesquisa para ser devidamente esmiuçado.

O pretendido com as considerações sobre tais direitos é apenas o traçado de linhas norteadoras a um entendimento indispensável para a compreensão da matéria em epígrafe, do quão relevante é para a pessoa humana, para o ordenamento jurídico e em função da aplicabilidade nas relações cotidianas.

É cediço que não foi fácil ter o ser humano seus direitos básicos reconhecidos pelo Estado, pois o percurso para se alcançar não somente o reconhecimento, mas também a garantia estatal de tais direitos foi longo, lento e árduo.

Fruto de muitas lutas travadas contra o poder, demandando cerca de vinte e cinco séculos para ser assentado em uma Declaração Universal de Direitos Humanos, abarcando quase a unanimidade das nações, com o intuito de assegurar que toda pessoa teria igual dignidade e direitos, somente pelo fato de gozarem da mesma condição humana, segundo os ensinamentos de Comparato (1999, p. 12).

O primeiro aspecto que requer esclarecimento é sobre a ausência de homogeneidade terminológica na doutrina constitucionalista e direito positivado para designar os direitos inerentes à condição humana. Há muita polêmica e debate acerca do termo usado para se referir a tais direitos. Isto ocorre pelo fato de cada uma das expressões usadas pelos estudiosos ser resultado do momento em que se estava vivendo, das aspirações políticas e jurídicas predominantes em cada época.

Cumprido salientar que esta vastidão terminológica será exposta considerando apenas os principais termos, a fim de justificar opção adotada neste estudo. Tais como: “direitos individuais”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos naturais”, “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

As primeiras cinco expressões, hodiernamente, são consideradas antiquadas para representar os direitos essenciais aos seres humanos, pois não

nutrem mais correspondência com a evolução dos direitos fundamentais em sede de Estado Democrático de Direito e ainda, por estarem estritamente ligadas a conceitos restritos à ação estatal, liberdades primárias, sem englobar os direitos sociais, enfim, denotam uma definição empobrecida no tocante a dimensão alcançada pelos direitos fundamentais.

A partir destas ponderações é oportuna a diferenciação entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, que não devem ser confundidos apesar de gozarem de similitude. Sendo os dois termos mais relevantes e completos.

Direitos fundamentais também são direitos humanos, ora, seu titular é o ser humano, contudo, são assim denominados pelo fato de estarem positivados no corpo de texto de maior importância de um Estado, sendo por este reconhecidos e protegidos constitucionalmente.

No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem utilizou o termo “direitos humanos”, com sentido axiológico. Estimando, sobretudo, a condição humana dos indivíduos, desprezando a ordem jurídica de cada país. Ou seja, se utiliza “direitos humanos” em documentos de ordem internacional, que ostentam caráter supranacional.

Destarte, nesta pesquisa se valerá da expressão direitos fundamentais, tendo em conta que o será discutido é o conflito entre os direitos intrínsecos ao ser humano, garantido pela nossa Constituição Federal e as formas de solucioná-lo.

Superado o raciocínio sobre a terminologia empregada para alusão aos direitos imprescindíveis ao ser humano, serão tecidas reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais. Trata-se de uma definição multifacetária e, considerando a natureza daqueles, não é possível formar um conceito finito, isto porque as carências humanas não são limitadas, se desenvolvem com o passar do tempo em razão das mudanças no meio social, o que acarreta um pouco mais de dificuldade. Senão, veja.

Apesar de cada doutrinador expor os direitos fundamentais de acordo com a visão que detém, no momento em que está presenciando, não se pode entender que uma definição por ser restrita a determinado aspecto, ou incompleta, deve ser descartada, uma vez que elas podem se complementar entre si, tornando a elucidação mais coerente com o que de fato se pode enquadrar como direito fundamental.

Da perspectiva positivista extrai-se a concepção que os direitos fundamentais são todos os direitos considerados básicos a uma pessoa, positivados na ordem jurídica de um Estado, onde se reveste de validade a partir do momento em que é reconhecido pelo ente estatal.

Pela ótica jusnaturalista, se preza o que decorre de sua condição humana. Necessidades que estão intimamente relacionadas com a dignidade da pessoa humana, com conotação religiosa e que devem ser resplandecidas, respeitadas e garantidas, tanto pelo Direito quanto pela sociedade, sendo que aquele teria a função de declará-los e protegê-los.

Ante as exposições das diferentes vertentes, pode-se conceber, superficialmente, por direitos fundamentais, como sendo aqueles decorrentes da conquista do ser humano pela garantia, reconhecimento e posterior positivação de condições mínimas inseparáveis da pessoa humana, para que tenha uma vida digna. E que devem ser acatados e defendidos pelo Estado, a ponto de reservar lugar de destaque no corpo de texto de sua Lei Maior. São fundamentais também, os direitos que, embora não estejam positivados, são passíveis de dedução.

3 CONCEPÇÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante de todo o discorrido no tópico antecessor, é pacífico o entendimento de que tanto os direitos fundamentais quanto os assuntos que o circundam não são uma matéria tranquila a ser compreendida, pelas inúmeras ramificações e magnitude. Porém, para tornar este estudo suscetível de percepção é conveniente o debate acerca da natureza jurídica que permeia os direitos fundamentais. Até porque, será esta exposição essencial para encontrar uma solução em caso de colisão entre aqueles direitos.

A doutrina é vasta no que tange a discussões sobre qual é a essência de determinado instituto, e o é ainda mais, quando se trata sobre direitos supremos da pessoa humana. Limitar-se-á a abordagem das posições doutrinárias mais expoentes.

Os adeptos e defensores do direito natural acreditam que os direitos fundamentais decorrem da condição humana de cada indivíduo, do âmago humano, independentemente do reconhecimento do Estado, que apresentam as características da universalidade e atemporalidade. Não sendo, portanto, a positivação destes direitos, pelo ente estatal, pressuposto de validade jurídica, pois já são pretensamente válidos. Positivá-los seria apenas uma maneira de evitar ilegitimidades que possam atentar contra o Estado Democrático de Direito. Eis a concepção *Jusnaturalista*.

Ratifica estas considerações, J.J. Canotilho, (2002, p. 393-394), ao estabelecer que “os direitos naturais, como o nome indica, eram inerentes ao indivíduo e anteriores a qualquer contrato social”. Enfim, é a natureza humana que os fundamenta, atribuindo-lhes característica universal, a todo e qualquer indivíduo, independente de sua nação.

No entanto, o Estado tem o dever de sedimentar em seu ordenamento jurídico direitos que antecederam a sua própria criação, tão intrínsecos ao ser humano, pela prioridade e superioridade que ostentam.

Os direitos fundamentais foram concebidos por alguns doutrinadores sob o enfoque ético. Corrente que os defende como direitos morais, representada por Carlos Santiago Nino, em sua obra *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Teoria fundamentada na ideia que aqueles direitos antecedem às normas são valores maiores e que o cerne dos direitos morais são os direitos fundamentais, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

Tem como outro argumento que os direitos morais são estabelecidos sobre dois pilares, o ético e jurídico, ou seja, valores humanos reconhecidos pelo Direito, sendo fundamentais todos os valores que contém íntima ligação com a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, Eusébio Fernandez corrobora, (1984, p. 108):

[...] Desta forma, somente os direitos morais, ou seja, os direitos que tem mais a ver intrinsecamente com a idéia de dignidade humana, podem ser considerados como direitos humanos fundamentais. O substantivo “direitos” expressa a idéia de que os direitos humanos estão entre as exigências éticas dos direitos positivos, mas também, a necessidade e pretensão de que, para sua “autentica realização”, os direitos humanos estejam incorporados no ordenamento jurídico. [...]

A crítica a esta teoria sustenta que há uma incongruência ao inserir na legalidade direitos extrajurídicos, como ética, moral justiça, pois estes já possuem respaldo perante a sociedade.

Há, ainda, quem entenda que os direitos fundamentais são princípios, externos à ordem jurídica constitucional. Porém, é necessária uma indagação para constatar a veracidade desta teoria. O que é um princípio? Celso Antônio Bandeira de Mello discorre com propriedade o assunto em tela. Assim os define (1999, p. 67):

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce deste, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas comparando-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo [...]

Pela análise do conceito de princípio é possível compreender que conceber direitos fundamentais como sendo exclusivamente princípios é inadequado, uma vez que, tais direitos não podem ser reduzidos a uma mera expressão de valor, pelo fato da Constituição os ter estabelecidos como normas-jurídicas, com aplicabilidade imediata. Não pertencem mais ao âmbito do ser, mas do dever ser.

A mera leitura dos direitos fundamentais constantes na Constituição já permite identificar que há condutas a serem seguidas pelos seus destinatários, a fim de preservar os valores supremos a um Estado Democrático de Direito. Entretanto, também não pode ser descartado o fato de haver uma real semelhança entre os princípios jurídicos e os direitos fundamentais, pois ambos exprimem a predominância de valores. Daí a corrente confusão entre os institutos.

Foi pela concretização de valores que os direitos fundamentais exprimem, até porque é esta a sua essência, que conferiu àqueles um maior grau de abstração e generalidade, afastando somente neste aspecto, seu caráter de norma jurídica.

Por todos estes argumentos esta teoria se vê rechaçada.

Outra concepção acerca dos direitos fundamentais é a que os considera como direitos subjetivos. Consiste o direito subjetivo aquele garantido a todo indivíduo, que dele não se permite retirar, cujo escopo é proteção e defesa de seus direitos de natureza material ou imaterial, mas que ainda assim, confere

deveres a serem respeitados perante as interposições estatais. Ou seja, é a defesa de seus direitos de acordo com as permissões das normas jurídicas.

O direito subjetivo, *stricto sensu*, é composto pelo sujeito, objeto, relação jurídica e proteção-coação, conforme nos ensina De Plácido e Silva (2002, p. 277), sendo o primeiro elemento, a pessoa, titular do direito; o segundo, a coisa na qual recai o direito pertencente ao titular; o terceiro consiste no liame existente entre o sujeito de direito e o objeto; e por fim, o quarto elemento é a garantia de força que sustenta a relação jurídica.

Há na doutrina, defensores da relação entre os direitos fundamentais e direitos subjetivos, sob o argumento de que são direitos passíveis de serem impostos contra o destinatário do direito, fazendo valer judicialmente, ou seja, imposição judicial para serem garantidos.

Gilmar Ferreira Mendes, verdadeira referência em matéria de Direito Constitucional, confere aos direitos fundamentais o seguinte conceito, (1999, p.36):

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Porém, o fundamento desta vertente não prevalece, pelo motivo de não ser correto reduzir o conteúdo dos direitos fundamentais a uma liberdade individual uniforme, já que são portadores de uma carga jurídica complexa, não unívoca. Enfim, direitos fundamentais englobam tanto os direitos de liberdade como pretensões e poderes, além dos direitos sociais.

De outra banda, é preciso ser esclarecido que, de fato, os direitos fundamentais são normas constitucionais positivadas, mas esta definição apesar de correta é genérica, ou seja, tratar aqueles direitos como normas constitucionais positivadas é um acerto, mas o que deve ser considerado é que “normas jurídicas” é gênero, do qual se derivam regras e princípios, suas espécies.

Observando tais considerações, outro aspecto que requer contemplações é que os direitos fundamentais constantes na Constituição Federal não denotam natureza jurídica específica, alguns se perfazem em regras, outros em

princípios, conforme nos ensinou Dworkin e Alexy, que encabeçaram e concretizaram esta diferenciação. Demandará uma análise no caso concreto, para se identificar qual a natureza jurídica do direito em questão, mediante interpretação, hipótese em que será possível a sua constatação exata.

Tem-se, como exemplo, para verificar a duplicidade da natureza jurídica dos direitos fundamentais constantes na Carta Magna é ao examinar a dignidade da pessoa humana, princípio que, acima de tudo, é o fundamento de todo o ordenamento jurídico pátrio, presente do artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Por sua vez no artigo 5º, inciso LI, do texto Maior a regra que estabelece a não extradição (que uns entendem como princípio da não extradição). Ou seja, é notório que no Texto Maior se encontra alguns direitos fundamentais sob a forma de regras e outros sob a de princípio.

Conforme se demonstrou neste tópico há muitas opiniões sobre qual é natureza jurídica dos direitos fundamentais, mas na verdade é apenas a hermenêutica capaz de definir precisamente a essência do direito em testilha.

4 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais são normas jurídicas, uma vez que estão na seara do *dever ser*, e deste gênero derivam os princípios e regras, a depender de interpretação do texto constitucional para designar especificamente a natureza da norma analisada, é imperiosa a necessidade de estabelecer a diferença entre as espécies supra mencionadas, até pelo fato, desta premissa ser primordial para a solução de eventual conflito entre direitos fundamentais.

A doutrina mais recente discute a distinção à luz de variados critérios, ou seja, demonstra através de diversas óticas os pontos que diferenciam os princípios e as regras, assim como a generalidade, aplicabilidade, graus de abstração, etc. Parâmetros capitaneados principalmente pelos doutrinadores Robert Alexy e Ronald Dworkin. Todavia, tornar-se-á como norte para este estudo os ensinamentos de Humberto Ávila, por ter uma teoria mais completa e coerente neste assunto.

Ao estabelecer critérios para a demonstração das diferenças entre princípios e regras nas mais variadas vertentes, Ávila em sua obra “TEORIA DOS PRINCÍPIOS da definição á aplicação dos princípios jurídicos” toma por base os critérios clássicos trazidos pela doutrina, a fim de demonstrar em cada um deles a razão da sua não perpetuação.

O autor rebate a concepção pautada no grau de generalidade e abstração, bem como a que considera o modo final de aplicação e modo de solução de antinomias, argumentos que fundamentam a clássica diferenciação conhecida por: “fraca” e “forte”, respectivamente. O argumento utilizado pelo doutrinador é que a incoerência de tal diferenciação reside na inconsistência semântica e sintática. Isto significa que define princípio alegando seu maior grau de generalidade e abstração, ao ponto que regra é mais específica (semântica). E quanto à sintática, seria a aplicação de princípio tendo em vista sua maior subjetividade que a regra.

No tocante a distinção “forte”, sustentada por Alexy e Dworkin, que detém como parâmetros o modo final de aplicação - ponderação ou subsunção-, e maneira de solução de antinomias, Ávila entende que no momento em que a regra será aplicada também é necessária ponderação, mesmo sendo mais restrita, este método não é propriamente destinado a aplicação de princípios. Já a forma de solução de antinomias, a discordância se dá pela percepção de que mesmo em situação de conflito entre regras, não há uma inevitável exclusão de uma com relação à outra.

Outro critério usado pelo doutrinador é relacionado à eficácia que os princípios e as regras pertencem. Defende que aqueles possuem eficácia interna (interior do sistema normativo) e externa (emissão de efeitos na apreciação de fatos e provas). A eficácia interna é desdobrada em direta, que é declinação de um princípio imediatamente sobre outras normas, ou indireta, que á a atuação de um princípio conjuntamente com outro(s) princípio(s) ou regra(s), visando exercer uma função definitória, ou seja, delimitar comando mais ampliador de um sobreprincípio. Ou função interpretativa, iluminando o sentido das normas. Ou ainda, função bloqueadora, banindo elementos que não condizem com o estado ideal a ser promovido.

As regras também desfrutam de eficácia interna e externa. Contudo, a primeira é caracterizada pela sua carga mais decisiva, resolvendo um conflito provisoriamente, bem como definitória, por estabelecer e limitar comportamentos.

Cumpra-se destacar o fato que para superar a violação de uma regra demanda uma argumentação muito mais consistente, pelo seu grau de restrição. Com referência à eficácia externa, ramifica-se em eficácia seletiva, determina condutas ou competências, e argumentativa, descartando o uso da ponderação de razões. A eficácia bloqueadora veda a interpretação livre.

As regras são mais precisas, certas, restritas, são limitadores da discricionariedade. Tanto é verídico que o sistema brasileiro é amparado pela legalidade, em que é vedada a restrição de direitos senão mediante regras descritivas, mormente na seara penal. Garantem três valores, quais sejam: a igualdade, a paz e a segurança. Uma vez que ao efetuar soluções gerais, ou seja, sem casuísmo, geram a igualdade. Não havendo prevalência de interesses, pois seus parâmetros são gerais, origina a paz. E mais, suscita a segurança ao desestimular as pessoas a atuarem em casos que não possuem conhecimento técnico, preservando a eficiência das decisões. Tem por finalidade mediata a aplicação de um princípio sobrejacente.

Isto posto, é importante frisar que Ávila não exclui a hipótese de superação de uma regra, mas para que seja possível esta “façanha”, alguns requisitos devem ser observados. Caberá superação da regra quando o não efetuar da conduta por ela descrita, não inviabilizar a finalidade que se justificava. Sobrelevar uma regra não pode prejudicar valorativamente o benefício almejado, muito menos afetar a promoção da justiça. Mas os requisitos, propriamente ditos, são a necessidade de argumentação consistente, demonstrando nitidamente a razão da superação. Bem como, justificar os motivos da incompatibilidade da regra atinente à hipótese da regra e finalidade subjacente. Por fim, comprovar a indefinição, arbitrariedade ocasionados pelo o embate.

Com relação aos princípios dispõe sobre algumas etapas que devem ser aferidas para delimitar as condutas aptas a serem adotadas para que seja realizado o estado de coisas ideal. Como a máxima delimitação do fim almejado. Buscar em casos paradigmáticos, elementos que sirvam de subsídios para se estabelecer quais condutas são realmente necessárias para se alcançar o estado ideal de coisas. Identificar problemas e valores em casos semelhantes para construir grupo de casos que estão perseguindo a solução para o mesmo problema nuclear. Limitação de quais critérios são adequados para definir os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas, assim como os comportamentos para realizá-lo.

Finalmente, testar a consistência e crítica do estado de coisas e comportamentos que foram identificados.

Em atenção à “força normativa dos princípios”, Ávila rebate o posicionamento adotado por Alexy e Dworkin, pois entende que os princípios não são definidos essencialmente por possuir eficácia *prima face*, ou seja, não é uma característica inerente àqueles. Sendo equivocada a percepção de que sua aplicação se dá mediante o critério da ponderação (sopesamento de razões). Isto seria apenas elemento contingente deles.

Ponderação é útil para a aplicação da norma jurídica em sentido amplo. Outro argumento é de que ao ponderar se partiria do pressuposto de que os princípios em questão estão em um mesmo plano (horizontal), mas na realidade há princípios que estão em um nível superior, como no caso da dignidade da pessoa, que é um sobreprincípio. Ou até mesmo, pela própria natureza do princípio, fundamental, que não são passíveis de afastamento no caso concreto. Portanto, pode-se considerar a ponderação como um contingente dos princípios.

Para maiores esclarecimentos, seguem os conceitos de regras e princípios, por Humberto Ávila, (2012, p. 193):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

É elementar que fique perfeitamente esclarecido que a partir da correta diferenciação há um parâmetro para que se solucione da forma mais coerente e menos onerosa possível um confronto de direitos fundamentais, pois estes não se findam na teoria, podendo se colidir ao serem exercidos, gerando assim segurança jurídica aos envolvidos.

5 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pela dinamicidade da vida em sociedade dos dias atuais é cada vez mais corrente o fato de um direito fundamental confrontar com outro, de mesmo plano, em casos concretos. Isto se dá pelo aumento de sujeitos exercendo seus direitos essenciais garantidos e elencados constitucionalmente.

A Teoria Absoluta considera que os direitos fundamentais são um todo em si mesmo, ou seja, que se aplicam de modo isolado, podendo apenas concorrer com outro direito de igual natureza, mas nunca excluí-lo. Porém esta teoria não se sustenta mais nos dias hodiernos, pois nenhum direito, mesmo que fundamental, é considerado absoluto no ordenamento brasileiro. São na verdade relativos, em que demandam uma dissecação no caso concreto com o fito de identificar qual direito deve ser “diminuído” para que outro prevaleça, logicamente, de acordo com a relevância de cada um na situação fática e da forma menos onerosa possível.

Edilson Pereira de Farias conceitua a colisão de direitos fundamentais, de maneira geral, (1996, p. 93), como:

Os direitos fundamentais são direitos heterogêneos, como evidencia a tipologia enunciada. Por outro lado, o conteúdo dos direitos fundamentais é, muitas vezes, aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais (ou seja, posições jurídicas subjetivas fundamentais *prima facie*). Resulta, então, que é freqüente, na prática, o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal fenômeno é o que a doutrina tecnicamente designa de colisão de direitos fundamentais.

Por vezes, o conteúdo do direito fundamental em questão, somente é identificável no caso concreto, dada a amplitude e variabilidade que comporta. Essas ocorrências geralmente deságuam no Poder Judiciário para que defina a maneira como deve ser resolvido o embate entre aqueles direitos.

Como salientado adotou-se no presente estudo as preconizações defendidas por Humberto Ávila, e mantendo a linha de raciocínio, elege-se a sua posição doutrinária como mais coerente para a solução do conflito entre direitos, até para que não se caia na comum e inapropriada conclusão de que, colidindo-se direitos fundamentais o método unicamente adequado para solucioná-lo é a ponderação.

Veja, o intérprete, reconhecendo que os direitos fundamentais confrontantes são princípios ou, excepcionalmente, regras, pode-se valer de

postulados normativos para aventar a solução mais adequada para o fato concreto. Para melhor compreensão do que se pretende defender, expor-se-á o conceito de tal instituto por Humberto Ávila, (2012, p. 135):

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobre-normas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo). Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito.

Do conceito se extrai a conclusão de que os postulados normativos têm por funções elementares a organização, estruturação e viabilização da aplicação das demais normas, princípios e regras.

São alguns dos postulados normativos específicos a proporcionalidade, a igualdade, a proibição da proteção deficiente, a razoabilidade, bem como a proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação (sopesamento de bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões).

Alguns postulados não exigem a atribuição de critérios para serem aplicados, como é o caso da ponderação de bens, que os valora em conflito sem remeter a pontos de vista materiais guiando a um contrabalanço daqueles. A proibição de excesso também se insere neste rol, por vedar qualquer restrição aos direitos fundamentais que tolha sua eficácia mínima.

No tocante à razoabilidade também é aplicável sem ter que aferir os critérios, desde que haja liame entre as normas gerais e a peculiaridade do conflito, juntamente com o vínculo entre os objetivos abstratos da norma jurídica, para que os meios dispostos por ela sejam suficientes para realizar qualquer ato jurídico ou se o

meio adotado tenha correspondência com o fim aspirado. Requer equivalência entre os direitos, ou seja, que pertençam ao mesmo patamar constitucional.

Já a proporcionalidade para ser aplicada legitimamente como um postulado há alguns critérios que requerem aferição, são três submáximas a serem observadas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro se perfaz quando é a limitação que será imposta a norma seja apta e congruente com a finalidade almejada. E se for hipótese de atos jurídicos gerais deve ser realizada previamente, em abstrato. Quanto à necessidade atribuída em casos em que se verifica ausência de meios paralelos, com capacidade de onerar, limitar minimamente os direitos em confronto, alcançando a mesma eficácia. Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação propriamente dita, que significa dizer que deverá haver um sopesamento entre a restrição compelida aos direitos fundamentais e o fim a ser promovido, ou seja, será um meio proporcional quando a relevância do fim que se busca fundamenta a restrição adotada.

O magistrado demonstra que correspondeu a todos esses critérios na argumentação, que deve ser consistente, detalhada, transparente. Insta salientar, que não é correto utilizar a proporcionalidade como “remédio genérico” destinado a curar toda e qualquer patologia, já que é imprescindível a constatação do tipo de direito fundamental que está em conflito, identificando se é caso de resolvê-lo mediante a aplicação da proporcionalidade ou os outros postulados normativos. Solucionando, enfim, a questão.

6 CONCLUSÃO

Todo assunto que circunda direitos fundamentais é intrigante, acima de tudo pelo fato de se estar tratando de pessoas, ou seja, direitos que a elas pertencem e que devem ser preservados, pois foram frutos de suas lutas. Outro argumento da necessidade de protegê-los é por estarem inseridos na Constituição Federal, que precisa ser mantida coesa mesmo diante de um conflito de tais direitos na situação fática.

Determinar uma maneira de solucionar um embate entre direitos dessa categoria é essencial no cotidiano de um aplicador do Direito, pois pode se deparar com um problema complicado que requeira todo o saber jurídico para fazer a verdadeira Justiça.

Ao concluir que os direitos fundamentais fazem parte do gênero “normas jurídicas” constitucionalmente reconhecidas, e que podem se perfazer sob espécie de regra ou princípio, tem-se o primeiro ingrediente necessário para que seja feita uma correta interpretação na prática.

Verificou-se que, em sendo regras, por seu conteúdo materializar-se de forma imediatamente descritiva, demandará uma argumentação mais complexa por parte do Estado-Juiz, observando qual das regras em questão ao ser superada não afetará a promoção do que é justo, causará menos prejuízo do que benefício, e que sua aplicação implementará um princípio sobrejacente, excluindo hipótese de insegurança jurídica.

Contudo, constatando ser um princípio, por não especificar o tipo de conduta a ser seguida para a realização do estado ideal de coisas, é equivocado sempre tentar resolver o confronto entre princípios somente através de ponderação, que é a proporcionalidade em sentido estrito, isto porque aquela é apenas uma das saídas que podem ser utilizadas, não a única.

Para resolver um conflito entre princípios fundamentais, não é conveniente afirmar que um deve prevalecer sobre o outro, mas sopesar cuidadosamente entre os princípios qual deles é realmente apto a realizar o fim almejado, se há algum caso semelhante que pode ser tomado como parâmetro na decisão, e quanto aos bens jurídicos envolvidos, qual deles é nuclear para efetuar o estado ideal de coisas. Aplicando assim um postulado normativo.

Cada postulado normativo tem uma peculiaridade que precisa ser respeitada, dando suporte à argumentação jurídica do operador do Direito, evidenciando que foi o postulado capaz de, mesmo que perante à relativização de um direito, ser mais eficaz e menos oneroso às partes.

Enfim, a solução de uma colisão entre direitos fundamentais não é fácil de ser resolvida, requer interpretação, balanceamento dos pesos envolvidos, argumentação transparente, análise detalhada do tipo de direito que está em tela, utilização de critérios em cada um dos casos, que precisam ser considerados individualmente, com peculiaridades inerentes e que fazem toda a diferença ao

desvendar a solução. Mantendo a coerência da Carta Magna e, ainda mais, proporcionando lúdima Justiça entre os sujeitos de direito.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 15. ed.; São Paulo: Verbatim, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed.; São Paulo: Malheiros, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed.; Coimbra: Almedina, 2002.

CAVALCANTE, João Trindade Filho. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 25 abril 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 1. ed.; São Paulo: Saraiva, 1999.

DORNELAS, Henrique Lopes. **A questão da fundamentação dos direitos humanos**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 6, n. 2003. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3982&revista_caderno=9. Acesso em: 27 abril. 2014.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 1. Ed.; Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERNANDEZ, Eusébio. **Teoria de La Justicia y Derechos Humanos**. 1.ed; Madrid: Editorial Debate, 1984.

GIUSTI, Daiane. **A evolução dos direitos fundamentais no Brasil**. Chapecó- SC. 2012. Disponível em: <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2014/01/Daiane-Guisti.pdf>. Acesso em 24 abril 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed.; São Paulo: Malheiros, 1995-1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed.; São Paulo: Celso Bastos, 1999.

PACHECO, Eliana Descovi. **Colisão entre direitos fundamentais e formas de solucionar a questão juridicamente**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 10, n. 43, 2007. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4228>. Acesso em 20 abril 2014.

PAUL. Ana Carolina Lobo Gluck. **Colisão entre direitos fundamentais**. Belém- PA. 2006. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15159-15160-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 abril 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. 2. ed.; Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 19. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VERAS, Maria do Livramento Coutinho. **NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS: Análise do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos**. 2010. Disponível em: http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume9/arquivos_pdf/sumario/Maria%20CoCoutin.pdf. Acesso em: 27 abril 2014.

