

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

JOSIANE MARIA DA SILVA

**APLICAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTAÇÃO
NA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Curitiba
2014

JOSIANE MARIA DA SILVA

**APLICAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTAÇÃO
NA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Murilo Gasparini Moreno

Curitiba
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

JOSIANE MARIA DA SILVA

APLICAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTAÇÃO NA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Murilo Gasparini Moreno

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2014.

DEDICATÓRIA

A todos aqueles valorizam as contribuições das reflexões produzidas no universo jurídico, uma expansão não apenas de nossas percepções e maneira de pensar, mas também de nossos valores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por tudo! Meu refúgio e força, a resposta para os meus problemas, que me iluminou, me sempre me ajuda a não desistir diante das barreiras;

Aos meus pais Antonio e Benedita, pelo amor, e por terem forjado meu caráter, pela referência de dignidade, honradez que sempre representaram. Sempre me guiaram pelos caminhos corretos, ensinaram a fazer melhores escolhas, mostrando que a honestidade e o respeito são essenciais à vida, a eles devo a pessoa que me tornei, e considero mais que precioso, mormente nos tempos em que vivemos. Sou extremamente feliz e tenho muito orgulho por chamá-los de pai e mãe;

A Juliane, minha amada irmã, pela atenção e afeto incondicionais, pelo permanente incentivo e estímulo nesta minha caminhada, pelo exemplo de superação de dificuldades, e por ter se transformado em fonte de referência de força e disposição, e, se não bastasse tudo isso, pela mulher guerreira em que se transformou. Pelo Vinícius. Diferentes, por isso, nos completamos. Eu te amo!

Meus agradecimentos especiais ao mestre Dr. Murilo Gasparini Moreno por ter aceitado a incumbência, pelo bom senso e firmeza nas decisões que propiciaram a finalização nos moldes programados, pelo incentivo, pela confiança, pela primorosa orientação recebida ao longo da elaboração deste presente trabalho; por abrilhantar meus conhecimentos, deixando um pouco de si em cada lição que pacientemente ensinava, pela atenção, pela prontidão, por estar sempre disposto a ouvir e ajudar, por acreditar em minha capacidade, que assim contribuiu para o meu crescimento;

A minha família e a todos os meus amigos, pelo apoio e carinho em todos os momentos;

A todos, meu carinho. Muito obrigada.

“Somos o país do ‘elevador de serviço’ para pobres e pretos; do ‘sabe com quem está falando’; dos quartos de empregada sem ventilação, do tamanho de armários nos apartamentos da classe média; reprodução contemporânea do espírito da ‘casa grande e senzala’”.

Daniel Sarmiento, no livro “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”.

*“Eu quisera ver o mundo
como o vê Sérgio Bernardo:
ver, no mundo, os muitos signos
que vigiam sobre as coisas.
Sentir, sob a forma, as formas,
os segredos da matéria,
mais a textura dos sonhos
de que se forma o real.
Ver a vida em plenitude
e em seu mistério mais alto;
decifrar a linha, a sombra,
a mensagem não ouvida
mas que palpita na Terra
Eu quisera ter os olhos
que assim penetram i arcano
e o tornam (poder da imagem)
um conhecimento humano”*

*Carlos Drummond de Andrade
(1998, p. 56-57)*

SUMÁRIO

SUMÁRIO	7
INTRODUÇÃO	15
2 NOÇÕES GERAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
2.1 CONCEITO	17
2.2 GERAÇÕES (DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
2.2.1 Primeira Geração (Dimensão) – Direitos Individuais	20
2.2.2 Segunda Geração (Dimensão) – Direitos Sociais	21
2.2.3 Terceira Geração (Dimensão) – Direitos ou Interesses Transindividuais.....	22
2.2.4 Quarta Geração (Dimensão) – Existência do ser humano	23
2.2.5 Quinta Geração (Dimensão) – Cibernética e Informática – e à Paz.....	24
2.2.5 Sexta Geração (Dimensão) - Direito à Democracia, à Informação e ao Pluralismo.....	25
2.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	26
2.3.1 Historicidade.....	30
2.3.2 Universalidade.....	31
2.3.3 Limitabilidade	32
2.3.4 Concorrência	32
2.3.5 Irrenunciabilidade	33
2.3.6 Inalienabilidade	33
2.3.7 Imprescritibilidade.....	34
2.4 PERSPECTIVAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS.....	34
3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	37
3.1 CONCORRÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	41
3.2 ESPÉCIES DE COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	42
3.2.1 Colisões de Direito Fundamental em Sentido Estrito	43
3.2.2 Colisões de Direito Fundamental em Sentido Amplo	44
3.3 A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	44

3.3.1 A Interpretação Constitucional e seus Princípios Específicos	47
3.3.2 Princípio da Proteção do Núcleo Essencial.....	50
3.3.3 Princípio da Proibição de Abuso de Direito Fundamental	51
3.3.4 A Busca e o Discernimento para a Solução de Colisões de Direito Fundamentais.....	52
4 A REGRA DA PROPORCIONALIDADE	54
4.1 CONCEITO	56
4.1.1 Adequação	56
4.1.2 Necessidade.....	57
4.1.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito (Ponderação).....	58
4.1.3.1 Técnica para ponderação (proporcionalidade em sentido estrito).....	58
4.1.3.2 Concordância prática ou harmonização	60
4.1.3.3 Sopesamento de Valores	62
4.2 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E ISONOMIA.....	64
4.3 PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	66
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS.....	73

RESUMO

A doutrina descreve que os Direitos Fundamentais são aqueles considerados essenciais à existência humana, contudo, uma das características dos Direitos Fundamentais é a limitabilidade, entendendo-se que nenhum direito fundamental é absoluto. Assim, pode ocorrer a tensão de princípios. Isso ocorre devido ao fato de se estar diante de uma colisão entre princípios, esta não pode ser solucionada da mesma forma que os conflitos de regras. Essa atividade é denominada proporcionalidade. De acordo com os ditames da regra da proporcionalidade e os seus três elementos constitutivos, o interprete objetivando por fim ao litígio, deve buscar a harmonização dos princípios colidentes, ou seja, é através dele que se investiga se a intervenção num dos Direitos Fundamentais colidentes é justificada pela satisfação do outro. Trata-se sinteticamente sobre a interpretação e aplicação das normas, através de critérios da proporcionalidade. Verificando-se o meio escolhido é adequado para atingir a finalidade, e ao mesmo tempo, à necessidade, se o meio selecionado foi o mais suave e suficiente para proteger a norma constitucional, por fim, se o benefício alcançado trará mais vantagens que desvantagens. No qual, se coloca todos os interesses em jogo, e com o fim de encontrar uma solução, constitucionalmente adequada, com base numa argumentação coerente, consistente e convincente.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Colisão entre princípios. Regra da Proporcionalidade. Harmonização.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho sob o título “Aplicação da Regra da Proporcionalidade como Fundamentação na Colisão dos Direitos Fundamentais” tem como motivo temático o estudo, a compreensão e a correlação entre os Direitos Fundamentais que se colidem.

Em situações na qual o operador do direito encontra-se diante de um conflito real de direitos fundamentais, em que as premissas básicas da hermenêutica tradicional, e os critérios de antinomias, não servem para solucionar o conflito ora previstos. Assim, surge a necessidade de adequar outras técnicas, da teoria jurídica à nova realidade constitucional, juntamente, com o dever de fundamentar e aplicar os princípios de interpretação. Afinal, a sentença judicial jamais deixará de ser um sentimento de fazer justiça, portanto, há um dever especial de aumentar a carga argumentativa das decisões judiciais.

Desta forma, o objetivo geral será de identificar e demonstrar o método utilizado para solução de conflitos com consequências jurídicas opostas, em relação às normas com o mesmo grau de hierarquia, que foram publicadas ao mesmo tempo e com o mesmo grau de abstração. Por sua vez, é nesse ponto que entra em cena o mais importante princípio de interpretação dos direitos fundamentais, que é o princípio da proporcionalidade. No geral, verificar-se-á os subsídios que indiquem a Regra da Proporcionalidade como método para análise das colisões.

Deste modo, os objetivos específicos a examinar como se depreenderá futuramente, serão de extrair noções gerais da teoria dos direitos e garantias fundamentais; evidenciar os métodos e princípios de interpretação Constitucional sob a ótica da hermenêutica; os critérios de diferenciação de regras e princípio; apresentar os entendimentos doutrinários sobre as características dos direitos fundamentais; por fim, com impossibilidade de se chegar a objetividade plena dos interesses relevante em jogo, avaliar-se-á a regra da proporcionalidade como instrumento de dissolução de colisão e restrições de Direitos Fundamentais.

Para a obtenção dos objetivos delineados, foi empregado o método dedutivo, procurando amparo em fontes doutrinárias e jurisprudenciais, utilizando-se como base ao tema em comento, o especial destaque à Constituição Federativa do Brasil,

para exposição do desenvolvimento da pesquisa, ao longo do texto ou em notas de rodapé.

Acrescenta-se ainda, que a presente pesquisa está adaptada, em seu aspecto formal, às Normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas e a metodologia contida no manual de orientação da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP.

Adentrando-se ao deslinde do tema, optou-se por dividir este trabalho em três capítulos, qual sejam, as noções gerais dos direitos fundamentais, a colisão dos direitos fundamentais e por fim a regra da proporcionalidade. Por sua vez, foram subdivididos em diversos itens e subitens, abrigando de maneira didática os principais assuntos que servem de subsídios para uma sólida compreensão do tema.

No capítulo inaugural, é dedicado à figura dos Direitos Fundamentais em suas principais peculiaridades, tratando inicialmente, conceituar e classificar tais direitos, em seguida, descrever suas características, bem como, suas dimensões de direito e sua estrutura das normas de direito fundamental, finalizando com exposição da dupla perspectiva dos direitos fundamentais para, posteriormente, cuidar de outros aspectos relevantes ao desenvolvimento do trabalho.

No segundo capítulo, realizar-se-á um estudo sobre o tema “Colisão de Direitos Fundamentais”, a fim de demonstrar o que significa, procurando deixar bem claro os limites de sua abordagem, fazendo uma demarcação terminológica, suas espécies, por fim, o papel dos princípios de interpretação.

No terceiro capítulo, passar-se-á a estudar a questão principal do presente trabalho, que é a regra da proporcionalidade, explanando-se este instrumento potente para análise da razoabilidade e da justiça das leis. Integrando a pretensão deste trabalho, investigar alguns exemplos baseados em doutrinas e jurisprudências, embora superficialmente, importando tão somente, à regra da proporcionalidade como critério e método para conseguir solucionar as colisões surgidas. Por fim, ilustrar a maneira como se dá à sua aplicação diante do caso em concreto.

Por derradeiro, nas considerações finais, condensa-se o que foi inferido de cada assunto trazido à baila, buscando oferecer, de forma sintética o entendimento da matéria.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste tópico se apresentará os principais aspectos no que se concerne aos direitos fundamentais, para que assim compreender a questão principal do presente trabalho.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é repleta de dispositivos que evidenciam a importância dada pelo constituinte à tutela dos Direitos Fundamentais, neste enfoque, a primeira observação recai sobre o preâmbulo, no qual anuncia um novo Estado¹. Aliás, apresenta os objetivos do Estado Brasileiro, qual seja a promoção desses direitos, tanto no âmbito nacional como internacional.

Em seguida, o Título I da Constituição, composto dos artigos 1º ao 4º, versa sobre os princípios fundamentais do Estado brasileiro.

Oportuno se dizer que, o artigo 1º, ao eleger a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, revela o fundamento e a essência do próprio direito. Assim sendo, é servir ao homem para que ele tenha uma vida digna, em que, a dignidade da pessoa humana configura como valor supremo, uma vez que é atributo de todo ser humano, independentemente de raça, sexo, idade, religião, classe social, opção política ou filosófica, nacionalidade. (LIMA, 2011, p.23)

Também de suma importância, o artigo 1º expõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, por sua vez, legitima-se nos seguintes princípios: princípio da constitucionalidade; princípio democrático; princípio da igualdade; princípio da legalidade; princípio da segurança pública; princípio da justiça social; princípio da separação dos poderes; todos os princípios que fundamentam o sistema de proteção dos direitos fundamentais, que compreende os individuais, os coletivos, os sociais, os culturais, os econômicos e os difusos. (SILVA, 2008, p. 122)

¹ Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 2014b, p.07)

A cidadania também como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro, pressupõe o gozo dos direitos fundamentais. Desta forma, é ter direito à vida, liberdade, igualdade, propriedade, direitos civis, exercer direitos políticos (ao participar da vida política do Estado), ter direitos sociais garantidos (direito à educação, à saúde, ao trabalho digno, benefícios da seguridade social), dentre outros, porquanto são eles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva. Ainda, se faz mais completa, com a garantia dos direitos da fraternidade (daqueles que protegem o homem como ser pertencente à humanidade), enfim, ter todos esses direitos reconhecidos, para cumprir com seus deveres e obrigação, e com isso, ter garantidos os seus direitos, sejam os da liberdade, da igualdade, da fraternidade, o que pressupõe a garantia de uma vida digna. (LIMA, 2011, p.25)

Por seu turno, o artigo 3º revela que constituem objetivos fundamentais do Estado brasileiro, constituir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por sua vez, o artigo 4º, trata das relações internacionais, estabelecendo que a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 em seu Título II é dedicado aos direitos e garantias fundamentais (artigos 5º a 17), classificados em cinco espécies: direitos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Os direitos sociais têm por escopo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à efetivação da igualdade social (material e substancial). Encontram-se no artigo 6º e seguintes da Constituição Federal, bem como em diversas outras normas da Constituição Federal como artigo 201² no que diz ao direito a previdência e o artigo 196³ ao direito a saúde. (PAULO, 2009, p.19)

² Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos

Os direitos de nacionalidade (artigo 12 da Constituição Federal⁴) se preocupam com a junção jurídico-político que liga um sujeito a um determinado Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de determinados deveres. (MAIA, 2004, p. 62)

Os direitos políticos (artigo 14 da Constituição Federal⁵) preocupam-se com as formas de desempenho da soberania popular, com a finalidade de permitir ao indivíduo o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, conferindo-lhe os atributos da cidadania. (MAIA, 2004, p.62)

Os direitos à existência, organização e participação em partidos políticos (artigo 17 da Constituição Federal⁶), disciplinam os partidos políticos com os instrumentos indispensáveis a salvaguardar o Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para solidificar o sistema representativo. (MAIA, 2004, p. 62)

Contudo, Marcelo Novelino, frisa a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. Em que o primeiro, para designar os que se encontram consagrados

segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. [...] (BRASIL, 2014b, p.66)

³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 2014b, p.64)

⁴ Art. 12. São brasileiros:

I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. [...] (BRASIL, 2014b, p.12)

⁵ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. [...] (BRASIL, 2014b, p.13)

⁶ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. [...] (BRASIL, 2014b, p.14)

nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), ao passo que o segundo, faz referência aos direitos positivados na Constituição Federal. (2009, p.360)

A título de esclarecimento importante se atentar, que na doutrina mais abalizada, se extrai o fato de que há diversos direitos fundamentais presentes em outros dispositivos da nossa Constituição, que são denominados “direitos fundamentais não catalogados” (fora do catálogo próprio, ou seja, em outros artigos da Constituição). Como se observa o art. 225 da Constituição Federal⁷, que traz o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a propósito, é um direito fundamental não catalogado. (PAULO, 2009, p. 02)

Assim, o rol do artigo 5º da Constituição Federal não é taxativo, isto é, poderão existir outros direitos fundamentais ao logo da Constituição Federal (direitos fundamentais formalmente constitucionais) e até mesmo em outras normas subconstitucionais (direitos fundamentais materialmente constitucionais), como por exemplo, em um tratado internacional (artigo 5º, §2º da CF⁸, reforçado pelo §3º do mesmo artigo⁹). (PAULO Apud MAIA, 2004, p.63)

Em face da Constituição Federal de 1988, existem direitos fundamentais: a) no Título II da Constituição (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), pois todos os direitos ali previstos são direitos fundamentais por expressa opção constitucional; b) decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bastando que tenham vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana; c) em tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Brasil, desde que se observe o quorum qualificado previsto no art. 5º, §3º, da CF/88.

⁷ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 2014b, p.66)

⁸ Art. 5, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 2014b, p.11)

⁹ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 2014b, p.11)

2.1 CONCEITO

“Direitos fundamentais”, “direitos do homem”, “direito humanos”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos individuais”, são algumas das expressões empregadas pela doutrina para designar os direitos fundamentais da pessoa humana. Em suma, tendo em vista a evolução desses direitos, há que se perceber perfeitamente que a elaboração de um conceito preciso de direitos fundamentais torna-se uma tarefa difícil. Corroborando, Alexandre Moraes rememora o conceito de direitos fundamentais:

Considera-os por um lado uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, e por outro lado, regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. (2003, p.46-47)

Diversos doutrinadores diferenciam direitos de garantias fundamentais, entende-se que, os direitos são dispositivos declaratórios quem imprimem existência ao direito reconhecidos, ou seja, são os bens em si mesmo considerados, declarados como tais nos textos constitucionais. (MORAES, 2009, p. 33)

As garantias fundamentais são estabelecidas pelo texto constitucional como ferramentas de proteção dos direitos fundamentais, não se reduzem apenas às ações contidas na Constituição, elas também se expressam nos enunciados de direitos, zelando por sua concretização. As garantias permitem aos indivíduos que façam valer frente ao Estado os seus direitos fundamentais. Assim sendo, a servir de exemplo, o direito a vida corresponde à garantia de vedação à pena de morte; o direito à liberdade de locomoção corresponde à garantia do habeas corpus; ao direito de liberdade de manifestação de pensamento, a garantia da proibição de censura, a liberdade de religião é assegurada pela proteção aos locais de culto e suas liturgias. (PAULO, apud MAIA, 2004, p. 55)

A mesma diferenciação faz Jorge Miranda, afirmando que:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso as respectivas esferas jurídicas; as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos. Na

acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se. (1990, p. 88-89, apud MORAES, 2009, p. 34)

Na concepção de Ruy Barbosa, os direitos estão assegurados pelas “medidas assecuratórias”, às garantias, que por sua vez podem se desdobrar tanto em uma “medida de garantia ampla”, como numa questão específica, que seriam os “remédios constitucionais”. (BARBOSA, apud LENZA, 2010, 11min15seg s.p)

Os remédios constitucionais são espécies do gênero garantia, porque uma vez consagrado o direito, a sua garantia nem sempre estará nas regras definidas constitucionalmente como remédios constitucionais, a exemplo o habeas corpus, habeas data. Em determinadas situações a garantia poderá estar na própria norma que assegura o direito. (LENZA, 2008, p.589)

Em rápidas pinceladas, os direitos fundamentais são aqueles designados pelo texto constitucional e aqueles que não tenham sido arrolados como direitos fundamentais pelo legislador constituinte, e que foram equiparados àqueles que foram pelas razões acima expostas. Os direitos fundamentais servem para limitar o poder e para promover a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, comenta José Afonso da Silva: “a expressão direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade e liberdade da pessoa humana”. (2001, apud CHIMENTI [et. al.], 2009, p. 53)

Com relação à natureza jurídica dessas normas, expõe:

São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição ou mesmo constam de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular. (SILVA, 2001, apud CHIMENTI [et al.], 2009, p. 53)

Direitos fundamentais “são considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar uma existência digna, livre e igual”. Por outro enfoque, ainda, não somente o Estado reconhecê-los formalmente, mas deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes. (PINHO, 2008, p. 69)

Neste sentido, os direitos fundamentais são normas jurídicas, positivadoras de valores atrelados à idéia de dignidade da pessoa humana, dotadas de juridicidade, cuja plena efetivação é uma meta a ser alcançada por todos.

A teoria dos direitos fundamentais facilita bastante à solução prática de casos em que está em jogo a aplicação de um determinado direito fundamental, além de possibilitar uma maior transparência, racionalidade e objetividade no processo decisório.

2.2 GERAÇÕES (DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina mais atual classifica os direitos fundamentais em “Dimensões” de direitos fundamentais, sendo que, dentro de vários critérios se prefere a expressão dimensão em vez da expressão geração. Tendo em conta, que a expressão geração poderia dar a entender que uma geração anterior seria substituída por uma nova geração, quando não é isso o que se propõe, mas uma evidenciação aos direitos fundamentais. Contudo, a expressão geração de direitos humanos também é empregada, ainda que não seja a mais moderna, mostra a sequência de direitos de fundamentais. (LENZA, 2010, 06min55seg s.p.)

Tais gerações surgem para tentar impor formas de efetivação das garantias constitucionais, tais como, consagrar a solidariedade, consolidando os ideais como liberdade, igualdade e fraternidade. Trazendo contribuições para debates jurídicos que estabelece no plano da ponderação de bens e interesses na Constituição, ou seja, ampliando o espaço evolutivo para outras gerações. (CHIMENT [et al], 2009, p.48)

Não obstante, a crítica de parte doutrinária, independentemente da geração ou dimensão sob qual se configurem, o que importa ao designo deste trabalho é apenas demonstrar a figura do indivíduo, da pessoa humana. São direitos que têm por destinatário o homem, seja isoladamente ou socialmente considerado, impõem-se como forma de efetivação das garantias constitucionais.

2.2.1 Primeira Geração (Dimensão) – Direitos Individuais

Esses direitos surgiram em decorrência das grandes revoluções burguesas do final do século XVIII, com a Revolução Americana, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789. (PINHO, 2008, p.70)

Saiu-se de um Estado Autoritário e adentrou-se em um Estado de Direito, e dentro dessa perspectiva focou-se a evidenciou dos direitos individuais. (LENZA, 2010, 07min24seg, s.p.)

Destacam-se alguns documentos históricos para configuração e emergência do que os autores chamam de direitos humanos de primeira geração (século XVII, XVIII e XIX): (1) Magna Carta de 1215, assinada pelo “João sem Terra”; (2) Paz de Westfália, em 1648; (3) Habeas Corpus Act, em 1679; (4) Bill of Rights, em 1688; (5) Declarações, seja a Americana (1776), e a Francesa (1789) que evidenciavam as liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade. (LENZA, 2008, p. 588)

Os direitos individuais começam a ser evidenciados, e nesse sentido o Estado afastou-se das relações entre os particulares. Um conceito não muito adequado, mas, o “absenteísmo estatal”, o Estado saindo das relações entre particulares porque viveu anteriormente, durante um “Estado Autoritário”, o que não se admitia mais. A primeira dimensão, portanto evidencia os direitos individuais, o direito à liberdade. (LENZA, 2010, 07min24seg, s.p)

Esses direitos atualmente são consolidados constitucionalmente, sendo reconhecida em toda sua extensão, assim, observa Vicente Paulo que “tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado; enquadram-se, assim, no rol das chamadas “liberdades negativas” do indivíduo, no conceito de “direito de defesa” do particular frente ao Estado”. (MAIA, 2004, p. 58)

São, portanto, direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado, reforçando a importância da autonomia individual e exaltando a não intervenção estatal, ou seja, buscar evitar a prática de arbitrariedade por parte do Estado, impondo um não fazer.

Entretanto, após algum tempo, o choque causado pela industrialização e pelas suas graves conseqüências econômicas e sociais tornou necessária a atuação do Estado, que passou a intervir em algumas relações, para assegurar a

concretização dos direitos fundamentais de primeira geração, foi que surgiu a segunda categoria de direitos fundamentais.

2.2.2 Segunda Geração (Dimensão) – Direitos Sociais

Avançando para uma segunda dimensão, o momento histórico que impulsiona é a revolução Industrial europeia, surgiu a partir do século XIX, uma nova perspectiva, quando, por essa ausência de interferência estatal, verifica-se um abuso do detentor do poder econômico.

Neste sentido, em decorrência das péssimas condições de trabalho, surgem movimentos como o “cartista” - Inglaterra e a Comuna de Paris (1848) – na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Destacam-se, dentre os documentos históricos, a Constituição de Weimar, de 1919 na Alemanha e pelo Tratado de Versalhes, em 1919 (OIT). (LENZA, 2008, p. 588)

Como grande marco da segunda dimensão, destaca-se a Revolução Industrial e, portanto, a necessidade de que os direitos sociais serem evidenciados. Nossa primeira Constituição é de 1824. Assim como a de 1891, focou os direitos individuais. A Constituição de 1934, no Brasil, pela primeira vez, por influência da Constituição de Weimar, na Alemanha (1919) e a do México (1917), trouxe a idéia de proteção dos direitos sociais. Também a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, cuidou dos direitos sociais, que se desenvolveu e no texto de 1988 é fortificada. (LENZA, 2010, 08min30seg, s.p.)

Portanto, os direitos de humanos de segunda dimensão, privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos (igualdade material), correspondente aos direitos de Igualdade, que visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população, ou seja, uma prestação positiva, um fazer do Estado em prol dos menos favorecidos pela ordem social e econômica. Os direitos ao salário mínimo, aposentadoria, previdência social, décimo terceiro salário e férias remuneradas são exemplos de direitos sociais. (PINHO, 2008. p. 71)

Esses direitos que dão especial relevo ao princípio da igualdade, sendo composto, por direitos que exigem do Estado um comportamento na realização da justiça social.

2.2.3 Terceira Geração (Dimensão) – Direitos ou Interesses Transindividuais

A terceira dimensão está atrelada à evidenciação de novos direitos, que poderíamos chamar de direitos ou interesses “transindividuais”, “metaindividuais” ou “supra individuais”, ou seja, interesses que transcendem o indivíduo. Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental, dificuldades para proteção as questões envolvendo os consumidores, nesse sentido destacam-se o valor solidariedade e o valor fraternidade. O lema liberdade, igualdade e solidariedade (ou fraternidade) da Revolução Francesa identificam a primeira, a segunda e a terceira dimensão de direitos fundamentais. (LENZA, 2010, 10 min09seg, s.p.)

Marcados pela alteração da sociedade, nas mudanças na comunidade internacional em crescente desenvolvimento tecnológico e científico, as alterações nas relações econômico-sociais, “o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade”. (LENZA, 2008, p. 589)

No entendimento de Paulo Bonavides, esses direitos têm por destinatários o próprio gênero humano, entre eles o direito a democracia, à informação e o direito ao pluralismo econômico. Direitos este, é sujeito à concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão máxima (universalidade), para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. Ainda, assinala o transporte da terceira para quinta geração de direitos fundamentais. Compreendendo os direitos de fraternidade: o desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. (2008, p. 569-580)

Neste raciocínio, Rodrigo César Rebello Pinho preceitua diversos outros direitos de terceira geração que podem ser acrescido a essa reação, como a

proteção ao consumidor, à infância e à juventude, ao idoso, ao deficiente físico, à saúde e à educação pública. (2008, p. 71-72)

Estas três últimas dimensões de direitos humanos se encontram bem delimitadas e pacificamente aceitas pela doutrina. Há, contudo autores que defendem, ainda, a existência de direitos em quarta, quinta e sexta dimensão.

2.2.4 Quarta Geração (Dimensão) – Existência do ser humano

A quarta dimensão está atrelada à questão do biodireito¹⁰, por conta das atrocidades ocorridas durante a segunda Grande Guerra Mundial, relativo a experimentos genéticos nos campos de concentração nazista. Passou-se a preocuparem-se com a ética voltada para as experiências com a genética e demais experiências médicas e biológicas, na proteção humana (de forma física, da dignidade), trazendo a humanização do progresso científico. (FURTADO, 2009, p.6977)

A lei 11.105 de 2005, chamada Lei de Biossegurança veda estudos científicos que vai de encontro com dignidade da pessoa humana¹¹. (BRASIL, 2011f, p.1412)

Assim, resta evidente o acrescentamento de direitos fundamentais adotados ao longo do tempo, o que comprova a intenção de ampliar cada vez mais os campos de proteção, em busca da consolidação do princípio da dignidade humana e da justiça social.

¹⁰A bioética cuida das varias facetas, consequência e projeções das descobertas da ciência nessa área (pesquisas e procedimentos relacionados a transplantes de órgãos, fecundação *in vitro*, aborto, descriminalização do suicídio, homossexualismo, utilização de células genéticas, inseminação artificial, dentre outros). Já a definição de biodireito, é um conjunto principiológico normativo objetivando a regulação das relações entre o cidadão mediano e cientistas (trabalho de pesquisa e investigação científica) na aplicação de suas conclusões, tudo convergindo para formulação de políticas que regulamente os interesses econômicos em questão. (FURTADO, 2009, p.6077)

¹¹ Estudos científicos como a terapia genética (busca da correção de genes defeituosos pela técnica do DNA recombinante) e a clonagem humana (repetição integral do código genético), posto que a referida clonagem vai de encontro o caráter individual do ser humano, ferindo sua dignidade como pessoa. (FURTADO, 2009, p.607)

2.2.5 Quinta Geração (Dimensão) – Cibernética e Informática – e à Paz

Os direitos advindos da realidade virtual, com relação à difusão e desenvolvimento da cibernética na atualidade, envolvendo a internacionalização da jurisdição constitucional devido ao rompimento das fronteiras físicas através da rede. Com os conflitos bélicos freqüentes entre o Ocidente e Oriente trouxe a urgência de regulamentação de tais direitos, pois exsurge, a internet, acabou de servir ao propósito daqueles que pretendem destruir suas culturas (ocidentais e orientais), promovendo uma uniformização dos padrões comportamentais norte-americano em todo planeta. (CHIMENT [et al], 2009, p.48)

Ao reverso dos doutrinadores que enquadram os direitos humanos de quinta geração como os que envolvem a cibernética e informática, Paulo Bonavides, observa essa geração como sendo o espaço para o direito à paz. (2009, p.475)

Segundo o autor, ao colocarem a paz no rol de direito da fraternidade (terceira geração), esta foi feita de forma incompleta e lacunosa, por não ter desenvolvido as razões e não desvendaram os motivos que elevam o direito à paz à categoria de norma, de deixando cair no esquecimento. Dispõe, a dignidade jurídica da paz advém do reconhecimento universal que é devido enquanto requisito da convivência humana, que a conserva e dá segurança aos direitos, que ao ser elevada o direito de quinta geração se efetivará tal dignidade. (BONAVIDES, 2009, p.475)

O direito a paz já está positivado na Constituição Federal, no art. 4, inciso VI¹², sendo um princípio com força dos direitos fundamentais, mas para universalizá-lo é necessário inseri-lo em todas as constituições, ou seja, requerer o direito à paz, quer a nível internacional e coletivo ou individual. (BONAVIDES, 2009, p.476)

Como se nota, o direito à paz é direito fundamental, nos olhos de Paulo Bonavides, de quinta geração, devidamente positivado na Constituição Federal Brasileira.

¹² Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] VI - defesa da paz. (BRASIL, 2014b, p.07)

2.2.5 Sexta Geração (Dimensão) - Direito à Democracia, à Informação e ao Pluralismo

Ilustra o doutrinador Paulo Bonavides que, ao lado do processo de globalização econômica e a expansão da soberania do Estado Nacional, em face da ideologia neoliberal nos tempos atuais, existem uma tendência de globalização dos direitos fundamentais, apontando os seguintes direitos de sexta dimensão: direito à democracia, à informação e ao pluralismo. (2009, p. 570-572)

Desta feita, Paulo Bonavides apresenta plenamente cabível uma sexta geração de direitos humanos, os decorrentes da globalização (direito à democracia, à informação correta e ao pluralismo), decorrentes do artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, quando dispõe “que toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, quer de forma direta, quer através de seus representantes livremente escolhidos”. (2009, p.475)

Concernentemente às razões de que a democracia e direitos fundamentais são estreitamente ligados, daí porque, o objetivo central do Estado Democrático de Direito está na busca da preservação dos Direitos Fundamentais, que passa pela observância e preservação da dignidade da pessoa humana. Desta forma, a democracia um direito fundamental, deve ser apoiada pela comunidade internacional (em desenvolvimento nas nações não democráticas), e a liberdade de informação consistente na liberdade de informar (liberdade de informação do pensamento) e ser informado (direito individual e coletivo de se ter acesso ao conhecimento dos fatos e acontecimentos), tratando-se de direito coletivo, não sendo pessoal nem profissional. Já o pluralismo é a composição da sociedade em grupos ou centros de poder, não há espaço para concepções individualista, mas a articulação de grupos de poder situados abaixo do Estado e acima dos indivíduos, com a valorização dos corpos sociais intermediários enquanto garantidores dos indivíduos contra possíveis abusos de poder por parte do Estado e dos indivíduos. (BONAVIDES, 2009, p.481)

Assim a necessidade de ampliar o horizonte dos direitos fundamentais, dado seu caráter dinâmico e mutante da ciência jurídica na mesma complexidade social e científica, tem-se necessário observar as diversas posições que vem apenas a acrescentar formas de efetivações das garantias constitucionais.

2.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais têm algumas características jurídicas que os tornam direitos especiais, pois o ordenamento jurídico estabeleceu mecanismos processuais para facilitar a sua proteção, sobretudo através do Poder Judiciário. Dentre essas características, podem ser enumeradas algumas como: a normatividade potencializada; a aplicação direta e imediata; são cláusulas pétreas¹³; exigibilidade (justiciabilidade), dimensão objetiva, eficácia irradiante. Em linhas gerais, como supramencionados, possuem status de norma constitucional, de modo que, se uma determinada norma infraconstitucional dificultar ou impedir a efetivação do direito fundamental, essa norma deverá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade. (MARMELSTEIN, 2008, p. 11-35)

Por conseguinte, faz-se necessário analisar a “normatividade potencializada” dos direitos fundamentais, por sua vez, combinando à sua aplicação imediata e vinculação direta, determina que o Estado tenha uma posição de proteção, respeito e promoção desses direitos. O Estado não apenas deve se abster de lesar bens jurídicos fundamentais, mas protegendo-os de quaisquer ameaças, inclusive as que provenham de particulares. (MARMELSTEIN, 2008, p. 11-35)

Com esse entendimento, para ter idéia da necessidade de se permitir a proteção judicial desses direitos, revela-se de suma importância atentar pelo julgado do STF, no caso “farra do boi”, em que houve a aplicação do dever de proteção, voltado para proteção do meio-ambiente. Tratava-se de ação civil pública, proposta por organizações não governamentais de defesa dos animais, contra o Estado de Santa Catarina, no qual pretendiam obrigar o Poder Público a tomar medidas para proibir a prática da festa, tendo em vista que feria o artigo 225, §1º, inc. VII, da CF/88¹⁴. No entanto, a defesa do Estado de Santa Catarina, manifestou-se que a

¹³ Por força do artigo 60, §4º, inc. IV, da CF/88. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais. Consequentemente, não podem ser abolidos nem por meio de emenda constitucional. Sendo, portanto, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a aboli-los, colocando a salvo de disputas políticas. Como exemplo, sempre que tender a escolher a opção política que gere mais votos, o que nem sempre resultará em escolhas justas e compatíveis com a dignidade humana. (BRASIL, 2014b, p.31)

¹⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de

“farra do boi” era uma manifestação cultural bastante entranhada na sociedade catarinense. Em que se pese a elaborada argumentação em defesa dos animais, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso, entendeu a obrigação do Estado garantir à todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações. Neste caso, foi afastada a necessidade de observar a norma constitucional que veda prática de submeter os animais à crueldade, de modo que a “farra do boi” não seria constitucionalmente aceitável, mas prevalecera a sociedade. (STF, RE 153541-1-SC, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio).

Cumprе salientar, a título de esclarecimento a importância em definir a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, no qual ilustra a não necessidade de regulamentação para efetivação, pois são diretamente vinculantes. É clara a Constituição, em cujo bojo, há cláusula na qual o artigo 5º, §1º estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Aplica-se a todos os direitos fundamentais de forma indistinta, tratam-se do princípio da máxima efetividade, que é inerente a todas as normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais.

Com relação ao tema “Cláusulas Pétreas”, Marcelo Novelino, explicita-se que “as limitações materiais consagradas pela constituição têm por finalidade básica preservar sua identidade material, proteger institutos e valores essenciais e permitir a continuidade do processo democrático”. (2009, p.85)

Neste diapasão, revela-se de suma importância atentar para o julgamento da ADin 939-9/DF, onde o ministro Sydney Sanches na medida cautelar, RTJ 150/68, entendeu tratar-se de cláusula pétrea a garantia constitucional prevista no artigo 150, III, “b”¹⁵, afirmando que a Emenda Constitucional número 3/93, ao pretender subtrair da esfera de proteção dos destinatários da norma, estaria ferindo o limite material previsto no artigo 60, § 4º, IV, da CF/88¹⁶. (LENZA, 2008, p.587)

defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 2014b, p.71)

¹⁵ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos: b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. (BRASIL, 2014b, p.53)

¹⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 2014b, p.31)

Incisivo, chega à conclusão, no entendimento de Gustavo Just da Costa Silva em seu livro “os limites da reforma constitucional” de que:

Está proibida tanto a reforma que simplesmente venha a abolir o princípio quanto uma outra que não implique à sua abolição, mas que se oriente neste sentido;

Em conseqüência, não é apenas o ponto – de resto insuscetível de delimitação precisa – imediatamente anterior ao da abolição que caracteriza a reforma ilícita;

A diferença entre a reforma que significa deterioração gradual do princípio (implicando tendência à sua abolição) e uma outra que seja apenas expressão da legítima e necessária elasticidade dos princípios não depende da demarcação rigorosa de um conteúdo essencial, e sim de um juízo quanto ao sentido finalístico que se possa atribuir ao processo de que faça parte a reforma questionada. (2000, p.147, apud NOVELINO, 2009, p.86)

Neste raciocínio, podemos extrair a ilação clara e insofismável do Ministro Gilmar Mendes em seu voto, que ponderou como o grande desafio da jurisdição constitucional:

Não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa ou atípica acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional, as cláusulas pétreas não fixam restrições insuperáveis ao exercício de uma democracia parlamentar.

Em virtude dessas considerações, para os limites da reforma constitucional é aquela, em que realiza da melhor maneira possível o compromisso entre a estabilidade e a dinâmica da constituição, e que demonstre compatível com os fundamentos do ordenamento jurídico. Cumpre observar, que o constituinte originário pretendeu criar uma barreira de proteção em torno dessa matéria, de tal modo, que nem mesmo por maioria qualificada o Congresso Nacional pode revogar um determinado direito considerado como fundamental. Há de se perceber

Entrementes, no mesmo sentido, conforme pode verificar a guisa de exemplo o julgado do STF declarou a inconstitucionalidade material de normas constantes da emenda Constitucional nº 03, de 17.03.1993, que autorizou no parágrafo 2º, a União instituir o IPMF. Em suma, por violarem uma cláusula pétrea, foi no julgamento, que suspendeu sua cobrança em 1993, incidiu em vício de Inconstitucionalidade, quanto a tal tributo, violou o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, §2º; 60, §4º, IV e art. 150, III, “b” da Constituição); o princípio da imunidade tributária (que veda a União, Estados, Municípios e ao Distrito Federal a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas e serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, §4º, I, e art. 150. IV, “a”, da Constituição Federal), norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III). (STF – ADI 2.395/DF, rel. Min. Sydney Sanches, em 15.12.1993)

perfeitamente que são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, a par disso, é “ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a aboli-los”.

Ainda, a referida expressão exigibilidade (justiciabilidade), pode ser entendida, por “ter sua aplicação exigidas através do Poder Judiciário (também chamadas de dimensão subjetiva dos direitos fundamentais), mesmo diante da inércia dos demais poderes. Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas com um alto teor de juridicidade, já que possuem status constitucional, são direitos exigíveis, ou seja, podem ter sua aplicação (ou efetivação) forçada, através do Poder Judiciário (Estado-juiz), mesmo na ausência de regulamentação por parte do Poder Legislativo. Os direitos fundamentais são, por isso, dotados de justiciabilidade”. (ADC 7/2005. STF, ADC-MC 12-6/DF, rel. Min. Carlos Brito, j. 12/2/2006)

Tal teoria é uma pertinência da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que na inteligência de seu artigo 8º extrai-se que “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Outrossim, os direitos fundamentais são capazes de gerar pretensões subjetivas, exigíveis na via judicial, mesmo que não haja qualquer regulamentação no texto constitucional, no qual, cabe ao Poder Público em todas as esferas, adotar medidas de proteção, promoção e respeito para que o direito fundamental seja da melhor maneira possível efetivado.

De modo geral, essa capacidade que os direitos fundamentais possuem de gerarem direitos subjetivos passíveis de proteção judicial, é o que se costuma chamar de dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que é inerente a qualquer norma jurídica. (MARMELSTEIN, 2008, p. 36)

Em análise, os direitos fundamentais também possuem uma característica própria e especial, que é à dimensão objetiva, em linhas gerais, é compreendido que as leis devem-se estender-se em torno dos direitos fundamentais, significa que todo ordenamento jurídico, inclusive o anterior à entrada em vigor da Constituição, deve ser interpretado e reinterpretado à luz dos direitos fundamentais. É o que os constitucionalistas estão chamando de dimensão objetiva dos direitos fundamentais,

reproduzindo a eficácia irradiante das normas definidoras de direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2008, p. 11-35)

A interpretação e a concretização tendo em conta o papel do jurista, em matéria de direitos fundamentais, no entendimento do professor Paulo Bonavides, não é simplesmente interpretar as normas que os consagram, mas, principalmente, concretizá-los, ou seja, fazer com que eles saiam do papel e se tornem realidade. Além disso, a interpretação dos direitos fundamentais é sempre voltada para o caso concreto. Serão as peculiares circunstâncias de cada caso que fornecerão as bases argumentativas para a descoberta da solução jurídica¹⁷. (2009, p.558)

O supracitado busca definir que os direitos fundamentais possuem uma efetiva força jurídica, em que não são normas meramente morais, mas autênticos direitos positivados. Resta indubitável de que não se trata de uma positividade qualquer, outrossim, uma positividade constitucional, em que está no ponto mais alto do ordenamento jurídico. Por essa razão, os direitos fundamentais possuem uma força jurídica potencializada.

Enfim, entende-se que não existe um número taxativo de direitos fundamentais, ou seja, é dinâmico, mutável no tempo. Por fim, é necessário delimitar as principais características dos direitos fundamentais, a seguir.

2.3.1 Historicidade

Os direitos fundamentais derivaram de um processo evolutivo¹⁸, em um princípio de continuidade, do não retrocesso, que liga à idéia de ser melhor a expressão dimensão do que geração de direitos fundamentais. (LENZA, 2010, 14min05seg s.p.)

Alguns autores não acolhem uma concepção jusnaturalista, de direitos próprios da condição humana, decorrentes de uma ordem superior, neste sentido, os

¹⁷ Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se. O juiz constitucional tem por incumbência proteger os direitos fundamentais, faz da concretização uma tarefa essencial. (BONAVIDES, 2009, p.558).

¹⁸ Nasceu com o cristianismo, passou por diversas revoluções e chegando aos dias atuais (LENZA, 2008, p. 590).

direitos fundamentais são produtos da evolução histórica, surgem das incoerências existentes no seio de uma determinada sociedade. (PINHO, 2008, p. 69)

Neste sentido, pela historicidade são “direitos que nascem, modificam-se e desaparecem”. (SILVA, 2000, p.185)

A historicidade remete-nos à idéia de algo que vem sendo galgado, que esteja caminhando para chegar a um ideal, ou seja, são direitos que se transformam constantemente.

2.3.2 Universalidade

Os direitos fundamentais são destinados ao ser humano, não importa a sua origem, raça, sexo, cor, idade, sua titularidade, não se pode fazer qualquer tipo de discriminação, conforme estabelece o art. 3º, IV da CF¹⁹ como objetivo fundamental da nossa República Federativa do Brasil. (LENZA, 2010, 15min00seg s.p.)

Todos têm direitos fundamentais que devem ser respeitados, não tendo como afastar parcela da população do respeito à condição de ser humano, ou seja, destinando de modo indiscriminado, a todos os seres humanos. (PINHO, 2008. p.70-71)

Aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

[...] a idéia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu, não é nova. Os forais, as cartas de franquia continham enumeração de direitos com esse caráter já na idade média [...] (p. 282, apud LENZA, 2008, p. 590)

Quer dizer que todos os homens podem invocar os mesmos direitos e todos os poderes políticos devem perseguir fins humanos.

¹⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

2.3.3 Limitabilidade

A limitabilidade indica a máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e menor restrição a eles, no sentido de que seria, sim, possível, verificar-se em uma colisão de direitos máxima efetividade e mínima restrição. (LENZA, 2010, 15min30seg s.p.)

Conforme Rodrigo César Rebello Pinho os direitos fundamentais não são absolutos²⁰, podem ser limitados, sempre que houver uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. (2008, p. 69)

Na concepção de Pedro Lenza, os direitos fundamentais são relativos (não são absolutos), em que muitas vezes no caso concreto, há conflito, confrontos de interesses. Muitas vezes, vem discriminado na própria Constituição (como o direito à propriedade *versus* desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, sempre levando em consideração a regra da “máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos”, conjugando-a com a sua mínima restrição. (2008, p. 590)

A doutrina se depara com confronto de direitos, que os torna limitáveis e não absolutos. Quando há um encontro entre direitos fundamentais não se pode dar preferência a um, pois estaria negando o outro. Logo, os limites irão surgir de acordo com o fenômeno ou fato específico.

2.3.4 Concorrência

Concorrência no sentido de que podem se somar, ou seja, podem ser exercidos cumulativamente, quando, por exemplo, o jornalista transmite uma notícia (direito de informação) e, juntamente, emite uma opinião (direito de opinião). Esses

²⁰ Como exemplo, o inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. (BRASIL, 2014b, p.07)

direitos concorrem, não há nenhuma exclusão entre um e outro. (LENZA, 2010, 20min00seg)

Como se observa, há concorrência de direitos fundamentais quando o comportamento de um mesmo titular preencher os pressupostos de vários direitos fundamentais. Este conflito poderá decorrer do cruzamento de direitos fundamentais, ou seja, o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias.

2.3.5 Irrenunciabilidade

Segundo Rodrigo C. R. Pinho, “nenhum ser humano pode abrir mão de possuir direitos fundamentais”. Pode até não usá-los adequadamente, mas não pode renunciar à possibilidade de exercê-los. (2008, p. 69)

O que pode ocorrer é o seu não-exercício, mas nunca a sua renunciabilidade. (LENZA, 2010, 21min26seg s.p.)

Vicente Paulo ainda aponta que em regra, os direitos fundamentais não podem ser objetos de renúncia. Explica que os direitos regulam relações entre o Estado e o particular (relações verticais), esses direitos conferidos ao particular frente ao Estado. Porém, são eles aplicáveis também às relações particulares. Ainda, afirma, “embora por princípios os direitos fundamentais sejam irrenunciáveis, a jurisprudência do STF admite, excepcionalmente, diante de um caso concreto, que o indivíduo renuncie a um direito fundamental seu”. (MAIA, 2004, p. 56-59)

2.3.6 Inalienabilidade

Como são conferidos a todos, são indisponíveis, não se pode aliená-los por não terem conteúdo econômico-patrimonial, ou seja, são intransferíveis e inegociáveis. (LENZA, 2008, p. 591)

Na concepção de Luigi Ferrajoli, a inalienabilidade fundamenta-se no fato de que os direitos fundamentais são direitos de todos os membros de uma coletividade, deste modo, não são alienáveis ou negociáveis. Ainda, “correspondem a prerrogativas não contingentes e inalteráveis de seus titulares e a outros tantos limites e vínculos inarredáveis para todos os poderes, tanto públicos como privados”. (1999, p. 38-39)

Como se observa, há certos direitos dos quais os indivíduos não possui autonomia de vontade para aliená-lo, visto que o Estado o impede de assim proceder.

2.3.7 Imprescritibilidade

A imprescritibilidade quer dizer que, não deixam de ser exigíveis em razão da falta de uso. Sustenta Pedro Lenza:

Prescrição é um instituto jurídico que somente atinge a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não-exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição. (2008. p.591)

Deste modo, os direitos fundamentais não se perdem pelo decurso de prazo, são permanentes, não se transferem de uma para outra pessoa, seja gratuitamente, muito menos mediante pagamento.

2.4 PERSPECTIVAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS

Nos direitos fundamentais, pode-se identificar duas diferentes perspectivas, quais sejam, a dimensão subjetiva e a objetiva, salientado que o conhecimento de ambas tem grande importância para o entendimento do tema.

No entendimento de George Marmelstein:

A pretensão subjetiva, exigíveis via judicial, independentemente de qualquer regulamentação do texto constitucional, cabendo ao Poder Público em todas as esferas, adotar medidas de respeito, proteção e promoção para que o direito fundamental seja efetivado da melhor maneira possível. (2008, p. 35)

O fundamento subjetivo, é a que mais conecta com suas origens, significa, na possibilidade que tem o seu titular de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades e até mesmo o direito de ação ou as ações que lhe foram concedidas pela norma do direito fundamental em questão. (SARLET, 2009, p. 159)

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a inclinação que esses direitos possuem de se “irradiarem pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, como a manifestação da ordem de valores que eles representam”. Assim, é fruto de um dever de proteção que obriga que os direitos fundamentais sejam levados em conta na hora de decisões pelos agentes públicos, portanto, qualquer interpretação jurídica necessitará ser feita à luz dos direitos fundamentais, que se reparte no fundamento axiológico²¹ de todo sistema normativo, extraindo o “espírito ético” do texto constitucional. (SARMENTO, 2003, p. 251).

Por fim, apesar da importância da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, constata-se, em geral, uma prevalência da perspectiva subjetiva. Isso porque, como completa Sarlet, com apoio em Alexy (1999, s.p.) e Canotilho (2003, s.p.), a finalidade precípua dos direitos fundamentais é proteger o indivíduo, e não a coletividade, e ao mesmo tempo, porque o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos atende um maior grau de efetivação do que a previsão de obrigações de caráter meramente objetivo. Visto que o predomínio da perspectiva subjetiva também tem fundamento no valor da autonomia individual como expressão da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2009, p.159-160)

²¹ Como uma ordem de valores fundamentais objetivos, diz respeito, a razão pela qual devem ter sua eficácia valorada também sob o ponto de vista da sociedade, e não somente do ponto de vista individualista. O próprio exercício dos direitos subjetivos individuais depende de certa forma, do seu reconhecimento pela comunidade em que se insere. Daí decorre, por exemplo, a eficácia dos direitos fundamentais em relação aos órgãos estatais, bem como a utilização de tais direitos como parâmetros para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos (SARLET, 2003, p. 150-151)

Deste modo, toda vez que estiver analisando uma norma jurídica, deverá ser considerado segundo tais dimensões, filtrando-se, no sentido de entender as normas segundo aos valores constitucionais, de forma que a solução desejada seja sempre compatível com esses valores. Este é o grande desafio do jurista, que consiste nesta harmonização, a partir dos valores e princípios constitucionais, no que vale, adiante, analisar esse esforço hermenêutico, não se deixando levar por soluções descomprometidas com a legalidade constitucional.

A partir deste momento, o presente estudo para ocupar o entendimento das Colisões de Direitos Fundamentais, consistente em desvendar seus significados e seus institutos de interpretação.

3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A norma é um padrão de conduta desejado. As normas são conduzidas por regras, que descrevem uma situação fática e disciplinam a sua consequência jurídica, prevendo uma sanção no caso de seu descumprimento. As normas constitucionais inserem no ordenamento jurídico os valores escolhidos pelo constituinte para reger os atos e relações jurídicas submetidas ao ordenamento jurídico daquele Estado. (NOVELINO, 2007, p. 67)

Por exemplo, quem recebe o salário deve pagar uma parte a título de imposto de renda, nesse passo, se não pagar no prazo estabelecido, vai incidir uma multa sobre o valor inicialmente devido. Isso é uma regra. Uma norma, para ser considerada jurídica, deveria ser obrigatoriamente formulada com base em uma regra. Em outras palavras, a norma/regra deveria descrever a situação fática e prescrever a sanção pelo seu descumprimento. (NOVELINO, 2007, p.67)

Ao reverso, de acordo com os ensinamentos dos teóricos do pós-positivismo, em especial Alexy e Dworkin, mudaram essa perspectiva, em que defendem que as normas jurídicas não são apenas as regras. Para eles, os princípios também seriam normas. Princípios como o da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da democracia, da legalidade, seriam tão vinculantes quanto qualquer outra norma jurídica. A observância desses princípios não seria meramente facultativa, mas tão obrigatória quanto à observância das regras. (1999, s.p)

Na perspectiva sugerida por Alexy, princípios são normas que estabelecem que algo seja alcançado em uma medida tão ampla quanto possível, levando em conta as possibilidades fáticas ou jurídicas, ou seja, são mandamentos de “otimização”. As regras, por sua vez, são normas que funcionam baseados no tudo ou nada, ou seja, sendo válidas, deve ser cumprido exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Os princípios, por serem mandamentos de otimização, podem ser efetivados em diferentes graus, e a sua efetivação depende das condições fáticas e jurídicas que aparecem no caso concreto. Por outro lado, as regras são normas que são aplicadas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos, deste modo, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades

fáticas e jurídicas, exigindo que se faça exatamente aquilo que elas ordenam. (ALEXY, 1999, p. 74-90)

O conflito entre as regras se resolverá no plano da validade (não podem ter validade simultânea), ou seja, somente uma será considerada válida e irá predominar. Como assevera Alexy, “um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula”, através do princípio da especialidade, mas se isso não for possível, exclui-se uma delas, sendo que para sua solução são empregados os critérios cronológicos e hierárquicos²². (ALEXY, 2005, p.64)

Em razão dessa estrutura, os princípios, sozinhos, não entram em contradição, pois não regulam condutas de imediato. Sua aplicabilidade está vinculada caso não haja regra explícita que regule a situação, ou direcionando, em um conflito de regras, a regra a prevalecer e a regra a ser eliminada. Todavia, como os princípios só ganham concretude em um caso dado, pode ocorrer, na ausência de regra específica ou diante exatamente de controvérsia sobre sua aplicabilidade, a incidência de mais de um princípio sobre a situação fática, de forma que eles concorram entre si nas suas pretensões de condicionar o conteúdo da regra concreta que terá de ser dada para aquela circunstância sob análise.

Enfim, havendo incompatibilidade entre regras, não sendo possível introduzir uma cláusula de exceção, necessariamente uma delas deverá ser excluída do sistema.

Já na colisão de princípios é decidida na extensão do valor, ou seja, os princípios não se excluem e sim são preservados por meio do sopesamento diante do caso concreto. Assim, é admissível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, ou seja, há uma “calibragem” entre os princípios, e não a opção pela aplicação de um deles, em detrimento do outro. (SARMENTO, 2006, p.52-53)

²² **Critério cronológico:** aquele que em duas normas incompatíveis deve-se prevalecer a posterior: *lex posterior derogat priori*; **Critério hierárquico:** no confronto entre regras jurídicas inconciliáveis, deve ser aplicada a de estatura superior; **Critério da especialidade:** na colisão entre duas regras prevaleça a mais especial, em detrimento da mais geral: *lex specialis derogato generali*. (LIMA, 2011. p.105)

Analisando os preceitos aludidos, se percebe que a teoria apresentada serve para demonstrar que esses direitos (fundamentais) não são absolutos, pois não funcionam na base do tudo ou nada. Logo, o grau de aplicabilidade de um determinado direito fundamental dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas que se oferecem concretamente, conforme assinalou Alexy, buscando máxima otimização da norma.

O aplicador da norma deve efetivá-la até onde for possível atingir ao máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos²³. Assim, considerar os direitos fundamentais como princípios, significa aceitar que eles são passíveis de restrições²⁴, até porque sua aplicação fica sempre a depender das possibilidades fáticas e jurídicas que surjam no caso concreto. Não há, portanto, direitos com caráter absoluto²⁵.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que não há, no preceito constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto:

²³ Na hipótese de uma revista publicar uma matéria tratando de detalhes da vida privada de um famoso ator, contra a vontade deste. Nesse caso, há um conflito de dois direitos fundamentais: a liberdade de expressão e o direito à privacidade. Ambos possuem previsão constitucional, no entanto, um desses direitos terá que ceder diante do caso concreto, limitando assim, o raio de abrangência de um desses direitos, visando dar maior efetividade ao outro direito fundamental em jogo.

²⁴ Como exemplo, a observação feita pelo eminente Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, no qual descreveu:

“Em trabalho concernente à colisão de direitos fundamentais (liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e direito à honra e à imagem, de outro) [...] (Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional, p. 89/96, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor): “No processo de ‘ponderação’ desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. (...) Como demonstrado, a Constituição brasileira (...) conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o estabelecido no art. 5.º, X. [...] (AI 496406, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, j. em 07/08/2006)

²⁵ A própria Constituição Federal de 1988 coloca limites aos direitos fundamentais, quando, por exemplo, reconhece o direito à vida, mas autoriza a adoção da pena de morte em caso de guerra declarada; prevê o direito de liberdade, mas permite a prisão em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente; garante o direito de propriedade, mas exige que ela exerça sua função social, garante o direito à liberdade de expressão, mas permite que a lei restrinja a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapia, bem como veda o anonimato e garante o direito de resposta, garante a todos o direito de ação, mas proíbe a concessão de habeas corpus no caso de punição de militares, bem como limita o acesso ao Judiciário no caso de ações relativas à disciplina e competições desportivas, garante o direito à livre iniciativa, mas prevê hipóteses de monopólio estatal, dentre outros exemplos.

Mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. (STF, MS 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello)

Edilson Pereira de Farias afirma que a colisão de direitos pode ocorrer de duas maneiras:

O exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais);
O exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais). (2000. p.116.)

Sob o ponto de vista do respeitável constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho afirma que:

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos. (2003, p. 657)

Ainda, na observação de Paulo Márcio Cruz sobre o Direito Constitucional:

O objetivo e o que justifica a existência do Direito Constitucional é o de tornar possível o máximo de liberdade com a manutenção de uma ordem jurídica que permita a convivência social. Por isto, a liberdade manifesta nos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente reconhecidos deve ser compatível com os requisitos de sociedade juridicamente ordenada e integrada por inúmeros indivíduos. A liberdade, desta, não pode ser ilimitada. Este fato traz à discussão a questão dos limites aos direitos fundamentais. (2003, p.177)

Pode-se constatar que ocorre colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular, ou seja, colide com outros bens constitucionalmente protegidos. (CANOTILHO, 2003, p.1270)

O supracitado elucida que este fenômeno designado pela doutrina por colisão de direitos ou conflito de direitos fundamentais, é o choque de direitos fundamentais ou choque destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal

acontecimento decorre dos direitos fundamentais serem direitos heterogêneos, com conteúdo muitas vezes aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou nas relações destes como outros valores constitucionais.

O método usado é da ponderação, que conforme será visto oportunamente conduz à regra da Proporcionalidade.

3.1 CONCORRÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um interessante fenômeno apontado pela doutrina, que consiste justamente no oposto da colisão, determinando uma situação de harmonia entre os direitos fundamentais ou bens constitucionalmente garantidos.

Na concepção de Canotilho, ocorre a concorrência de direitos fundamentais quando a conduta de um titular entra no âmbito de proteção de mais de um direito fundamental (cruzamento) ou de bem constitucionalmente protegido (acumulação). Assim, ao realizar certa conduta, um indivíduo tem sobre si a incidência de diversas normas de direito fundamental²⁶. (CANOTILHO, 2003, p. 1268-1269).

Segundo Canotilho há três situações possíveis: a) concorrência entre direitos fundamentais de caráter geral; b) direitos fundamentais de caráter especial; c) concorrência entre direitos fundamentais de caráter especial. (2003, p. 1269)

Na concorrência entre direitos fundamentais de caráter especial, o direito fundamental de caráter especial deverá ser o objeto da proteção, tendo em vista, justamente, o caráter específico do mesmo. (2003, p.1269)

Nos direitos fundamentais de caráter especial, procurar-se-á qual deles apresenta uma especialidade intrínseca em relação ao outro, devendo-se aplicá-lo à hipótese. (2003, p.1269)

²⁶ Ocorre o cruzamento, por exemplo, quando alguém publica um trabalho em uma revista especializada, há a harmonia entre os direitos à liberdade de expressão, liberdade de imprensa e liberdade de exercício de qualquer ofício ou profissão, atendidas as qualificações legais. Mas em outro sentido, ocorre uma acumulação quando diversos direitos convergem em torno de um bem constitucionalmente protegido, como a "participação na vida pública", a qual tem sobre si a conjugação de direitos como o de petição, de reunião com fins pacíficos, de criação e de participação em partidos político e de sufrágio. (CANOTILHO, 2003, p. 1269)

Destarte, a concorrência de direitos fundamentais ocorre quando um comportamento de “um mesmo titular” de direitos fundamentais. Podem se cruzar, ou seja, no cruzamento de direitos fundamentais um determinado comportamento é incluído no âmbito de proteção de mais de um direito, liberdade ou garantia. Podem se acumular, em que na acumulação de direitos fundamentais em determinado bem jurídico leva à aglomeração de dois ou mais direitos na mesma pessoa. (NOVELINO, 2009, p.369)

Como orientação para quando há divergências nos limites de cada direito, Canotilho propõe para essa problemática o critério da especialidade, ou quando não houver a relação geral/especial, o da “prevalência dos direitos fundamentais menos limitados” e o da “existência de mais elementos distintivos de um em relação ao outro”. (2003, p.1228-1229, apud NOVELINO, 2009, p.370)

Finalmente, na concorrência entre direitos fundamentais de caráter geral, há uma concorrência ideal, devendo-se fazer a proteção tomando por base todos os direitos concorrentes, já que não há relação de especialidade entre eles. (2003, p.1269)

Assim, como a concorrência de direitos fundamentais não se constitui no designo da presente pesquisa, torna-se irrelevantes maiores detalhamentos.

Munidos destes conceitos, necessário se faz identificar e qualificar as espécies de colisões de direitos fundamentais e, então, posteriormente, abordar em tese a solução para tais colisões.

3.2 ESPÉCIES DE COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ante o conceito exposto, para melhor inteligência, buscar-se-á neste tópico as espécies de colisões, e tendo como base a titularidade dos direitos e a natureza dos bens em conflito, permite-se visualizar uma colisão de direitos fundamentais denominada de “autêntica” ou “em sentido amplo”, em que se colidem direitos fundamentais entre si; e uma colisão de direitos “em sentido impróprio”, “não autêntica” ou em sentido estrito, em que colidem direitos fundamentais e outros bens constitucionalmente protegidos. (CANOTILHO, 2003, p.1270-1271)

Assim, saber qual norma de direito fundamental será aplicável em ambos os casos de concorrência, sabendo-se que elas podem consubstanciar limites diferentes, pois podem apresentar reserva de lei restritiva, qualificada ou não. (CANOTILHO, 2003, p. 1270-1271)

Neste sentido, duas espécies de colisões de direitos fundamentais que serão detalhadas na sequência: colisões de direitos fundamentais em sentido estrito e colisões de direitos fundamentais em sentido amplo.

3.2.1 Colisões de Direito Fundamental em Sentido Estrito

As colisões em sentido estrito²⁷ nascem sempre que o exercício ou a efetivação de um direito fundamental outorgado a um titular, exerce uma influência negativa sobre os direitos de outros titulares. (CANOTILHO, 2003, p.1270)

Ainda, podem ser entre direitos fundamentais idênticos, como, quando se trata de direitos iguais e titulares diferentes. Podendo ocorrer quando mesmo direito fundamental encontra-se em ambos os lados, enquanto direito liberal de defesa; ou quando o mesmo direito fundamental, mas atuando de um lado como direito de defesa de caráter liberal e de outro, como direito de proteção; e ainda, colidem o aspecto positivo de um direito positivo de um direito fundamental com o seu próprio caráter negativo, e por derradeiro quando colidem o aspecto jurídico de um direito, com seu aspecto fático. Podendo ser entre direitos fundamentais diferentes, quando trata de direitos diferentes e titulares diferentes. (CANOTILHO, 2003, p. 1270)

²⁷ Também chamada de colisão autêntica de direitos fundamentais, na Alemanha é conhecido como “decisão sobre o crucifixo”. (NOVELINO, 2009, p.370)

3.2.2 Colisões de Direito Fundamental em Sentido Amplo

O que vem distinguir as chamadas colisões de direito fundamental em sentido amplo²⁸ é que podem existir conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade (saúde pública, patrimônio cultural, integridade territorial, defesa nacional e família)²⁹. Portanto, deriva do fato de a Constituição amparar certos bens jurídicos, que podem vir a encontrar-se numa relação de conflito ou colisão concreta com certos direitos fundamentais. Ainda, indica que tais preceitos não são considerados como quaisquer bens ou valores, mas em um objeto valioso, um bem considerado digno de proteção jurídica da ordem constitucional. (CANOTILHO, 2003, p. 1271)

Compreende-se, desta forma, que com a possibilidade de colisão entre os direitos fundamentais e outros bens jurídicos (sentido amplo) ou em sentido estrito, dá-se vazão no próximo item à solução a estes conflitos.

3.3 A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O profissional do direito seja o advogado, o promotor, o juiz, tem como atividade básica a interpretação de normas jurídicas, passam a maior parte do seu dia profissional tentando encontrar uma solução jurídica para os conflitos de interesse que lhe são apresentados. O direito é uma questão de interpretação, uma questão de hermenêutica³⁰, de relevância importância para compreensão do tema que se abordará no próximo capítulo.

²⁸ Também denominado colisão em sentido impróprio. (NOVELINO, 2009, p. 370)

²⁹ No que se diz respeito à caracterização do chamado bem jurídico da comunidade: “não se trata de qualquer valor”, “interesse”, “exigência”, “imperativo” da comunidade, mas sim de um bem jurídico. Mas se refere a um objeto (material ou imaterial) valioso (bem) considerado digno de proteção, jurídica e constitucionalmente garantido. (CANOTILHO, 2003, p. 1271)

³⁰ A palavra hermenêutica tem origem no vocabulário grego *hermeneutike*, significando a arte de interpretar. A título de esclarecimento, a hermenêutica jurídica é a “atividade interpretativa que consiste em desvendar a intenção contida na norma”. (BARROSO, 2004, p.103-105, apud LIMA, 2011, p. 142)

Entretanto, na hermenêutica tradicional (hierárquico, cronológico e especialidade), a argumentação jurídica é relativamente fácil, bastando identificar as normas sobre qual incidirá o fato e realizar a lógica formal: “um fato temporal deve ser uma determinada prestação” e “dada a não-prestação deve ser sanção”, ou seja, é preocupada com a segurança jurídica e com a objetividade. Mesmo buscando a solução que na sua ótica é a mais adequada ainda há margem para subjetivismo e imprevisibilidade. (MARMELSTEIN, 2008, p.50)

Segundo George Marmelstein, o jurista obriga-se sempre buscar contextos argumentativos na própria Constituição, em que ela, a Constituição Federal torna-se a principal fonte na argumentação jurídica. (2008, p. 48-52)

Ainda, esclarece que os parlamentares do processo constituinte representavam os interesses de grupos com ideologias diferentes, e, para conseguir provar as normas de seu interesse, estes, escolheram por empregar terminações muito vagas e imprecisas, deixando para o Judiciário e para o legislador ordinário a tarefa de resolver os conflitos resultantes das ambigüidades constitucionais. (MARMELSTEIN, 2008, p.50)

Percebe-se, não é tão simples definir o que é igualdade, dignidade da pessoa humana, devido processo legal, função social da propriedade, dentre outras que causam dúvidas quanto ao seu teor, que para conseguir extrair todo o significado dessas normas constitucionais, exige muita superação do interprete, até, buscando elementos fora do texto constitucional.

Nas palavras de Michael Dorf, “para desvendar os significados vagos das frases constitucionais, os juízes devem olhar além da Constituição”. (2006, p. 88)

Ademais, esses valores contêm uma forte carga ideológica, atrapalhando ainda mais a investigação da objetividade argumentativa³¹. Mas, a Constituição passou a incorporar valores humanitários³², que passaram a ser objeto de discussões jurídicas, por meio da jurisdição constitucional, travadas no âmbito do Poder Judiciário, que é em última instância, o responsável pela “guarda da Constituição” (MARMELSTEIN, 2008, p. 48-52)

³¹ As questões como o casamento ou adoção de crianças por casais do mesmo sexo, a eutanásia, o aborto, as cotas para negros em universidades, a admissão de mulheres nas forças armadas, a discriminação racial, a proteção ao meio ambiente, o respeito às diferenças religiosas e culturais, por exemplo, são bem polêmicas, e estritamente jurídicos.

³² Como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, solidariedade, etc.

Com relação a este assunto, esclarece David Wilson de Abreu Pardo:

A hermenêutica jurídica é a disciplina que trata das condições de interpretação do direito formulando, estudando e sistematizando seus princípios e regras. É também um modo de compreender o direito, vivenciando-o na prática. Isso porque através da interpretação jurídica estabelece-se o sentido objetivamente válido das regras de direito. A interpretação diz respeito, portanto, diretamente ao conteúdo normativo, ao sentido explícito e muitas vezes implícito das normas que compõem um ordenamento jurídico vigente. Através dela determinados agentes políticos constroem o significado contemporâneo do direito, a fim de que sejam resolvidos os casos concretos que lhe sejam apresentados. Por isso, a hermenêutica jurídica pode ser denominada de a ciência do direito como teoria da interpretação. (2003, p.212)

Ainda, Bonavides afirma que a interpretação da Constituição é parte muito importante do Direito Constitucional, baseando-se no fato de que “mediante o emprego dos instrumentos de interpretação, logram-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais sem que todavia se faça mister modificar-lhe o respectivo teor”. (BONAVIDES, 2009, p. 806)

Não obstante, na hermenêutica dos direitos fundamentais (hermenêutica concretizadora), é quase impossível afastar totalmente os valores pessoais na busca da solução que seja mais adequada, em que sempre haverá margem da subjetividade. Por isso, por estar em jogo interesses tão relevantes, entra em jogo o fator emotivo ou ideológico que, influenciará na tomada de decisão, tendo em vista que o julgador é humano e não é uma máquina. (MARMELSTEIN, 2008, p. 54)

Neste sentido, quando se fala em matéria de direitos fundamentais, há um dever de aumentar a carga argumentativa da decisão judicial (motivação dos atos judiciais). Em outras palavras, quando está sopesando valores constitucionais (devendo ser feito com transparência e objetividade na argumentação), não sendo observado, ao invés de melhorar a qualidade da decisão, trará mais descrédito e desvantagens ao processo judicial, tendo em conta que o julgador consegue fazer quase tudo nas suas decisões. (MARMELSTEIN, 2008, p. 54)

Essa peculiaridade da hermenêutica dos direitos fundamentais passa a existir em razão da colisão de normas constitucionais, assunto a ser definido no próximo capítulo. Neste sentido, tem-se que, normas de igual hierarquia, publicadas ao mesmo tempo, com o mesmo grau de abstração e fornecem conseqüências jurídicas

opostas, eis que surgem à necessidade de desenvolver outras técnicas capazes de adequar à teoria jurídica à nova realidade constitucional.

3.3.1 A Interpretação Constitucional e seus Princípios Específicos

Para facilitar a atividade hermenêutica, existem inúmeras diretrizes para se aplicar à interpretação jurídica de qualquer texto normativo³³. Corroborando, ainda há que se observar fundamentalmente com a solução dos conflitos entre direitos fundamentais dá-se principalmente com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

No entanto, antes de ingressar no estudo desse princípio, cabe apontar a análise de colisões entre direitos fundamentais deve ser feita com base no sistema constitucional brasileiro, apresentando valores e princípios próprios de interpretação (Constitucional e dos direitos fundamentais). Ademais, faça-se constar à análise das colisões entre direitos fundamentais deve ser contextualizada no âmbito da hermenêutica constitucional, como foco essencial à interpretação dos direitos fundamentais, tendo em conta o grau de abstração e a forte carga valorativa (possuem estabilidade normativa, pois integram o núcleo das cláusulas pétreas), permitindo-se identificar uma natureza principiológica. (PEREIRA, 2006, apud LIMA, 2011, p.142)

É premente que se deixe claro a interpretação constitucional. Em outras palavras, é marcada por certas especificidades, isto é, decorrem da natureza das próprias normas constitucionais, se diferenciando das normas infraconstitucionais em vários aspectos. (LIMA, 2011, p. 142)

Inicialmente, a primeira diferença é de ordem formal e está ligado ao princípio da supremacia da Constituição. Em segundo lugar, refere-se à natureza da linguagem empregada nas normas constitucionais (vários dispositivos veiculam conceitos indeterminados), como se percebe muitas delas são normas dotadas de

³³ Como se observa a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro no seu artigo 5º, em diz que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (BRASIL, 2014d, p.131)

alto grau de abstração e baixa densidade semântica³⁴. Inclusive, outra diferença é que a Constituição nasce do Poder Constituinte Originário (característica de ser inicial e juridicamente ilimitado), diferenciando-se das normas infraconstitucionais, juridicamente limitadas à própria Constituição. (PEREIRA, 2006, p.52-53, apud LIMA, 2011, p.142)

Pelos motivos acima supracitados, existem alguns princípios que são importantes no direito constitucional, como: o princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da supremacia da Constituição; princípio da unidade da Constituição; princípio da máxima efetividade das normas constitucionais; princípio da concordância prática; princípio da proporcionalidade.

Convém mencionar, que as normas constitucionais possuem igual hierarquia jurídica, de igual forma (tem o mesmo valor) e fazem parte do *corpus constitucional*, não poderá haver declaração de inconstitucionalidade de tais normas (salvo se emendas constitucionais violarem cláusulas pétreas), esta é o chamado princípio da unidade da Constituição (também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativo da Constituição). (MARMELSTEIN, 2008, p. 57)

Em síntese, pressupõe que a ordem jurídica é formada por uma unidade, constituída por um sistema jurídico único, harmônico e equilibrado, isto é, a soberania do Estado pressupõe a existência de apenas uma ordem jurídica no território. Neste princípio o intérprete “deve considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”. Logo, a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar as contradições, devendo ser consideradas como preceitos integrados em um sistema unitário de normas e não como normas isoladas e dispersas. (CANOTILHO, 2003, apud LIMA, 2011, p.144)

Da mesma forma, como foi observado que os direitos fundamentais possuem uma supremacia formal e material, é de se dizer que, têm uma normatividade potencializada, qual seja princípio da supremacia dos direitos fundamentais. (MARMELSTEIN, 2008, p. 54)

³⁴ Semântica: Ciência que estuda a significação das palavras de um língua; estudo das mudanças que, no espaço e no tempo, sofre o significado das palavras. (FERNANDES, 1995, s.p)

Segundo este princípio, a Constituição está no vértice do sistema jurídico nacional, isto é, tem posição hierárquica superior em relação a todas as espécies normativas e atos jurídicos do sistema jurídico (significa que a existência válida dos atos normativos só é possível se respeitarem a Lei Maior), sob pena de serem considerados revogados ou inconstitucionais. (SILVA, 2008, apud LIMA, 2011, p.144)

Além, os direitos fundamentais podem gerar pretensões subjetivas, exigíveis judicialmente, cabendo ao Poder Judiciário, ao interpretar essas normas definidoras de direitos fundamentais, buscando a solução que dê maior eficácia ao direito em jogo, tratando tão somente do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (também denominado de princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva). (MARMELSTEIN, 2008, p. 54)

Cumpra observar os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. (2004, p.374, apud LIMA, 2011, p.147)

Insta salientar que, o princípio da efetividade é importantíssimo na interpretação dos direitos fundamentais, pois, sem efetividade os direitos seriam meras declarações políticas ou morais, sem nenhuma força normativa. (LIMA, 2011, p.147)

Em derradeiro, na interpretação conforme a Constituição, dizem respeito ao fato que os direitos fundamentais representam uma ordem objetiva de valores capazes de influenciar a interpretação de todo ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2008, p. 54)

É a busca para assegurar a constitucionalidade da interpretação (em harmonia com a Constituição). Ocorre quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite que se obtenha um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma, em que se deve dar preferência à interpretação que esteja mais próxima com a Constituição. (LIMA, 2011, p.148)

Por todo exposto, tendo em conta esses vários princípios de interpretação que está ligado à limitação de direitos fundamentais, serão visto no próximo capítulo

o principal princípio de interpretação Constitucional (Hermenêutica Constitucional), a regra da proporcionalidade.

3.3.2 Princípio da Proteção do Núcleo Essencial

A primeira observação importante a ser feita é que em nenhum caso, uma lei pode restringir um direito fundamental que possa afetar seu conteúdo mínimo ou essencial (que deixe seu conteúdo esvaziado). Trata-se de ferramentas argumentativa contra leis que restrinjam direitos fundamentais. (MARMELSTEIN, 2008, p. 96)

Todavia, diante de circunstâncias específicas, o Judiciário, em situações concretas, ao sopesar valores em conflitos, pode afastar por completo um determinado direito fundamental, atingindo seu núcleo essencial (o que não é o ideal, mas, será inevitável em dadas situações). Com outra razão, a lei poderá eventualmente atingir o núcleo essencial, em que alguns casos implicarão a restrição total³⁵. (MARMELSTEIN, 2008, p. 96)

Por tais razões, o princípio da proteção ao núcleo essencial pode ser associado ao princípio da proporcionalidade, por estar atingindo eventualmente o núcleo essencial de um dado direito, como se observa, se uma lei que restringe (desde que associada ao princípio da proporcionalidade) é proporcional.

³⁵ Como se nota, por exemplo no direito à vida. Quando o Código Penal autoriza a realização do aborto em caso de gravidez que possa resultar risco à vida da gestante (está autorizando uma restrição total ao direito à vida do feto). Quando a Constituição em caso de guerra a pena de morte (está atingindo o núcleo essencial do direito à vida). (MARMELSTEIN, 2008, p. 96)

3.3.3 Princípio da Proibição de Abuso de Direito Fundamental

O Estado tem o dever de impedir a violação dos direitos fundamentais, devendo criminalizar e punir, como se extrai do artigo 5º, inciso XLI³⁶.

Mister se faz ressaltar, o entendimento de George Marmelstein que conclui, “sacralizar as garantias criminais, como se fossem valores absolutos e exageradamente inflexíveis significa abrir a porta para a impunidade”. Diante disso, os direitos fundamentais não podem servir de escudo para impunidade, tendo em vista, o Estado tem o dever de punir qualquer violação a esses direitos. As interpretações por parte de alguns membros do Judiciário nas quais, colocam as garantias fundamentais como valores intocáveis e inflexíveis (imputando aos direitos fundamentais a culpa pela impunidade incurável que aflige o país), estes julgadores devem ser atentar para a idéia do princípio da proporcionalidade, assim, cumprindo com o dever de combater a criminalidade. (2009, p.103)

Nesse passo, a com o intuito a finalizar, deve se levar em consideração que qualquer restrição a direitos fundamentais deve ser desconfiada, ou seja, exige-se uma enorme carga argumentativa para afastar a garantia constitucional, qual seja, a aplicação do princípio da proibição de abuso, depende de comprovação (não se pode alegar vagamente para justificar toda ou qualquer suspensão), dever estar baseada em elementos concretos (de que a norma está sendo utilizada para prática de crimes), antes de violar o direito fundamental. (MARMELSTEIN, 2008, p.103)

Em que se pese, no Brasil, não há uma norma Constitucional acolhendo o princípio da proibição de abuso de direito fundamental, no entanto, é latente no sistema Constitucional³⁷. Entrementes, pode-se verificar é que os direitos fundamentais não podem ser usados para fins ilícitos, porque esses direitos servem para promover a dignidade e o bem estar do ser humano e não para ameaçar esses valores.

³⁶ Art. 5º, XLI. A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. (BRASIL, 20141b, p.08)

³⁷ Inúmeras normas possibilitam visualizar essa limitação como quando a Constituição Federal diz que o domicílio é inviolável, mas pode ser invadido em caso de flagrante delito (artigo 5º, XI). Quando resguarda o sigilo das comunicações, mas possibilita a interceptação telefônica para fins de investigação criminal (artigo 5º XII). A liberdade é protegida, sendo possível a prisão em caso de flagrante delito ou por ordem de autoridade competente (art 5º, LXI). (BRASIL, 2014b, p.8-9)

3.3.4 A Busca e o Discernimento para a Solução de Colisões de Direito Fundamentais

Nos moldes explicitados, em resumo, as normas constitucionais são contraditórias, pois refletem uma diversidade ideológica do Estado Democrático de Direito, desta forma, frequentemente, no mesmo aplicativo, entram em colisão.

Tais direitos são essencialmente conflitantes por estabelecerem diretrizes e, direções opostas. Qualquer solução a ser adotada em um conflito desse tipo resultará na restrição (às vezes total) de um dos dois valores, ou seja, são de complexa solução. Tudo vai depender das informações fornecidas pelo caso concreto e das argumentações apresentadas pelas partes do processo judicial.

Para introduzir um argumento a favor da solução das Colisões de Direitos Fundamentais, buscar-se-á, a máxima otimização da norma. O agente concretizador deve efetivá-la até onde for possível atingir o máximo a vontade constitucional sem sacrificar outros direitos igualmente protegidos.

Ocorre, que o dever de respeitar, proteger e promover um determinado direito pode resultar em uma eventual violação de outro direito.

Em vista do exposto, enfatizou-se que considerar os direitos fundamentais como princípios, diz respeito, a aceitar que não há direitos absolutos, já que são passíveis de restrições recíprocas. O designo deste presente estudo é justamente este. Apesar de serem os valores mais importantes, ocupando o ponto mais alto da hierarquia jurídica, eles podem ser restringidos caso o seu exercício possa ameaçar a coexistência de outros valores constitucionais.

Como bem salientou George Marmelstein, “se não houvesse limite para o exercício de direitos fundamentais seria um verdadeiro caos”. Imagine, se todos pudessem fazer o que quisessem mesmo prejudicando outras pessoas, “numa situação assim, voltaríamos à lei do mais forte”. A lei é um instrumento de limitação da liberdade e, essencial para essa mesma liberdade, ou seja, “limitar direitos não é apenas plenamente possível como muitas vezes necessário”, assim, “os direitos

fundamentais são normas jurídicas e, portanto, de compulsória observância". (2008, p.64)

O esforço de comprovar a imperatividade das normas constitucionais seria desnecessário se fosse possível afastar a aplicação do direito fundamental sem observar critérios seguros, assim, qualquer limitação dos direitos fundamentais devem ser consideradas suspeitas, neste raciocínio, deve passar por um exame constitucional mais rigoroso.

Esse retrospecto do abordado serve de sustentação ao entendimento da teoria ao tema aludido.

Desta feita, os eventuais conflitos em que estão envolvidos são sempre resolvidos por meio da ponderação, utilizando-se a Regra da Proporcionalidade. No qual, neste próximo capítulo se pretende estabelecer uma posição consubstanciada dos autores, buscando oferecer de forma sintética, para que sirva de paradigma, sem a pretensão de solucionar em definitivo os dilemas propostos.

Esta assertiva sobre o emprego da Regra da Proporcionalidade é válida, tanto para as colisões em sentido estrito, quanto em sentido amplo, no qual será explicitada subseqüentemente.

4 A REGRA DA PROPORCIONALIDADE

Primeiramente deve-se entender a definição no que se refere ao *status* de princípios ou de regra (já definidos anteriormente). Assim, conjectura Luiz Virgílio Afonso da Silva, sobre a definição da regra de proporcionalidade³⁸:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito. No que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos princípios fundamentais. Empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. (2002, p. 23-50)

Com esse entendimento, os legisladores usam de argumento para suas decisões, conforme o acórdão contemplado, a seguir:

A RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. DIREITO À INDIVIDUALIDADE. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRÁTICA LÍCITA. CONDENAÇÃO AFASTADA. Ao se confrontarem os preceitos constitucionais da inviolabilidade da personalidade e da liberdade de manifestação e informação, em aparente antinomia, lança-se mão do princípio da proporcionalidade para se chegar a uma interpretação justa e harmônica no caso concreto. Hipótese em que o texto objeto da controvérsia não tem o alcance dado pela inicial, causando, quando muito, um mero dissabor decorrente da disputa política no âmbito do sindicato. Nº 70039934286 2010/CÍVEL DESA. MARILENE BONZANINI (PRESIDENTE) E DES. LEONEL PIRES OHLWEILER. Porto Alegre, 27 de abril de 2011. DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY, Relator.

O caso supracitado é um dos exemplos mais clássicos, o direito à informação em choque com o direito à imagem; a liberdade jornalística em confronto com o direito da intimidade; a liberdade de comunicação alastrando-se na esfera de privacidade dos indivíduos; a livre manifestação do pensamento transgredindo a honra de pessoas.

³⁸ No sentido aqui adotado, não é sinônimo de razoabilidade. A proporcionalidade de uma medida que restringe um determinado direito fundamental não é somente analisar se a medida é razoável.

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO. REITERAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIBERDADE DE IMPRENSA. DIREITO À HONRA, INTIMIDADE E PRIVACIDADE. APARENTE CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOABILIDADE. MATÉRIA JORNALÍSTICA. CASO CONCRETO. 1. Não reiterados os agravos retidos, nos termos do artigo 523, § 1º, do CPC, não estão aptos a serem conhecidos. 2. Ocorrendo aparente conflito entre dois princípios constitucionais (liberdade de expressão de imprensa, direito à honra, intimidade e privacidade), deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade para a resolução do impasse. Caso concreto em que a matéria jornalística objeto da controvérsia limitou-se a reproduzir a denúncia de arrecadação de verbas “não contabilizadas” para campanha política a partir da entrevista de um ex-assessor do partido, que inclusive demandou judicialmente a legenda. Inexistência de abuso. Dano moral não verificado. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. APELO DESPROVIDO. TCSD Nº 70036939890 2010/CÍVEL. DES.^a IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA (PRESIDENTE E REVISORA) E DES.^a MARILENE BONZANINI BERNARDI. Porto Alegre, 01 de dezembro de 2010. DES. TASSO CAUBI SOARES DELABARY, Relator.

Neste exemplo, a seguinte situação, um jornal de grande circulação nacional resolve publicar uma matéria tratando de detalhes da arrecadação de verbas de um político contra a vontade deste. Neste caso, há um conflito de dois valores: de um lado, a liberdade de expressão (elemento indispensável para o desenvolvimento das idéias e para a democracia) e de outro lado, os direitos de personalidade, valores básicos para dignidade humana. Ambos protegidos pela Constituição, mas um dos dois terá que ceder diante do caso concreto. (MARMELSTEIN, 2008, p.59)

Neste sentido cabe trazer a baila, os preceitos de Wilson Antonio Steinmetz, em que o princípio da proporcionalidade apresenta subprincípios ou princípios parciais. Trata-se da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Antes de estudar cada um desses princípios parciais, deve-se ficar claro que:

O princípio da proporcionalidade, em matéria de limitação dos direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela limitação, e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora, que pretende tornar possível o alcance do fim almejado. O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não-excessiva, não-arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional. (2004, p.149)

De acordo com esses preceitos, percebe-se, portanto, como o princípio da proporcionalidade está relacionado com a adequação, necessidade e racionalidade

entre meios e fins, sendo que tal fim deve ser constitucionalmente previsto. É somente com a aplicação da proporcionalidade, através de seus subprincípios, que se alcançará a solução para a colisão de direitos fundamentais.

4.1 CONCEITO

Neste lanço, a expressão proporcionalidade tem sentido literal de equilíbrio e de relação harmônica entre duas grandezas. (BARROS, 2003, p.96)

Por sua vez, no âmbito jurídico, o princípio da proporcionalidade visa a aferir a constitucionalidade das medidas restritivas de direito fundamentais. A sua aplicação se dá toda vez que houver a intervenção do Estado na esfera da liberdade do indivíduo, ou seja, em sentido amplo, nas situações de conflito de direitos fundamentais, deverá ser realizada de forma adequada e justa, buscando a máxima proteção dos direitos concorrentes. As limitações e as restrições aos direitos fundamentais devem ser adequadas, necessárias e proporcionais (em sentido estrito), o interprete avalia a correlação entre os fins visados e os meios empregados, protegendo os indivíduos das intervenções estatais desnecessárias ou excessivas nos atos do Poder Público. (BARROS, 2003, p.96 apud LIMA, 2011, p.153)

No próximo tópico, cabe tecer breves comentários das possibilidades jurídicas por meio dos subprincípios da proporcionalidade em sentido estrito.

4.1.1 Adequação

Na adequação há a verificação da aptidão que certo meio apresenta para realizar o fim em questão. Será adequado se o meio for capaz de realizar o fim, assim, haverá passado no primeiro teste da proporcionalidade. Percebe-se que neste momento há o confronto entre meio e fim. Virgílio Afonso da Silva sustenta que adequado não é somente o meio que propicia o atendimento do objetivo

colimado, mas também aquele meio que fomenta ou promove aquele fim, mesmo que este não seja completamente realizado. (2002, p. 36)

Por exemplo, numa investigação do crime de estupro, o delegado de polícia pede ao Poder Judiciário a quebra de sigilo bancário do acusado para saber o quanto ele tem na conta. Este pedido deve ser indeferido, porque entre a elucidação do crime sexual e o meio e o fim almejado não há qualquer relação com a relação à restrição do direito fundamental. Sendo o pedido inadequado, não é proporcional, somente se autoridade policial apresentar alguma justificativa adequada a quebra de sigilo será útil.

Neste sentido, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são apropriados, portanto, não há adequação. Quando o meio for possível de demonstrar que não é apto a obter o resultado pretendido, poderá ser anulado pelo Poder Judiciário. Visto que a regra é de que somente é válida a limitação se for compatível, ou seja, adequada.

4.1.2 Necessidade

Passa-se, então, para a análise do subprincípio da necessidade, também conhecido como princípio da exigibilidade, da menor ingerência possível, da indispensabilidade ou da intervenção mínima.

Após perquirir se o meio é apto para alcançar o fim desejado, deve-se pesquisar se não há outro meio igualmente eficaz para o alcance daquele fim, mas que seja menos gravoso para o direito fundamental restringido. Atente-se para o fato de que o meio menos gravoso deve alcançar ou promover o fim objetivado com a mesma eficácia do meio mais gravoso, de modo que a existência de um meio menos gravoso e menos eficaz não se apresenta apto para passar no teste da necessidade. Através do subprincípio da necessidade, portanto, há o confronto entre meios. (SILVA, 2002, p.38)

Em outras palavras, dentre as várias medidas restritivas de direitos fundamentais igualmente aptas para atingir o fim perseguido, a Constituição determina que o julgador escolha aquela menos lesiva para o direito afetado,

devendo ser compreendida como necessária, quando não há outro meio menos gravoso, ou substituída por outra medida igualmente eficaz.

4.1.3 Proporcionalidade em Sentido Estrito (Ponderação)

Inicialmente, apenas podem colidir princípios constitucionais, e estes podem colidir gerando uma tensão que será solucionada pela ponderação. Assim, pela proporcionalidade em sentido estrito, examina-se pela proporcionalidade entre a medida fixada na decisão judicial e sua eficácia referente aos direitos fundamentais colidentes, tendo-se sempre em vista a finalidade constitucional.

Neste sentido Alexy, formulou a ponderação, de modo que quanto maior for o grau de afetação ou não satisfação de um princípio, e o grau de satisfação ou não afetação de outro, que traz a idéia de proporção entre perdas e ganhos. (2002, p. 105).

O que ocorre é que, mesmo havendo desvantagens para o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra superam aquelas desvantagens, na qual justifica a adoção de determinada medida restritiva proporcional em sentido estrito. (GERRA FILHO, 2005, p. 95)

Por fim, tem-se a necessidade de estabelecer o exato procedimento de aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, adiante desenvolvida.

4.1.3.1 Técnica para ponderação (proporcionalidade em sentido estrito)

A ponderação (ou de balanceamento, ainda, sopesamento de valores) tem relevância para o constitucionalismo, tendo em vista, a existência de uma hierarquia abstrata de bens constitucionais, tornando indispensável o balanceamento no caso concreto. Ainda, devido à natureza principiológica de muitas normas constitucionais, cuja tensão, não pode seguir uma lógica de exclusão, concernente à aplicação

radical do “tudo ou nada”, assim, demandando, um sopesamento dos princípios colidentes. Além disso, a diversidade de valores protegidos pelo texto constitucional, que demanda uma leitura pluralista dos direitos e bens constitucionais colidentes, exigindo uma fundamentação rigorosa para a solução da tensão, a fim de evitar subjetivismos do julgador. (CANOTILHO, 2002, p. 1237).

Em outros termos, entende-se que a ponderação é uma técnica para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. Quando existem normas constitucionais em colisão, pois elas são normas de igual hierarquia, publicadas ao mesmo tempo e com o mesmo grau de abstração, que, no caso concreto, fornecem conseqüências jurídicas opostas. E aí surge a necessidade de se partir para a técnica da ponderação, através da qual o jurista deverá levar em conta todos os interesses em jogo a fim de encontrar uma solução constitucionalmente adequada, com base em uma argumentação coerente, consistente e convincente. (PEREIRA, 2006, p. 506)

Jane Reis Gonçalves Pereira, na mesma direção, esclarece:

A ponderação pode ser conceituada como a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, qual deles possui o maior peso e deve prevalecer [...]. Ponderação, como técnica de decisão, identifica-se com a proporcionalidade em sentido estrito, que determina que se coloquem em equação os ônus e as vantagens que defluem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito [...]. A grande virtude da ponderação consiste na transparência que esse método pode conferir ao processo de decisão. (2006, p. 506).

A proporcionalidade *strictu sensu* traz elementos que complementam os subprincípios da adequação e da necessidade, no momento em que “a idéia de equilíbrio entre valores e bens é exaltada”. (BARROS, 2003, p.85)

Na opinião de Silva, segue o raciocínio, para que uma medida seja desaprovada nos termos da proporcionalidade em sentido estrito, é desnecessário que um direito fundamental deixe de ser aplicado ou a medida atinja o núcleo essencial de certo direito fundamental. Mas deve verificar se os motivos que basearam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. (2002, p. 23)

Enquanto o subprincípio da necessidade cuida de uma otimização com relação às possibilidades fáticas, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito cuida de uma otimização de possibilidades jurídicas. (BARROS, 2003, p. 86)

Neste raciocínio, quando existem normas constitucionais em colisão, no caso concreto, fornecem conseqüências jurídicas opostas. Ocorre é que, as regras de solução (hermenêuticas tradicionais), não servem para solucionar o conflito previsto, surgindo à necessidade de se partir para a técnica da ponderação, através da qual o aplicador do direito (jurista) deverá levar em conta todos os interesses em jogo a fim de encontrar uma solução constitucionalmente adequada, com base em uma argumentação coerente, sólida e convincente.

Ocorre que, a ponderação é o dever de argumentar com transparência, em que o julgador expõe com ética e consciência, todos os motivos relevantes que o levaram a decidir em favor de um ou de outro princípio constitucional.

George Marmelstein explica que essa técnica está longe de ser um modelo perfeito e acabado, porque, não oferece nenhuma resposta segura e objetiva para os difíceis casos envolvendo direitos fundamentais, mas fornecem e desenvolvem algumas ferramentas para aguçar o sentido de justiça e bom senso, com a busca do dever de prudência, equilíbrio e proporcionalidade, sempre forçando a seguir valores constitucionais. (2008, p.81)

A técnica da ponderação, o jurista deverá tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, através do princípio da concordância prática.

4.1.3.2 Concordância prática ou harmonização

Através dele deste princípio, o intérprete, ao se encontrar com uma tensão entre princípios ou colisão de direitos fundamentais, deve pautar sua decisão de maneira a não sacrificar integralmente um dos pólos colidentes. Essa preocupação se dá pelo fato de não possuir uma hierarquia abstrata entre eles. Assim, com o fim de harmonizar os princípios em litígio, dever-se-ia estabelecer limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir a harmonização entre eles.

Logo, o princípio da concordância prática³⁹ implica ponderações. (CANOTILHO, 2003, p. 1225)

Embora a convergência entre o princípio da harmonização e o método da ponderação, sendo esta é uma determinação daquela, é possível fazer uma diferenciação. Neste sentido, Canotilho aponta que ponderar princípios significa sopesá-los no caso concreto, decidindo quais deles apresentam um maior peso em face dos outros. Já harmonizar princípios versa na tarefa de conciliá-los, assegurando, no caso concreto, a aplicação conjunta deles. Deste modo, a ponderação de bens acaba por suscitar uma hierarquia axiológica móvel entre os princípios, pois se atribui um “peso” ou “valor” maior ou menor entre eles, ocasionando uma hierarquização, sendo que tal relação é instável, podendo mudar de acordo com novas circunstâncias fáticas e jurídicas, daí a referida mobilidade. (2003, p. 1241)

Não se pode perder de vista, contudo, que qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser considerada suspeita e, por isso mesmo, deve passar por um exame constitucional mais rigoroso, cabendo ao Judiciário exigir a demonstração de que a limitação se justifica diante de um interesse mais importante (MORO, 2000, p.180).

Em outras palavras, quanto mais intensa a intervenção legislativa nos direitos fundamentais, maior será o ônus de argumentação imposto ao legislador para justificar a constitucionalidade da lei. É que quanto mais intensa a restrição ao direito, mais fortes hão de ser as razões em favor dos bens e direitos que amparam a restrição (princípio da proporcionalidade). Assim, nos casos de intervenções severas em que não seja possível identificar com segurança motivos que as justifiquem, há de prevalecer o direito, com a declaração de inconstitucionalidade da lei restritiva. Diversamente, nos casos das intervenções leves nos direitos, entre em jogo o princípio da presunção de constitucionalidade, impondo-se, assim, cargas de argumentação menos severas para a imposição de restrições aos direitos. (JANE, 2006, p.182)

³⁹ De acordo com o Tribunal Constitucional Alemão, “determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas em todas elas o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas”. (SCHWAB, 2006, p.134)

É o princípio da máxima efetividade, visto que exige ao aplicador do direito sempre fazer com que o direito fundamental atinja a sua realização plena.

Em resumo ao que foi dito sobre o princípio da proporcionalidade, pode-se dizer que uma medida restritiva de direito fundamental será válida se for proporcional; e será proporcional se for (a) adequada (ou seja, se atinge o fim almejado), (b) estritamente exigível e não excessiva (por causar o menor prejuízo possível) e finalmente, (c) proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens. Eis a essência do princípio da proporcionalidade.

4.1.3.3 Sopesamento de Valores

Convém reconhecer que há diferentes situações que serão impossíveis a conciliação dos interesses em jogo, pois a proteção de um determinado direito fundamental inevitavelmente acarretará a violação de outro bem jurídico protegido pela Constituição.

Cabe referir, neste ponto, por oportuno, a precisa observação de Virgílio Afonso da Silva:

É possível que, em casos concretos e específicos, após a aplicação da proporcionalidade e de sua terceira sub-regra, a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento/ponderação), nada reste de um determinado direito. Por mais que isso soe estranho e possa passar certa sensação de desproteção, isso apenas reflete o que ocorre em vários casos envolvendo direitos fundamentais. [...] Em diversos casos, por ser impossível graduar a realização de um determinado direito, qualquer restrição a ele é uma restrição total ou quase total⁴⁰. (2006, p.44)

O sopesamento/ponderação é uma atividade intelectual que, na presença de valores colidentes, optará qual deve prevalecer e qual deve ceder (em situações em que a harmonização se mostra inviável).

Como apontou George Marmelstein:

⁴⁰ Por exemplo, quando alguém tem seu sigilo telefônico e conversas interceptadas, nada sobra desse direito fundamental. Quando um terreno é desapropriado, o seu direito de propriedade desaparece por completo. Também, quando se proíbe a exibição de um determinado programa de televisão ou publicação de matéria jornalística, a liberdade de imprensa pouco lhe sobra. Igualmente, quando alguém é condenado a uma pena de reclusão, sua liberdade de ir e vir é ceifada.

E talvez seja justamente aí que reside o grande problema da ponderação: inevitavelmente, haverá um descumprimento parcial ou total da norma constitucional. Quando duas normas constitucionais colidem faltamente o juiz decidirá qual a que 'vale menos' para ser sacrificada naquele caso concreto. (2008, p.87)

Ressalta-se ainda, embora não haja, do lado exclusivamente normativo, hierarquia entre direitos fundamentais, já que todos estão no mesmo plano jurídico constitucional, entretanto, sob o aspecto ético/valorativo, a existência de diferentes níveis de importância dos direitos previstos constitucionalmente. É nesse aspecto, possível falar em hierarquia axiológica entre as normas constitucionais⁴¹.

Em muitas hipóteses, o sopesamento será uma atividade complexa, com critérios pouco objetivos de decisão, a depender bastante do perfil ideológico do sujeito que irá realizar a ponderação. Competindo, ao mesmo tempo, ao legislador ordinário, com base na sua liberdade de conformação, densificar as normas constitucionais com vista a tornar mais seguro e mais previsíveis o processo decisório. Ainda que, algumas das vezes, representam escolhas políticas⁴² que irão indicar qual valor constitucional é o mais importante. (MARMELESTEIN, 2008, p.88)

No entanto, essa hierarquia axiológica entre os direitos fundamentais, em regra, não pode ser determinada abstratamente pelo jurista. Embora muito difícil estabelecer⁴³, de imediato, qual direito fundamental mais importante⁴⁴, essa hierarquia será estabelecida sempre à luz do caso concreto, ou seja, essa hierarquia em cada caso dependendo de suas peculiaridades, fornecerão as bases argumentativas para descobrir qual direito fundamental é o mais importante, através do exercício da ponderação.

⁴¹Por exemplo, ninguém diria que o direito de liberdade de religião autorizaria a prática de atos de sacrifícios de vidas humanas. Nessa situação, certamente, o direito a vida é considerado mais importante do que o direito de crença.

⁴²Por exemplo, quando o Código Penal previu que não seria punido o aborto quando houver risco de vida para mãe e no caso de estupro. Nestes casos, o legislador fez uma escolha política de restringir a proteção do direito a vida do embrião, em face da vida da própria gestante ou da dignidade da mulher vítima de estupro.

⁴³Tirando as situações estremadas, como exemplo, o direito à vida versus o direito de lazer.

⁴⁴Difícil dizer, por exemplo, se a liberdade de expressão vale menos que o direito a intimidade ou vice-versa.

4.2 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E ISONOMIA

A Constituição Federal estabelece no art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, consagrando o direito do ser humano de não ser discriminado. Contudo, essa igualdade não é absoluta (também a igualdade pode ser restringida), desde que se observe o princípio da proporcionalidade. (BRASIL, 2014b, p.07)

O princípio da proporcionalidade em algumas vezes é confundido com o princípio da isonomia, em que o primeiro vai serve para averiguar se as restrições ao direito fundamental à igualdade são válidas. De resto, a Constituição proíbe não é a discriminação em si, mas a discriminação desproporcional, contudo, justificado através de uma argumentação convincente, através do princípio da proporcionalidade. (MARMELESTEIN, 2008, p.110)

Inclusive, Willis Santiago Guerra Filho defende:

Ambos os princípios, da igualdade e da proporcionalidade, acham-se estritamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia, pois como se encontra assente em nossa doutrina (igualdade proporcional). (1995, s.p.)

Nos dispositivos legais esculpados na legislação brasileira, como se observa na própria Constituição criou-se discriminações específicas. Quando, criou cargos ocupados somente por brasileiros natos; criou regras mais benéficas de aposentadoria para as mulheres; “o foro privilegiado” (prerrogativa de funções) favorecimento a algumas autoridades. Inclusive, casos esses não violam a isonomia (foi o próprio constituinte quem fez essas discriminações), nem há a verificação do princípio da proporcionalidade, em verdade, não há normas constitucionais originárias inconstitucionais. (MARMELESTEIN, 2008, p.111)

Ao reverso, até uma lei pode estabelecer discriminações, contudo, estabelecidas à proporcionalidade. Como exemplo, a regra prevista no art. 28 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), em que o STF entendeu como proporcional à proibição de aquisição de armas de fogos aos menores de 25 anos de idade. O Ministro Ricardo Lewandowski, consignou a norma como válida na medida em que “tem o escopo evitar que sejam adquiridas armas de fogo por

peças menos amadurecidas psicologicamente ou que se mostrem, do ponto de vista estatístico, mais vulnerável ao seu potencial ofensivo”. A discriminação foi comprovada através de dados concretos, que as mortes causadas por arma de fogo nesta faixa etária (entre 24 e 25 anos de idade, sobretudo do sexo masculino), cresceram exponencialmente, e seria plenamente justificada. (BRASIL, ADI 3.112-DF, 2007, s.p)

O caso em tela, se a lei discriminatória não passar no teste da proporcionalidade, deverá ser anulada. E quando a Constituição contiver um mandamento proibindo determinado comportamento e a lei segue uma diretriz oposta, será esta inconstitucional, mas, será justificada com a demonstração à luz do princípio da proporcionalidade. (MARMELESTEIN, 2008, p.112)

A Constituição Federal adotou um conceito dinâmico⁴⁵ e multifuncional de igualdade, no qual, há um dever de não-discriminar (discriminação negativa), e também um dever de igualizar (discriminação positiva), em que o Estado tem a obrigação de agir para reduzir as desigualdades sociais, promover o bem-estar social, combater as causas da pobreza, etc. (MARMELESTEIN, 2008, p.112)

Assim, o Estado brasileiro, tem o dever de combater a discriminação negativa (art. 5º, XLI e XLII⁴⁶), e ao mesmo tempo, tem o dever de estimular a discriminação positiva (art. 3º, III⁴⁷).

Pode-se dizer, que as medidas que adotam a discriminação negativa presumem-se inconstitucionais, enquanto as discriminação positiva presumem-se válidas, somente podendo ser afastadas se violarem comprovadamente algum critério da proporcionalidade.

⁴⁵ A visão dinâmica da igualdade, pode ser compreendida, levando em conta o dever de respeito, proteção e promoção. No qual, o dever de respeito, no direito à igualdade proíbe que o Estado adote medidas discriminatórias arbitrarias, sem justificativas. No dever de proteção, o Estado deve adotar medidas capazes de impedir que particulares violem esse mandamento constitucional, porque o particular tem o dever ético-jurídico de respeitar seu semelhante. Já no dever de promoção, o Estado tem a obrigação de adotar medidas compensatórias para permitir que grupos socialmente desfavorecidos possam concorrer em igualdade de condições com os demais cidadãos (como exemplo, a necessidade de desenvolvimento de políticas de ação afirmativa, destinada a possibilitar a participação e ascensão social das pessoas em desvantagens socioeconômico-cultural). (MARMELESTEIN, 2008, p.112)

⁴⁶ “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (XLI); a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (XLII). (BRASIL, 2014b, p.08)

⁴⁷ Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (III). (BRASIL, 2014b, p.07)

4.3 PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Inicialmente, o interprete deve analisar a constitucionalidade do fim almejado e que será alcançado mediante a limitação imposta ao direito fundamental. Não devendo se esquecer que o referido princípio é protegido, tendo em vista de que se trata de direitos fundamentais, não se admitindo restrição que não seja por ele justificada. No mais, entendendo-se que o fim almejado encontra respaldo constitucional, passa-se à descrição fática do conflito, a fim de se apreender toda sua amplitude e complexidade, criando a base decisória para tornar possível, a análise dos subprincípios da proporcionalidade. Percebe-se, deste modo, que as duas primeiras consultas são preliminares. (STEINMETZ, 2004, p. 153-154)

Em um segundo momento, no sentido de questionar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito do meio empregado, valendo-se para o fato de que tal verificação é de abordagem contínua, de modo que se não há o atendimento da adequação, não há porque conjeturar a análise da necessidade ou da proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, se meio for adequado e necessário, estudar-se-á, finalmente, se a restrição posta a um dos princípios é justificada pela prevalência do outro, devendo-se, efetivamente, ponderar os princípios colidentes, aplicando o terceiro subprincípio da proporcionalidade. (ALEXY, 2008, p.111)

Desse modo, voltando à lei da ponderação antes referida, percebe-se que a ponderação desenvolve-se em três passos. Primeiramente, deve-se comprovar o grau de afetação ou não cumprimento de um dos princípios colidentes. Em seguida, deve analisar acerca da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Por fim deve-se investigar se a importância do cumprimento desse princípio justifica o prejuízo sofrido pelo princípio preterido. (ALEXY, 2008, p. 111)

Com a ponderação de bens, estabelecer-se-á uma relação de precedência condicionada do princípio em face do outro, tendo em vista as condições fáticas e jurídicas que propiciaram essa prevalência, ou seja, “as condições sob as quais um

princípio prevalece sobre outro constituem o pressuposto fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio prevalente”.⁴⁸ (ALEXY, 2008, p. 94)

Luiz Virgílio Afonso da Silva ainda dispõe que para a aplicação do princípio da proporcionalidade nem sempre demanda a análise de todos os seus subprincípios, tendo estes, portanto, uma relação subsidiária entre si. (2002, p. 35)

Para ilustrar esse aspecto, pode-se citar o caso da possibilidade de interrupção terapêutica da gestação de fetos anencéfalos (sem cérebro), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54).

Trata-se de um conflito específico de direitos fundamentais, dentre tantos outros presentes no ordenamento jurídico brasileiro, relacionado ao conflito entre o direito à vida intrauterina do anencéfalo versus os direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher quando opta pela realização do aborto (colisão de direitos fundamentais em sentido estrito).

Para relembrar, no referido caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, uma vez que, não atende ao princípio da proporcionalidade “compelir uma mulher a gestar um ser anencéfalo, que representa malformação letal que o incapacita para funções relacionadas à consciência e à capacidade de percepção, de cognição, de comunicação, de afetividade e de emotividade”, tendo em vista que jamais compartilhará da experiência humana. (BRASIL, STF, ADPF 54, 2013)

Como se vê, neste capítulo apresentou-se como poderia ocorrer uma colisão de direitos fundamentais em sentido amplo ou estrito, mostrando as diversas teses sobre sua fundamentação, seguidamente, de sua aplicação, que pressupõe a efetivação de testes concernentes a cada um de seus subprincípios, quais sejam, a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A ponderação,

⁴⁸ Imagine-se um indivíduo que se recusa a receber uma transfusão de sangue imprescindível para sua sobrevivência, tendo em vista sua crença religiosa. Tem-se a colisão entre o direito à liberdade religiosa (art. 5º, VI e VIII) e o direito à vida, bem inviolável (art. 5º, caput). Pode-se decidir no sentido de que, sendo a pessoa absolutamente capaz e estando totalmente consciente das consequências de seu ato (consentimento informado), não seria possível obriga-la a receber a transfusão. Assim, poder-se-ia formular uma regra na qual se a pessoa fosse absolutamente capaz e estivesse plenamente consciente de seus atos (pressuposto fático), ela não poderia ser obrigada a receber uma transfusão de sangue por respeito à sua liberdade religiosa (consequência jurídica). (SILVA, 2002, p.34)

verdadeiramente, encontra-se neste último princípio parcial. Com a ponderação, portanto, é possível solucionar uma tensão entre normas principiológicas, dotadas de mesma hierarquia constitucional, pois, apesar de elas não possuírem uma hierarquia abstrata, podem ser hierarquizadas no caso concreto, mediante o sopesamento dos princípios envolvidos.

5 CONCLUSÃO

A partir do exposto, por mais que se tente avançar na discussão e avaliar argumentos de interpretação, é possível perceber que uma solução constitucional adequada reclama grande investimento argumentativo.

Importa neste momento enfatizar, nesta quadra, que a Constituição Federal é abarrotada de dispositivos que comprovam a importância à tutela dos direitos fundamentais, que não resumem ao rol do artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, não é um rol taxativo, porquanto existem em outros dispositivos direitos fundamentais não catalogados.

Ao longo deste estudo foi possível observar, que os direitos fundamentais são aqueles indispensáveis à pessoa humana, inclusive, a sua ampliação nos campos de proteção em prol da dignidade da pessoa humana e da justiça social.

Na consolidação da proteção dos direitos fundamentais sob o título dimensões ou gerações de direitos, forma identificadas algumas etapas, não se restringindo sob a ótica clássica de três dimensões ou gerações de direitos fundamentais, visto que há doutrinas que apontam quatro ou cinco gerações, ainda, Paulo Bonavides aponta uma sexta dimensão de direitos.

No entanto, todo este apanhado serviu de contribuição para a sustentação da teoria e entendimento das categorias estudadas.

O que se percebe, que o direito Constitucional não é apenas o estudo sistemático do texto Constitucional, mas é imprescindível elaborar critérios de interpretação, com vistas a abranger a dinâmica sócio-cultural em detrimento com a escrita.

O que se buscou problematizar neste ensaio, é a importância que a norma constitucional possui, porquanto, necessita de métodos de interpretação próprios, devido seu caráter sintético e por estar numa categoria superior às outras normas de legislação ordinárias.

O entendimento prevaleceu no sentido de que a norma constitucional necessita de técnicas de interpretação próprias, em virtude de sua complexidade, e por apresentarem terminações muito imprecisas e vagas, em que os métodos de hermenêutica tradicional apresentam dificuldade e não são suficientes para

acomodar tal interpretação Constitucional. Acabando por deixar o legislador ordinário e para o Judiciário resolver conflitos, tendo a incumbência de desvendar os significados vagos das frases constitucionais, se não bastassem, elas estão carregadas de conteúdo ideológico, atrapalhando ainda mais à objetividade argumentativa, logo, devemos usar a chamada hermenêutica dos direitos fundamentais. Passando a existir em razão da colisão de normas Constitucionais, em que há um dever de aumentar a carga argumentativa das decisões judiciais, ou seja, o sopesamento de valores, que será por meio da regra da proporcionalidade.

Por fim, o direito é uma questão de hermenêutica, de interpretação. Na hermenêutica tradicional, basta identificar as normas sobre qual vai refletir o fato, e realizar a lógica formal.

Reputa-se pertinente esclarecer, que não foi possível estabelecer um exclusivo e eficaz procedimento de interpretação que se prevaleça sobre os outros, e que possa excluir por definitivo a necessidade ou a validade dos demais processos interpretativos. Porém, aponta-se o método apresentado foi o mais recomendado pelas jurisprudências e pelos doutrinadores como o melhor método para sustentar a construção teórica com relação à colisão de direitos fundamentais, qual seja a regra da proporcionalidade, denominada por alguns doutrinadores como o método hermenêutico concretizador, por permitir o método da ponderação, conseqüentemente à aplicação da regra da proporcionalidade.

Efetuando um retrospecto do abordado, estabeleceu-se a diferença entre princípios e regras. As regras são normas fundamentais no tudo ou no nada, necessitando ser cumprido precisamente a letra da lei. Os princípios podem ser efetivados em diferentes graus, levando-se em conta as possibilidades fáticas ou jurídicas que aparecerem no caso concreto. Essa denominação serviu de subsídio para diferenciar o conflito de regra e o conflito de princípios.

Imperando o entendimento de que o conflito de regras é resolvido no plano da validade, somente uma vai preponderar, e nestes casos são utilizados para solução os critérios da hermenêutica tradicional, quais sejam os, cronológicos, hierárquico e da especialidade. E o conflito de princípios é resolvido na dimensão de valor, em que são sopesados diante do caso concreto. Os princípios não se excluem, mas são preservados por meio de sopesamento de valores. Nestes casos, são utilizados para solução à ponderação, que por sua vez conduz à regra da proporcionalidade. Não

obstante, os Direitos fundamentais têm as mesmas características de mandados de otimização dos princípios.

Nesta feita, compreende que os direitos fundamentais não são absolutos. Porque não se alcançam através do tudo ou nada, no entanto, depende do caso concreto à busca da máxima otimização da norma. Abrigando os direitos fundamentais como princípios, é possível aceitar que são passíveis de restrição. A colisão de princípios é resolvida por meio da ponderação, utilizando-se à regra da proporcionalidade.

A colisão de direitos fundamentais acontece quando colide o exercício do direito fundamental de um titular com o direito fundamental de outro titular.

Em outra face, ocorre a chamada concorrência ou acumulação ou cruzamento de direito, sendo um autêntico conflito de direitos de um mesmo titular. Podendo ser de caráter especial e de direitos fundamentais de caráter especial, em que os critérios usados para a solução de conflitos são da especialidade ou da prevalência dos direitos fundamentais menos limitados. E a concorrência de caráter geral, neste deve fazer a proteção tomando por base todos os direitos concorrentes, já que não tem especialidade entre leis.

Constata-se, na solução de colisões dos casos concretos são usados princípios de interpretação, que permitem encontrar soluções justas e constitucionalmente adequadas, dentre os citados estão o princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da supremacia da Constituição; princípio da unidade da Constituição; princípio da máxima efetividade das normas constitucionais; princípio da concordância prática; princípio da proporcionalidade.

A regra da proporcionalidade visa aferir a constitucionalidade das medidas que vem a restringir os direitos fundamentais, de forma adequada, justa e buscando a proteção máxima dos direitos concorrentes, ou seja, adequadas, necessárias e proporcionais, avaliando a correlação dos fins visados e os meios que serão empregados, protegendo os indivíduos das intervenções excessivas ou desnecessárias.

A proporcionalidade é mais ampla e abrange a noção de razoabilidade, e a doutrina recomendou à regra da proporcionalidade porque ela deriva da própria estrutura dos direitos fundamentais em razão do seu caráter de principiológico.

Para sua aplicação prevê o repasse de três elementos: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na adequação, é usada para alcançar o fim proposto.

Na necessidade, é a indispensabilidade à conservação do fim legítimo que se almeja; é examinar se não há outro meio eficaz e menos gravoso para alcançar o fim. No entanto, há fins menos gravosos não eficazes, neste caso, não se apresenta apto para o teste da necessidade.

Na proporcionalidade em sentido estrito, consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental. Examina-se a proporcionalidade entre a medida fixada na decisão judicial e sua eficácia ao direito fundamental colidente. Trazendo elementos que complementa os princípios da adequação e da necessidade, ou seja, a medida tenha peso suficiente para justificar a restrição, cuida da otimização das possibilidades jurídicas, com base, numa argumentação sólida, coerente e convincente, expondo todos os motivos relevantes que levaram decidir por um ou outro princípio Constitucional.

Prevaleceu o entendimento que esta técnica não é modelo pronto e acabado e não fornece decisões seguras e objetivas para os casos difíceis envolvendo direitos fundamentais. Mas sem dúvidas, é a melhor ferramenta para aguçar o sentimento de justiça e bom senso, com o oferecimento de critérios mais objetivos, ou seja, mais justa.

Certamente não é fornecida uma resposta única, mesmo utilizando corretamente as técnicas argumentativas, sempre sobrar lugar para subjetividade e até mesmo para arbitrariedades. No entanto, o que se pode perceber: uma decisão proporcional, equilibrada e feita com prudência; com a explicitação de todos os motivos que levaram o magistrado a tomar a decisão; exigindo a profunda ponderação das vantagens e desvantagens; impondo o dever de coerência; exigindo a manifestação expressa dos argumentos que levaram a tomar a decisão; fundamentando seus pontos de vista e não valores pessoais, mas na própria ordem de valores da Constituição, têm-se, a forma mais correta de encontrar racionalmente decisões, conferindo maior legitimidade à argumentação judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. In: Revista de direito administrativo. São Paulo: [s.n.], 1999.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 2.ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ANDRADE, Carlos Drummond. **Amar se Aprende Amando: Poesia de Convívio e de Humor**. 21. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. **Código Civil**, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.

_____. **Constituição Federal de 1988**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

_____. **Código Penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014c.

_____. **Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014d.

_____. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014e.

_____. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014f.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC 7/2005, ADC-MC 12-6/DF.** Relator: Ministro Carlos Brito. Diário da Justiça: 12 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 03 mar. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.395 – DF.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, j. 2 mai. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia.asp>> Acesso em: 01 mar. 2011

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3112 – DF.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, j. 2 mai. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>> Acesso em: 01 mar. 2014

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54 – DF.** Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 12 abr. 2012. Diário da Justiça: 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> Acesso em: 01 out. 2014

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 23.452-RJ.** Relator: Ministro Celso de Melo. 2 mar.. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>> Acesso em: 01 mar. 2014

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 153.541-SC.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça: 07 jun. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia.asp>> Acesso em: 05 mar. 2014

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 158.215 – RS.** Recorrente: Ayirton da Silva Capaverde e outros. Recorrido: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça: 07 jun. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>> Acesso em: 05 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recursos Extraordinários nº 158.215-4, 161.243-6 e 201.819.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 161.243 – DF.** Recorrente: Joseph Halfin. Recorrido: Compagnie Nationale Air France. Segunda Turma. Relator: Ministro Carlos Velloso. Diário da Justiça: 19 dez. 1997. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>> Acesso em: 04 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201.819 – RJ.** Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Segunda Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça: 27 out. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>> Acesso em: 02 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 407.688-8.** Relator: Sidnei Sanches. Diário da Justiça: 05 dez. 1993. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia.asp>> Acesso em: 02 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Anencefalia: ministro Marco Aurélio libera processo para julgamento.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=173588&tip=UN>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

_____. TJRS. **Apelação Cível. 595000373.** 6ª.C.C. Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira. Julgada em 28.03.1995. Disponível em: <www.tjrs.gov.br>. Acesso em: 04 mar.2014.

_____. TJRS. **AGRAVO RETIDO. Nº 70036939890.** 9ª C.C. DES.ª Íris Helena Medeiros Nogueira, Des. Marilene Bonzanini Bernardi e Des. Tasso Caubi Soares Delabari. Porto alegre. Julgada em: 01 dez. 2010. Disponível em: <www.tjrs.gov.br>. Acesso em: 04 mai.2014

_____. TJRS. **Apelação Cível 70039934286.** 9ª. C.C. Des. Marilene Bonzanini (Presidente) e Des. Leonel Pires Ohlweiler.e Des. Tasso Caubi Soares Delabary, Relator. Porto Alegre. Julgado em: 27 de abr. 2011. Disponível em: <www.tjrs.gov.br>. Acesso em: 04 mai.2014

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2003.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. CAPEZ, Fernando. ROSA, Marcio Fernando Elias [Et. Al.]. **Curso de Direito Constitucional.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2.ed.rev. ampl. Curitiba: Juruá, 2003.

DORF, Michael & Tribe. Laurence. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rei, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos em Serio**. Barcelona: Arel Derecho, 1999.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. atual. Porto Alegre: S.A Fabris, 2000.

FERNANDES, Francisco. LUFT, Celso Pedro. GUIMARÃES, F. Marques. **Dicionário Brasileiro Globo**. 42.ed. São Paulo: Globo, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. MENDES, Ana Stela Vieira. **Os Direitos Humanos de 5ª Geração enquanto Direito a paz e seus reflexos no mundo do Trabalho – inércias, avanços e retrocessos na Constituição Federal e na Legislação**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/02_335.pdf>. Acesso em: 28 mai.14.

GERRA FILHO, Willis Santiago, **Princípio da Isonomia, Princípio da Proporcionalidade e Privilégios Processuais da Fazenda Pública**. Revista Nomos, vols. XIII/XIX, n.1/2, jan./dez. 1994/1995.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Tranfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6545>>. Acesso em: 22 mai. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12.ed. São Paulo, 2008.

_____. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Intérprete: Pedro Lenza. Aula 01. Curso Saber Direito: 20 anos de Constituição. TV Justiça. 52min03seg. 128Kbps. MPEG Áudio Layer – 3. STF: 2010. Disponível em: <www.direitointegral.com.br>

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão**. Curitiba: Juruá, 2011.

MAIA, Juliana. **Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo**/ org. Juliana Maia. 3ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

MARMELSTEIN, George. Controle Judicial dos Direitos Fundamentais. (Currículo Permanente. Caderno de Direito Constitucional: módulo 5) Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008.

MORAES, Alexandre de Moraes, **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 24.ed.São Paulo: Atlas, 2009.

MORO, Sérgio Fernando. **Legislação suspeita? Afastamento da presunção de constitucionalidade da Lei**. Curitiba: Juruá, 2000.

NOVELINO, Marcelo Cardoso. **Direito constitucional para concursos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

PAULO, Vicente de. **Direito Constitucional em exercícios**. Aula 03. Curso On-line. CESPE, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 10.ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2009.

_____. **Direitos Fundamentais: Comentários de Jurisprudência.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Jan-Mar. 2008. Disponível em: <<http://facnopar.com.br/revista/2010/ColisaodeDireitosFundamentais.pdf>>

SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil.** In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma teoria, In: **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável.** In: RT/Fase Civ. Ano 91.v.798, abr 2002.

_____. **O conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais.** In: Revista de Direito do Estado n. 4, Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.