

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANTONILSON LÉLIS FRANÇA**

**EFETIVAÇÃO E RESOLUÇÃO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**  
**ENQUANTO FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:**  
**APONTAMENTOS SOBRE A DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL**

**São Luís/MA**

**2016**

**ANTONILSON LÉLIS FRANÇA**

**EFETIVAÇÃO E RESOLUÇÃO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS  
ENQUANTO FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:  
APONTAMENTOS SOBRE A DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao  
Curso de Direito, como requisito parcial para  
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof(a). Ma. Maria da Conceição  
Meirelles Mendes

**São Luís/MA**

**2016**

França, Antonilson Lélis

Efetivação e resolução de colisão de direitos fundamentais enquanto fundamentos do Estado Democrático de Direito: apontamentos sobre a dogmática constitucional / Antonilson Lélis França. – São Luís, 2016. 84f.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2016.

Orientadora: Prof<sup>a</sup> Maria da Conceição Meirelles Mendes

1. Direitos fundamentais. I. Título

CDU 342.7

**ANTONILSON LÉLIS FRANÇA**

**EFETIVAÇÃO E RESOLUÇÃO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS  
ENQUANTO FUNDAMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:  
APONTAMENTOS SOBRE A DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao  
Curso de Direito, como requisito parcial para  
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / 2016. Nota: \_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof(a). Ma. Maria da Conceição Meirelles Mendes – Orientadora  
Universidade Federal do Maranhão

---

1º Examinador  
Universidade Federal do Maranhão

---

2º Examinador  
Universidade Federal do Maranhão

São Luís/MA  
2016

Dedico esta conquista ao meu pequeno príncipe Joaquim que, ainda no ventre materno, me enche de alegria e me faz olhar para o horizonte com esperança e com um desejo inabalável de seguir sempre em frente.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, à Força Superior, ao Pai da Criação, pelo dom da vida, pelas oportunidades, pela guarda e proteção, e por ter me conduzido até aqui em segurança.

Aos meus familiares e amigos pelo incentivo e apoio para que eu lograsse alcançar este objetivo, em especial, aos meus pais, meus irmãos e à minha companheira, que, não raras vezes, deixaram de receber a atenção merecida durante o tempo que emprestei ao curso e a este trabalho.

A todo corpo docente com quem tive a grata satisfação de conviver ao longo dos últimos anos nessa busca incessante por conhecimento e evolução, em especial à professora Maria da Conceição Meirelles Mendes, pela orientação, generosidade, gentileza e contribuição para a concretização deste estudo.

Aos colegas de curso, com quem compartilhei as alegrias e agruras desta jornada, pelo companheirismo, incentivo e amizade.

A todos os funcionários da universidade, do porteiro ao zelador, sem os quais não é possível manter em funcionamento toda a estrutura universitária.

E a todos àqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão desta ilustre Graduação, deste nobre Bacharelado.

“Pouco importa às pessoas saber que têm os direitos reconhecidos em princípio, se o exercício deles lhes é negado na prática.”

(Francisco Sá Carneiro)

## RESUMO

Os direitos fundamentais têm sido apontados pela doutrina como aqueles reputados substanciais à existência digna do ser humano, o que torna patente a busca por sua efetivação, de forma a garantir uma existência com dignidade. Entretanto, estudiosos do assunto estão assentes quanto à limitabilidade como uma das características desses direitos. Daí, que nenhum direito fundamental é absoluto, encontrando limites quando opostos a outros direitos também entendidos como fundamentais. A partir dessas considerações, uma vez definido o que são direitos fundamentais, qual a real natureza deles, bem como em que medida um direito fundamental pode ser restringido num caso concreto, o presente trabalho busca evidenciar a importância da efetivação dos direitos fundamentais e a ocorrência do fenômeno da colisão entre tais direitos e, a partir daí, examinando as posições doutrinárias sobre o tema, demonstrar que o método da ponderação é meio eficaz para a solução da colisão entre direitos fundamentais. Ao final, expõem-se julgados demonstrando a utilização desse método pelo Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte do país.

**Palavras-chave:** Colisão. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Efetivação. Ponderação.



## ABSTRACT

Fundamental rights have been mentioned by the doctrine as those substantial reputed to dignified human existence, which makes patent the search for its effectiveness, in order to guarantee a life with dignity. However, subject scholars are based on the limitabilidade as one of the characteristics of these rights. Hence, that no fundamental right is absolute, finding limits as opposed to other rights also seen as fundamental. From these considerations, once defined what are fundamental rights, which one the real nature and extent to which a fundamental right may be restricted in a particular case, this paper seeks to highlight the importance of enforcement of fundamental rights and the occurrence the phenomenon of the collision between such rights and, from there, examining the doctrinal positions on the subject, show that the weighting method is an effective means for resolving the conflict between fundamental rights. At the end, they are exposed judged demonstrating the use of this method by the Supreme Court, the highest court of the country.

**Keywords:** Collision. Dignity of Human Person. Fundamental Rights. Effectuation. Weighting.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1</b>	<b>Percepção Histórica e Terminologia .....</b>	<b>14</b>
<b>2.2</b>	<b>Gerações e Dimensões dos Direitos Fundamentais.....</b>	<b>18</b>
1.1.1	Gerações .....	18
2.2.1	Dimensão subjetiva.....	20
2.2.2	Dimensão objetiva .....	21
<b>2.3</b>	<b>Características dos Direitos Fundamentais.....</b>	<b>22</b>
2.3.1	Direitos universais e absolutos .....	22
2.3.2	Historicidade.....	23
2.3.3	Inalienabilidade/Indisponibilidade/Imprescritibilidade .....	23
2.3.4	Constitucionalização.....	24
2.3.5	Vinculação dos poderes públicos.....	24
2.3.6	Aplicabilidade imediata .....	25
<b>2.4</b>	<b>Titularidade e Exercício .....</b>	<b>26</b>
2.4.1	Pessoas jurídicas .....	26
2.4.2	Estrangeiros .....	28
2.4.3	Capacidade de fato e capacidade de direito .....	28
2.4.4	Sujeitos passivos.....	29
<b>3</b>	<b>EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>31</b>
<b>3.1</b>	<b>A Dignidade da Pessoa Humana .....</b>	<b>31</b>
<b>3.2</b>	<b>A Constituição Cidadã e os Direitos Fundamentais .....</b>	<b>35</b>
<b>3.3</b>	<b>A Reserva do Possível.....</b>	<b>38</b>
<b>3.4</b>	<b>Limites e Restrições de Direitos Fundamentais .....</b>	<b>42</b>
<b>4</b>	<b>COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>47</b>
<b>4.1</b>	<b>Regras e Princípios .....</b>	<b>47</b>
4.1.1	Conflito entre regras .....	50
4.1.2	Conflito entre princípios .....	50
4.1.3	Conflito entre princípios e regras .....	50
<b>4.2</b>	<b>Caracterização da Colisão .....</b>	<b>51</b>
<b>4.3</b>	<b>Âmbito de Proteção .....</b>	<b>55</b>
<b>4.4</b>	<b>Colisão Autêntica e Colisão Aparente.....</b>	<b>58</b>

<b>5</b>	<b>RESOLUÇÃO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>62</b>
<b>5.1</b>	<b>Proporcionalidade e Razoabilidade .....</b>	<b>62</b>
<b>5.2</b>	<b>A Ponderação como Meio de Solução .....</b>	<b>66</b>
<b>5.3</b>	<b>A Necessária Análise do Caso Concreto .....</b>	<b>70</b>
<b>5.4</b>	<b>O Supremo Tribunal Federal na Resolução da Colisão: Exposição de Casos .....</b>	<b>73</b>
5.4.1	Rcl-QO 2040 DF: Direito à intimidade e vida privada e moralidade administrativa ...	74
5.4.2	ADPF Nº 54: Antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia .....	75
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>78</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>82</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução histórica constitucional se deu através de revoluções que trouxeram significativas mudanças na estrutura do Poder-Estado com o fim de que se fizessem preponderar os direitos e valores inerentes à pessoa humana, para que, sob a ótica do reconhecimento dos direitos fundamentais, se exercite o Estado Democrático de Direito.

Em geral, os direitos fundamentais são aqueles inerentes à natureza humana, como também aos seus valores mais elevados, que concorrem para consagração, proteção e efetivação da dignidade da pessoa humana, consubstanciando o núcleo indispensável de todo ordenamento jurídico.

Esses direitos ostentam papel essencial na sociedade à medida que a tradicional relação entre o Estado e o indivíduo se inverte, ou seja, na medida em que o indivíduo passa ser o centro de todo ordenamento jurídico, lugar outrora ocupado pelo Estado. Esse novo Estado existe em função das necessidades do indivíduo, e não o inverso, como se supôs em outros tempos.

Com as primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram a ter lugar de destaque, havendo o seu reconhecimento como norma jurídica com máxima força vinculativa e judicialmente exigível. E, à medida que as constituições lograram reconhecimento como documento jurídico-normativo, com máxima força vinculativa estendida a todos os poderes constituídos, incluindo-se o poder constituinte de reforma, o dever de observar e de concretizar os direitos fundamentais passou a ser de todos.

O objetivo geral deste trabalho é analisar as posições doutrinárias acerca da efetivação dos direitos fundamentais e o fenômeno da colisão entre esses direitos, bem ainda a solução da colisão por meio da ponderação. Busca-se, aqui, apreender o que são os direitos fundamentais, a importância dos mesmos no contexto do ordenamento constitucional contemporâneo para, em seguida, desvendar como se resolvem as colisões entre tais direitos, visando à sua efetivação, bem ainda a plena concretização do Estado Democrático de Direito.

Justifica-se a escolha do tema pelo fato de que, atualmente, o homem situa-se no centro das relações jurídicas, tornando indispensável o posicionamento estatal em direção às relações do bem-estar de toda a comunidade. E um Estado, que se nomeia Democrático e de Direito, deve observar essa posição central ocupada pelo ser humano nas relações jurídicas, tendo em vista as prerrogativas indispensáveis à sua dignidade.

O método de abordagem utilizado é o método dedutivo e, simultaneamente, são aplicados como métodos de procedimento o histórico e o comparativo, visando, em princípio,

colocar o objeto de trabalho sob um enfoque histórico e, de outra parte, proceder ao exame concomitante de elementos ou institutos, tendo por fim o estabelecimento de eventuais diferenças, semelhanças e relações. As técnicas de pesquisa eleitas para a elaboração do trabalho foram a bibliográfica e a jurisprudencial, por meio das quais se buscou levantar informações favoráveis ao exame da efetivação, colisão e solução da colisão de direitos fundamentais com seus caracteres específicos, como também consulta e exposição de julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. A pesquisa foi sistematicamente realizada em obras literárias e legislação, bem como analisadas as jurisprudências, revistas jurídicas, artigos e publicações diversas acerca do tema.

Nesse desiderato, aborda-se, inicialmente, a teoria geral dos direitos fundamentais, demonstrando que eles possuem uma extensa história – percepção histórica –, como também as questões que envolvem a terminologia, demonstrando que o texto constitucional utiliza diversas expressões para designá-los. Distinguem-se, também, os direitos fundamentais em gerações apenas para identificar os diferentes momentos em que surgem, tendo em vista que uma geração não sobrepuja a outra, devendo todos os direitos ser apreendidos num contexto de unidade e indivisibilidade.

Destaca-se que esses direitos possibilitam a pretensão a dado comportamento ou declaração no poder da vontade de criar efeitos sobre certas relações jurídicas – dimensão subjetiva –, e atuam como limite do poder e como instrução para a ação desse poder – dimensão objetiva.

Expõem-se as características que são atribuídas com maior frequência aos direitos fundamentais para, ao final, deliberar sobre a titularidade e exercício dos mesmos, evidenciando quem, e em que condições, pode titularizá-los e exercê-los.

Tendo em vista a essencialidade dos direitos fundamentais, passa-se à análise da efetivação e proteção desses direitos e das garantias fundamentais, para evidenciar que o Estado Democrático de Direito consagra a dignidade humana essência da democracia e se revela como um dos princípios orientadores para a concretização desses direitos. A Constituição Cidadã vem a se consolidar como marco jurídico da transição ao regime democrático, abrigando a maior gama de direitos fundamentais, determinando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o que, em tese, obsta a invocação da reserva do possível no ordenamento brasileiro como critério de limitação da aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais.

Demonstra-se que, não obstante constituírem normas de hierarquia constitucional, os direitos fundamentais podem sofrer restrições por normas de igual hierarquia ou em virtude

delas, porém tais restrições são limitadas e procedem da própria Constituição, a fim de proteger o núcleo essencial do direito fundamental.

Em seguida, trata-se especificamente da colisão entre direitos fundamentais. Essas colisões, na verdade, se resumem a colisões de princípios. Isso torna imprescindível fazer a diferenciação entre princípios e regras, já que as normas jurídicas que integram o ordenamento jurídico positivo podem apresentar essas duas configurações. Nesse passo, demonstra-se como ocorrem os conflitos entre regras, os conflitos entre regras e princípios e as colisões de princípios.

A análise do fenômeno da colisão de direitos fundamentais evidencia que a limitação de tais direitos configura pressuposto primário ao exame de todo direito fundamental para a definição do seu âmbito de proteção, o qual constitui caractere de todo direito fundamental. O conhecimento sobre a correta identificação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais se mostra relevante quando, diante das circunstâncias fáticas, houver dúvida quanto à aplicabilidade desses direitos.

Posteriormente, será tratada a resolução de colisão de direitos fundamentais, demonstrando como se avalia qual bem ou direito deve prevalecer no caso concreto, de modo a não excluir-se um dos direitos colidentes do ordenamento jurídico. Para tanto, inicialmente, procede-se à diferenciação entre proporcionalidade e razoabilidade, na medida em que as gêneses e as formas de aplicação são diversas.

A técnica largamente utilizada para a solução da colisão de direitos fundamentais é a ponderação, a qual coaduna-se ao princípio da proporcionalidade, impondo que o sacrifício de um direito seja apropriado à solução do problema, que não exista outro meio menos lesivo para alcançar o resultado almejado e que haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, que o ônus imposto ao sacrificado não ultrapasse o benefício pretendido com a solução.

A resolução dos conflitos envolvendo princípios constitucionais reclama uma análise da situação concreta em que originou o conflito, já que abstratamente, todos os direitos fundamentais coexistem e, por essa razão, não se vislumbra a possibilidade de existência de colisão que não esteja numa relação fática entre referidos direitos. A apreciação das tensões principiológicas somente pode ser realizada diante das variáveis fáticas do caso, as quais apontarão ao intérprete o peso específico a ser conferido a cada cânone constitucional em conflito.

Adiante, são apresentados dois casos de colisão de direitos fundamentais julgados pelo Supremo Tribunal Federal, que acabam por evidenciar as discussões realizadas, em dadas situações concretas, sobre o peso de bens constitucionais, bem como demonstram o esforço

desenvolvido pela Corte no intuito de determinar os critérios a serem empregados na técnica da ponderação diante das situações concretas em análise.

Ao final são expostas as conclusões a que se chegou com a presente pesquisa, sintetizando os principais pontos, ordenando as ideias acerca do tema, de forma a contribuir com a análise da matéria pela comunidade acadêmica e por operadores do direito em geral.

Pretende-se, neste trabalho, expor de forma bem sucinta alguns pontos entendidos como necessários para que se consiga visualizar o alcance do tema e para que se compreendam os principais elementos e aspectos envolvidos. Não se tem a pretensão de esgotar o tema, até mesmo pela dimensão, dinamismo, complexidade, extensão bibliográfica do tema e natureza do presente trabalho.

## 2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução hodierna do direito constitucional resulta, em grande parte, da consolidação dos direitos fundamentais como núcleo de salvaguarda da dignidade da pessoa humana e da perspectiva de que a Constituição é o local apropriado para positivizar as normas garantidoras dessas pretensões (MENDES; BRANCO, 2014).

Paralelamente ao reconhecimento da Constituição como norma suprema da ordem jurídica, segue a compreensão de que os valores mais caros da existência humana merecem estar abrigados em diploma jurídico com poder vinculativo máximo, ileso às maiorias eventuais constituídas na efervescência de momentos desfavoráveis ao devido respeito ao indivíduo (MENDES; BRANCO, 2014).

Nessa esteira, Lima (2012, p. 21-22) entende que:

Os direitos fundamentais são aqueles direitos garantidos por um ordenamento jurídico positivo, geralmente com nível constitucional e que gozam de uma tutela reforçada. Apresentam um sentido específico e preciso, uma vez que representam o conjunto de direitos reconhecidos e garantidos por uma ordem jurídica positiva e necessariamente democrática.

Extrai-se, das palavras do autor, que esses direitos gozam de proteção constitucional, na medida em que são reconhecidos e assegurados por um ordenamento jurídico democrático.

A leitura do Preâmbulo da Constituição Cidadã deixa clara a importância da proclamação dos direitos fundamentais, ao declarar que a Assembleia Nacional Constituinte se reuniu com o propósito último de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”. Objetivo este que há de erguer-se como o esteio ético-jurídico-político da própria aceção da Constituição. O domínio das reflexões técnicas que os direitos fundamentais levantam, por isso, é imprescindível para a interpretação constitucional (MENDES; BRANCO, 2014).

### 2.1 Percepção Histórica e Terminologia

Os direitos fundamentais têm uma extensa história, segundo sustenta a maioria dos autores, havendo quem vislumbre suas manifestações iniciais no direito babilônico desenvolvido por volta do ano 2000 a. C., quem os identifique no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana e quem afirme que se trata de uma noção arraigada na teologia cristã, assim como expressa no direito da Europa medieval (DIMOULIS; MARTINS, 2014).



No entanto, essas opiniões necessitam de fundamento histórico que comprove tais afirmações. O que implica percorrer um longo caminho teórico no estudo aprofundado dos fundamentos da moderna história do direito que censura a visão continuista do direito, bem como todas as teleologias que descrevem a histórica humana como sendo uma marcha de sucessivas conquistas em direção a um ideal (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Segundo Alexandre de Moraes,

[...] a noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, que tão somente consagrou a necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivado diretamente da soberana vontade popular (MORAES, 2011, p. 1).

Referido autor pontua que foi o Direito romano que instituiu um complexo mecanismo de interditos objetivando a tutela dos direitos individuais face aos arbítrios estatais. Assevera que a Lei das doze tábuas pode ser reputada a origem dos textos escritos que consagram a liberdade, a propriedade e a proteção aos direitos do cidadão (MORAES, 2011).

Na Idade Média, não obstante a organização feudal e a rígida separação de classes, conseqüentemente a relação de sujeição entre o suserano e os vassallos, a existência de direitos humanos era reconhecida em diversos documentos jurídicos, que apresentam sempre como traço básico a limitação do poder estatal (MORAES, 2011).

Segundo Mendes e Branco (2014), as teorias contratualistas, nos séculos XVII e XVIII, vêm ressaltar que a autoridade política se encontra submissa ao indivíduo, ante à primazia que se atribui a este sobre o Estado. A preexistência ao Estado de determinado número de direitos resultantes da natureza humana, revela característica fundamental do Estado, que lhe confere legitimação. Assim, o Estado é instituição vinculada à garantia dos direitos básicos, servindo aos cidadãos.

No último quarto do século XVIII, uma transformação acelerada possibilitou que declarações de direitos fundamentais fossem redigidas, tanto no velho como no novo mundo, e que foram sendo reconhecidas, cada vez mais, como fundamentos da ordem estatal-constitucional, exigindo respeito por parte do legislador comum, da Administração Pública e dos tribunais (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Para Moraes (2011), os antecedentes históricos mais importantes das declarações de direitos fundamentais encontram-se, primeiramente, na Inglaterra, donde cita-se a Magna Charta Libertatum, outorgada por João Sem-Terra (15/06/1215), a Petition of Right (1628), o Habeas Corpus Act (1679), o Bill of Rights (1689) e o Act of Settlement (12/06/1701).

Na evolução dos direitos humanos, verifica-se a participação da Revolução dos Estados Unidos da América, onde se pode citar: a Declaração de Direitos de Virgínia, 16/06/1776; a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, 04/07/1776; e a Constituição dos Estados Unidos da América, 17/09/1787 (MORAES, 2011).

Entretanto, assinala Moraes (2011) que coube à França a consagração normativa dos direitos fundamentais com a promulgação, em 26/08/1789, pela Assembleia Nacional, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, contendo 17 artigos. A Constituição francesa de 03/09/1791 apresentou novas formas de controle do poder estatal, porém foi a Constituição francesa de 24/06/1793 que melhor regulamentou os direitos fundamentais.

Durante o constitucionalismo liberal do século XIX, a efetivação dos direitos fundamentais continuou, a exemplo da Constituição espanhola de 19/03/1812 (Constituição de Cádiz), da Constituição portuguesa de 23/09/1822, da Constituição belga de 07/02/1831 e da Declaração francesa de 04/11/1848 (MORAES, 2011).

Moraes (2011) destaca que diplomas constitucionais marcados fortemente pelas preocupações sociais apareceram no início do século XX, como a Constituição mexicana de 31/01/1917, a Constituição de Weimar de 11/08/1919, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 17/01/1918, procedida pela primeira Constituição Soviética (Lei Fundamental) de 10/07/1918 e a Carta do Trabalho, editada pelo Estado Fascista italiano em 21/04/1927.

Como resultado de maturação histórica, os direitos fundamentais se sedimentaram como normas obrigatórias, permitindo compreender, também, que tais direitos não são os mesmos em todas as épocas, não se conformando, de outra forma, sua formulação a imperativos de coerência lógica (MENDES; BRANCO, 2014).

Quando há a inversão da tradicional relação entre Estado e indivíduo, se reconhecendo que o indivíduo possui, *a priori*, direitos, e, *a posteriori*, deveres perante o Estado, e que os direitos correspondentes ao Estado em relação ao indivíduo estão atrelados ao objetivo de provimento das necessidades dos cidadãos, os direitos fundamentais são alçados a uma posição de determinante relevo na sociedade (MENDES; BRANCO, 2014).

Segundo Norberto Bobbio, no plano histórico,

[...] a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é

preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos (BOBBIO, 2004, p. 4).

Nota-se, segundo o autor, que o reconhecimento dos direitos fundamentais resulta da mudança de paradigma acerca da tradicional relação entre o Estado e o indivíduo, passando o Estado a existir em função do indivíduo e não o contrário.

De acordo com Dimoulis e Martins (2014), os direitos fundamentais representam um mínimo de direitos garantidos, possibilitando ao legislador ordinário o acréscimo de outros, porém vedando a abolição de direitos tidos por fundamentais – ideia de supremacia desses direitos presente no direito constitucional de, praticamente, todos os países do mundo na atualidade.

Os mesmos autores entendem que, do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, vai interessar todos os direitos aos quais são constitucionalmente garantidas a mesma relevância e força jurídica, em determinado momento, não convindo distinção em sua aplicação (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Por oportuno, destaca-se que a expressão direitos fundamentais não é a única existente no direito constitucional, nem nas Constituições, para designar esses direitos. É comum encontrar expressões como direitos constitucionais, direitos humanos, direitos da pessoa humana, direitos naturais, direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, liberdades individuais (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Para José Afonso da Silva, a expressão *direitos fundamentais do homem*<sup>1</sup> se mostra como expressão mais adequada, pois, refere-se a “princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico”, como também designa, no direito positivo, “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas” (SILVA, 2015, p. 180).

A utilização de variadas expressões no texto constitucional para designar direitos fundamentais traz alguns inconvenientes. A esse respeito, Dimoulis e Martins (2014, p. 39-40) asseveram que:

Algumas dessas expressões são utilizadas na própria Constituição Federal, que não foi consequente na terminologia. Isso é lamentável, pois aqui temos uma “questão terminológica essencial” em dois sentidos. Primeiro, porque as várias expressões adquiriram significados diferentes na história constitucional mundial, segundo, porque o emprego de uma expressão pela Constituição Federal pode oferecer argumentos sistemáticos a favor ou contra a tutela de certos direitos, por exemplo, sugerindo a exclusão dos direitos sociais quando há referência a “direitos

<sup>1</sup> Alexandre de Moraes utiliza a expressão *direitos humanos fundamentais* (MORAES, 2011).

individuais” ou a “liberdades fundamentais”, pelo menos em face de um entendimento de parte da doutrina que considera os direitos sociais espécies de direitos coletivos e, portanto, não individuais.

Notadamente, a problemática que envolve essa questão terminológica pode ensejar dificuldades para a garantia desses direitos. Para efeito de evitar maiores inconvenientes, segue-se aqui a denominação constante do Título II da Constituição Federal, utilizando-se a expressão *direitos fundamentais*.

## **2.2 Gerações e Dimensões dos Direitos Fundamentais**

Os direitos fundamentais, conforme afirma Novelino (2012), não apareceram simultaneamente, mas em períodos diversos, de acordo com a necessidade de cada época. A consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais originou as denominadas gerações de direitos fundamentais.

### **1.1.1 Gerações**

A primeira traduz-se nos direitos descritos nas Revoluções americana e francesa, sendo os primeiros a serem positivados. Buscava-se, principalmente, definir uma esfera de autonomia pessoal resistente às expansões do Poder. Representam postulados de abstenção aos governantes, estabelecendo obrigações de não fazer, ou seja, de não intervenção na esfera pessoal de cada indivíduo. Representam liberdades individuais consideradas imprescindíveis a todos os homens, ostentando, assim, pretensão universalista (MENDES; BRANCO, 2014).

Os direitos de segunda geração são intitulados direitos sociais, pois se ligam a reivindicações de justiça social, compelindo o Estado a exercer papel ativo na prestação e reconhecimento das liberdades sociais, trazendo maior relevo ao princípio da igualdade de fato. Correspondem a prestações positivas, fruto de diversas transformações ocorridas no seio da sociedade, que fizeram surgir uma série de novas reivindicações, trazendo uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade. Com isso, uma profusão de direitos passou a compor o catálogo dos direitos fundamentais, visando estabelecer uma liberdade real e igual a todos. Como exemplo: assistência social, saúde, educação etc (MENDES; BRANCO, 2014).

Por sua vez, os direitos de terceira geração particularizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção de coletividades, e não do homem

isoladamente. Entre os quais: o direito ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural (MENDES; BRANCO, 2014).

Hodiernamente, há forte discussão acerca do reconhecimento de uma quarta geração de direitos fundamentais. Há que sem refira, também, ao surgimento de uma quinta geração de direitos fundamentais. No entanto, não é unânime entre os constitucionalistas o entendimento acerca de quais os bens exatamente protegidos por essas novas gerações de direitos fundamentais (PAULO; ALEXANDRINO, 2012).

Segundo Bonavides (2015), os direitos de quarta geração correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. Entende que constituem o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles dependeria a materialização da sociedade aberta do futuro, em sua perspectiva de máxima universalidade, para a qual parece o mundo destinar-se no domínio de todas as relações de convivência.

Bobbio (2004), por sua vez, entende que a quarta geração de direitos fundamentais resulta dos avanços da engenharia genética, que põem em risco a própria existência humana, pela manipulação do patrimônio genético. Para ele, esses direitos nascem todos das ameaças à vida, à liberdade e à segurança, oriundas do crescimento do progresso tecnológico.

Nas palavras de referido autor:

[...] o direito, o último da série, que está levantando debates nas organizações internacionais, e a respeito do qual provavelmente acontecerão os conflitos mais ferrenhos entre duas visões opostas da natureza do homem: o direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai bem mais além do que o direito à integridade física (BOBBIO, 2004, p. 210).

Percebe-se, claramente, que o autor se refere à engenharia genética, às questões atuais sobre pesquisas relacionadas à manipulação e modificação genéticas, como manipulação de genes, clonagem, organismos transgênicos, dentre outros.

Bonavides (2015, p. 594) ainda reconhece uma quinta geração de direitos fundamentais, que corresponderia ao direito à paz. “A concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais.”

A dignidade jurídica da paz surge do reconhecimento universal que lhe é devido enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de preservação da espécie, reino de segurança dos direitos. Tal dignidade se obtém, unicamente, em termos constitucionais, por meio da ascensão autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração, pois se a guerra é um crime, a paz é um direito (BONAVIDES, 2015).

Estabelece-se essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais apenas com o intuito de identificar os diferentes momentos em que surgem esses grupos de direitos como reivindicações acolhidas pelo ordenamento jurídico. A sucessão de gerações não implica afirmar que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por outros surgidos posteriormente. Os direitos da geração antecedente permanecem válidos juntamente com os direitos da geração subsequente, ainda que seu significado sofra influência das concepções jurídicas e sociais predominantes nos novos tempos, adaptando-se o sentido de um antigo direito às novidades constitucionais (MENDES; BRANCO, 2014).

Todos os direitos fundamentais devem ser situados num contexto de unidade e indivisibilidade, pois os de uma geração interagem com os das outras num processo de compreensão. Daí, a visão dos direitos fundamentais, em termos de gerações, indicar caráter cumulativo (MENDES; BRANCO, 2014).

Contemporaneamente, tende-se à distinção de duas dimensões centrais dos direitos fundamentais: dimensão subjetiva e dimensão objetiva (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

### 2.2.1 Dimensão subjetiva

A compreensão das origens históricas das finalidades mais elementares dos direitos fundamentais está relacionada à dimensão subjetiva de tais direitos, que reflete a característica desses direitos de, forma mais ou menos incisiva, possibilitarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou se declara no poder da vontade de gerar efeitos sobre certas relações jurídicas (MENDES; BRANCO, 2014).

Essa dimensão corresponde à função clássica, visto que o seu conteúdo normativo relaciona-se ao direito de resistência do titular diante de uma intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual. Tem como correspondente filosófico teórico a teoria liberal dos direitos fundamentais, que contempla os direitos fundamentais do indivíduo de resistir à intervenção estatal em seus direitos (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Em razão das normas que asseguram direitos fundamentais, na relação jurídica de direito público que se forma entre o indivíduo e o Estado, aquele pode exercer uma liberdade negativa, ao passo que, de forma paralela, este possui a obrigação negativa de não fazer alguma coisa, de não intervir na esfera individual, exceto se houver legitimação ou justificação constitucional para isso (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Dimoulis e Martins (2014) compreendem que a dimensão subjetiva também se apresenta nos direitos fundamentais que assentam pretensões jurídicas próprias do *status*

*positivus*, gerando para o Estado um dever de fazer algo, ou seja, quando é atribuído ao indivíduo um *status* de liberdade positiva, pressupõe-se não só ação, como também a proibição de omissão por parte do ente estatal.

Para Novelino (2012), nessa dimensão, os direitos fundamentais são pensados sob a ótica do indivíduo, que figura como titular de uma posição jurídica subjetiva contemplada por uma norma jusfundamental, que pode assumir a estrutura de um princípio e/ou de uma regra.

Embora seja a perspectiva de maior relevo dos direitos fundamentais, convive com uma dimensão objetiva (MENDES; BRANCO, 2014).

### 2.2.2 Dimensão objetiva

A dimensão objetiva, conforme ensinam Mendes e Branco (2014), é resultante da significação dos direitos fundamentais como princípios basilares da ordem constitucional, pois informam a substância do Estado de Direito democrático, atuando como limite do poder e como instrução para a sua ação.

Esta dimensão seria a responsável por oferecer os critérios de controle da ação estatal, que deveriam ser empregados independentemente de possíveis intervenções e violações de direitos fundamentais de determinado indivíduo e da conseqüente impugnação por seu titular. A percepção desses direitos independe de seus titulares (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Objetivamente, os direitos fundamentais possuem caráter de normas de competência negativa, mas que não afeta sua natureza básica enquanto direitos subjetivos. Apenas revela que aquilo que está sendo conferido ao indivíduo em nível de liberdade para agir, está sendo objetivamente removido do Estado, independentemente da exigência, pelo particular e em juízo, do respeito de seu direito (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

As constituições democráticas, segundo asseveram Mendes e Branco (2014), adotam um conjunto de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam, fazendo com que tais direitos influenciem todo o ordenamento jurídico, norteando a ação de todos os poderes constituídos, na medida em que transcendem a perspectiva de proteção de posições individuais, para alcançar a envergadura de normas que selecionam os valores básicos da sociedade política, estendendo-os para todo o direito positivo, formando, assim, a base da ordem jurídica de um Estado democrático.

Esse aspecto objetivo dos direitos fundamentais transmite-lhes, outrossim, uma eficácia irradiante, que os converte em critério para a interpretação e aplicação das normas

dos demais ramos do Direito, o que dá ensejo à discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares (MENDES; BRANCO, 2014).

Fala-se, também, em dimensão objetiva dos direitos fundamentais quando estes atuam como parâmetro para a interpretação e configuração do direito infraconstitucional, impondo às autoridades estatais interpretar e aplicar toda a legislação infraconstitucional de modo consoante aos direitos fundamentais. Essa dimensão se torna relevante para o controle abstrato de constitucionalidade de normas (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

### **2.3 Características dos Direitos Fundamentais**

Como bem apontam Mendes e Branco (2014), fixar características que sejam universalmente válidas para os direitos fundamentais, que tenham validade em todo lugar, se torna extremamente difícil, se é que existe essa possibilidade. Isso porque para um determinado Estado, o conteúdo concreto e sentido dos direitos fundamentais dependem de uma série de fatores extralegais, das peculiaridades culturais e históricas de cada povo. Não obstante isso tudo, indicam-se as características que lhes são atribuídas com maior frequência.

#### **2.3.1 Direitos universais e absolutos**

A característica da universalidade deve ser compreendida em termos. Embora todas as pessoas sejam titulares de direitos fundamentais, alguns direitos específicos não se destinam a toda e qualquer pessoa, mas referem-se apenas a algumas, se preenchidos determinados requisitos (MENDES; BRANCO, 2014).

De outra parte, embora possa parecer que os direitos fundamentais são absolutos e que, por isso, não podem sofrer restrição, a doutrina pátria passou a admitir limitações, denotando que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser limitados por outros direitos fundamentais ou outros valores constitucionalmente assegurados. O próprio texto constitucional, algumas vezes, traz expressamente limitações, como é o caso, por exemplo, a possibilidade de pena de morte em caso de guerra formalmente declarada, o que, em tese, afronta o direito fundamental à vida. Diante disso, não há, em princípio, que se falar em direitos absolutos, pois tanto outros direitos fundamentais como demais valores reconhecidos constitucionalmente podem limitá-los (MENDES; BRANCO, 2014).



### 2.3.2 Historicidade

O que move a evolução dos direitos fundamentais são as lutas em defesa de novas liberdades em face de velhos poderes e das novas feições ostentadas pelo poder (MENDES; BRANCO, 2014). Atento a esse fenômeno, Bobbio (2004, p. 6) conclui que os direitos não nascem todos de uma só vez,

[...] nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

Ou seja, surgem da necessidade de regulação do poder do homem, quando tal poder se mostra deveras perigoso às liberdades, ou possibilita novos mecanismos para o provimento das necessidades dos indivíduos.

### 2.3.3 Inalienabilidade/Indisponibilidade/Imprescritibilidade

Um direito é inalienável quando sobre ele não recai qualquer ato de disposição. Quando não se permite ao seu titular impossibilitar o exercício para si mesmo. Não se justifica a preterição de um direito fundamental apenas porque o titular tenha consentido. Assim, por exemplo, seria inalienável o direito à vida. Entretanto, nem sempre o observador consegue averiguar seguramente quais direitos seriam inalienáveis. As consequências práticas de se atribuir a qualidade de inalienável a certos direitos fundamentais podem, desta forma, ser alcançadas por outros meios argumentativos (MENDES; BRANCO, 2014).

Os direitos fundamentais são intransferíveis, inegociáveis, pois não são de conteúdo econômico-patrimonial, deles não se podendo desfazer, posto que indisponíveis (SILVA, 2015). A indisponibilidade se funda na dignidade humana que, por sua vez, está vinculada à potencialidade de autodeterminação e liberdade do homem, o que deixa transparecer que nem todos os direitos fundamentais possuem essa característica. Tão somente aqueles que buscam resguardar a potencialidade de autodeterminação e liberdade do homem, como os direitos que objetivam resguardar a vida biológica ou que tencionem resguardar as condições normais de saúde física e mental, bem como a liberdade para decidir sem coerção externa. Entrementes,

nada impede que certos direitos fundamentais possam ter o exercício restringido em favor de um fim acolhido ou tolerado pelo ordenamento constitucional (MENDES; BRANCO, 2014).

Para boa parte dos direitos fundamentais, o exercício decorre só do fato de serem reconhecidos pela ordem jurídica. Não se verificam com relação a eles requisitos que impliquem em sua prescrição. Isto é, nunca deixam de ser exigíveis (SILVA, 2015).

#### 2.3.4 Constitucionalização

Esta característica denota que direitos fundamentais estão consagrados em preceitos da ordem jurídica, revelando a distinção existente entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos, ou direitos do homem, pois estes últimos não estão positivados numa ordem jurídica particular, se firmando em preceitos de índole filosófica, em postulados de bases jusnaturalistas de vocação universalista, normalmente presentes em documentos do direito internacional (MENDES; BRANCO, 2014).

Embora exista essa distinção conceitual, os direitos humanos e os direitos fundamentais não são incomunicáveis entre si, pois há uma interação recíproca entre eles, ainda que o modo de proteção e o grau de efetividade não coincidam, haja vista que as ordens internas dispõem de mecanismos mais céleres e eficazes de implementação do que uma ordem internacional (MENDES; BRANCO, 2014).

Os direitos fundamentais no Direito brasileiro são definidos como direitos constitucionais, impondo-se a todos os poderes constituídos, inclusive ao poder de reforma da Constituição (MENDES; BRANCO, 2014).

#### 2.3.5 Vinculação dos poderes públicos

O poder que consagra os direitos fundamentais, por ser superior, não se confunde com nenhum dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, e serve de parâmetro de organização e de limitação desses poderes, cujos atos devem estar em conformidade com tais direitos, sob pena de invalidade (MENDES; BRANCO, 2014).

A vinculação do Poder Legislativo implica que a atividade legiferante deve guardar coerência com o sistema de direitos fundamentais, como também torna imperiosa a edição de normas que deem regulamentação aos direitos fundamentais que dependam de efetivação normativa, possibilitando, ante a inércia do legislador em cumprir imposição de efetivação do

direito fundamental, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou mandado de injunção (MENDES; BRANCO, 2014).

Ainda quando o texto constitucional prevê a possibilidade de restrição de certos direitos, pelo legislador, este deve respeitar o núcleo essencial do direito, sendo vedada a constituição de condições desarrazoadas ou que resultem na impraticabilidade de direito previsto pelo constituinte, conforme disposto no artigo 60, § 4º, da Carta Magna, que proíbe a edição de emendas tendentes a abolir direitos e garantias individuais, o que deixa clara a vinculação, também, do poder de reforma da Constituição (MENDES; BRANCO, 2014).

Por sua vez, a Administração está vinculada às normas de direitos fundamentais, devendo o administrador público interpretar e aplicar as leis segundo esses direitos, mormente cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, ainda que atuando de forma discricionária, o que torna nulos os atos praticados com afronta ao sistema dos direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2014).

A vinculação do Judiciário se mostra de forma clara pela tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (artigo 5º, XXXV, CF). É da essência da sua função a defesa dos direitos fundamentais, competindo aos tribunais controlar os atos dos demais Poderes, com o que estabelecem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte. Tal vinculação consagra o poder-dever de negar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2014).

### 2.3.6 Aplicabilidade imediata

O §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O texto não se refere apenas aos direitos individuais, mas também aos direitos fundamentais em geral. Em verdade, o texto denota clara autorização aos operadores do direito para concretizar os direitos fundamentais, pela via interpretativa, ante a ausência de comando legislativo, podendo os juízes dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo *contra legem*, caso não esteja conforme o sentido constitucional daqueles (MENDES; BRANCO, 2014).

Entretanto, conforme alertam Mendes e Branco (2014), essa característica esculpida no próprio texto constitucional, não significa que, sempre, automaticamente, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos, concretos e definitivos. Há normas que, evidentemente, não são autoaplicáveis, carecendo de interposição legislativa para que

produzam todos os seus efeitos, como ocorre, por exemplo, com normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social.

## **2.4 Titularidade e Exercício**

Quando se questiona um leigo acerca da titularidade desses direitos, imediatamente se obtém a conclusão: todos. No entanto, sob a ótica da dogmática jurídica, essa impressão é extremamente equivocada. A Constituição Federal, com raras exceções, assegura os direitos fundamentais a determinados grupos de pessoas, excluindo tacitamente os demais, ou seja, não lhes garantindo proteção em nível constitucional (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

A esse respeito, Dimoulis e Martins (2014, p. 72), expõem que o artigo 5º da Constituição Federal apresenta expressões, como também termos genéricos, que apontam seus titulares: “todos, ninguém, homens e mulheres, qualquer pessoa, o preso, qualquer cidadão, o condenado, os reconhecidamente pobres”. Também, em muitos incisos, não há referência expressa ao titular do direito anunciado.

Para Mendes e Branco (2014), todos os seres humanos podem ser titulares de direitos fundamentais. Entretanto, pode-se questionar se apenas às pessoas físicas se atribuiria essa titularidade, se existem condições para seu exercício e contra quem podem ser opostos, ou melhor, de quem podem ser exigidos. O que, para Dimoulis e Martins (2014), torna indispensável analisar a problemática relacionada à titularidade dos direitos fundamentais.

### **2.4.1 Pessoas jurídicas**

Em princípio, não há impedimento intransponível a que pessoas jurídicas sejam, também, consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, primitivamente, referirem-se à pessoa física (MENDES; BRANCO, 2014). Para fins de titularidade de direitos fundamentais, tem-se com uma regra geral que as pessoas jurídicas são equiparadas às físicas, sempre que houver compatibilidade entre o exercício de um direito com as particularidades estruturais da pessoa jurídica e, especialmente, com o seu caráter artificial, ou seja, com sua inexistência biológica (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Como exemplo, os direitos fundamentais à honra e à imagem também podem ser titularizados pela pessoa jurídica, ensejando pretensão de reparação pecuniária. A Súmula 227, do Superior Tribunal de Justiça, firmou o entendimento de que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. O próprio texto constitucional confere direitos diretamente à própria

pessoa jurídica, como a vedação de interferência estatal no funcionamento de associações (artigo 5º, XVIII) e o de só serem elas compulsoriamente dissolvidas por decisão judicial transitada em julgado (artigo 5º, XIX) (MENDES; BRANCO, 2014). Lembrando, também, do artigo 170, IX, da Constituição Federal que confere tratamento preferencial às empresas de pequeno porte (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Indubitável que as pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais. Entretanto, resta questionar se a pessoa jurídica de direito público pode vir a titularizar direitos fundamentais, uma vez que tais direitos brotam do intento de assegurar uma esfera de liberdade exatamente em face dos Poderes Públicos (MENDES; BRANCO, 2014).

Segundo Sarlet (2015), as pessoas jurídicas de direito público estão na condição de sujeitos passivos da obrigação de tutelar e promover os direitos fundamentais. Referido autor pondera que:

Todavia, considerando, especialmente em se tratando de um Estado Democrático de Direito, tal qual consagrado pela nossa Constituição, que o Estado e a Sociedade não são setores isolados da existência sociojurídica, sendo precisamente no amplo espaço do público que o indivíduo logra desenvolver livremente sua personalidade, designadamente por meio de sua participação comunitária, viabilizada em especial por meio dos direitos políticos e dos direitos de comunicação e expressão, não há como deixar de reconhecer às pessoas jurídicas de direito público, evidentemente consideradas as peculiaridades do caso, a titularidade de determinados direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 231).

Entende-se que as pessoas jurídicas de direito público podem titularizar direitos fundamentais, tais quais as pessoas jurídicas de direito privado, desde que respeitadas as suas características e particularidades.

No direito constitucional pátrio é possível identificar algumas hipóteses em que se atribui a titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas de direito público, o que se verifica principalmente na esfera dos direitos de cunho processual – como o direito de ser ouvido em Juízo; o direito à ampla defesa; e o já consagrado pelo Supremo Tribunal Federal direito à igualdade de armas –, mas também alcança alguns direitos de cunho material<sup>2</sup> (SARLET, 2015). As entidades estatais desfrutam de direitos do tipo procedimental (MENDES; BRANCO, 2014).

---

<sup>2</sup> A exemplo do que ocorre com as Universidades, corporações profissionais, órgãos de comunicação social, autarquias e, ainda, fundações, que, a depender das situações, podem ser titulares do direito de propriedade, de proteção contra interferências indevidas no seu campo de autonomia etc. (SARLET, 2015).

#### 2.4.2 Estrangeiros

Questão relevante sobre a titularidade de direitos fundamentais pode ser aferida da leitura do *caput* do artigo 5º, da Constituição da República. Uma vez que tal dispositivo reconhece esses direitos “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”, restaria saber se os estrangeiros não residentes estariam excluídos da titularidade de todos os direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2014).

Primeiramente, deve-se ter em conta que a Constituição Federal toma o princípio da dignidade de pessoa humana como basilar do Estado democrático brasileiro (artigo 1º, III), sendo que diversos direitos abarcados pelo texto constitucional se firmam diretamente nesse princípio, por se considerarem emanações necessárias deste, o que obsta a exclusão apenas pelo fator circunstancial da nacionalidade (MENDES; BRANCO, 2014).

Há que se ressaltar que alguns direitos são dirigidos ao indivíduo enquanto cidadão, em razão da situação peculiar que o liga ao País, como os direitos políticos que pressupõem justamente a nacionalidade brasileira. Os direitos sociais, como o direito ao trabalho, também devem ser compreendidos como exclusivos de nacional e de estrangeiro residente no país. Os direitos do estrangeiro não residente ganham maior relevo no âmbito dos chamados direitos individuais (MENDES; BRANCO, 2014).

No sentir de Dimoulis e Martins (2014), o texto constitucional foi omissivo no que diz respeito aos estrangeiros não residentes, e tal omissão pode ser reparada ou por meio de emenda constitucional ou, depois da Emenda Constitucional 45, de 2004 – que incluiu o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal –, com a aprovação de tratados internacionais com o quórum específico de emenda à Constituição.

#### 2.4.3 Capacidade de fato e capacidade de direito

Alguns direitos fundamentais, dada a sua tendência à especificação, podem ser, também, conferidos especificamente a algumas categorias de pessoas, ou podem ter por titulares exclusivamente pessoas em específica fase da vida. Outros, ainda, causam perplexidade por se referirem à condição etária do pretense titular, suscitando a questão de se saber o início da titularidade (MENDES; BRANCO, 2014).

Por vezes, tende-se a resolver o problema com a conhecida distinção do direito privado entre capacidade de fato – a aptidão concreta para o exercício de um direito – e capacidade de direito – a aptidão para ser titular de direitos e obrigações. Como exemplo, não

se nega a titularidade do direito de propriedade a uma criança, mas ela pode não ter capacidade para exercer as faculdades iminentes a esse direito (MENDES; BRANCO, 2014).

Adverte Canotilho (2003), que nem sempre será possível, no âmbito dos direitos fundamentais, recorrer a tais critérios civilísticos, pois corre-se o risco de restringir-se indevidamente esses direitos, a pretexto de se aplicar a regra de capacidade de fato, propondo que, em se tratando de direitos fundamentais que não exigem conhecimento ou tomada de decisão, não haveria possibilidade de distinção entre capacidade de fato e capacidade de direito, ao passo que outros direitos, que não necessitam de certo grau de maturidade para seu exercício, devem vincular a titularidade às regras de idade mínima previstas na lei civil.

Essas regras propostas, reconhece Canotilho (2003, p. 425), não se mostram capazes de solucionar satisfatoriamente todos os problemas suscetíveis, entretanto, pondera que “para além desses tópicos gerais, deve reconhecer-se não estar o direito constitucional em condições de fornecer uma fundamentação global da capacidade de exercício de direitos relativamente ao problema da idade mínima”.

Diante da ausência de previsão legal específica, sustentam Mendes e Branco (2014) a necessidade de tratamento *ad hoc* das questões surgidas, por meio da ponderação dos valores constitucionais envolvidos em cada caso, com advertência ao intérprete, sempre, de que qualquer restrição de ordem etária a um direito fundamental deve ser entendida como medida orientada à proteção do menor, mirando à melhor fruição do bem juridicamente protegido.

Essa compreensão acerca da titularidade dos direitos fundamentais e das condições para o exercício desses direitos se afigura de vital importância para a dogmática constitucional e traz os elementos necessários para que se verifique de quem podem ser exigidos, ou seja, quem são os sujeitos passivos.

#### 2.4.4 Sujeitos passivos

Historicamente o Poder Público é apontado como o principal destinatário das obrigações decorrentes dos direitos fundamentais, pois estes foram inicialmente concebidos com a finalidade de estabelecer um espaço de proteção do indivíduo em face dos poderes estatais. Entretanto, a apreensão clara da força vinculante e da eficácia desses direitos, como também, a privilegiada posição no topo da hierarquia das normas jurídicas, fortaleceu a noção de que os princípios informadores dos direitos fundamentais deveriam, igualmente, ter aplicação na esfera privada. Essa percepção fez transparecer uma feição objetiva dos direitos fundamentais, que não obriga somente o Estado a os obedecer, mas que também o obriga a

fazer com que os próprios indivíduos observem os direitos fundamentais nas suas relações entre si (MENDES; BRANCO, 2014).

Para Mendes e Branco (2014), a Constituição Cidadã, no *caput* do seu artigo 5º, consagra uma liberdade geral e reconhece, no artigo 1º, III, como fundamento do Estado brasileiro a dignidade humana. Dignidade esta que não pode ser concebida senão com referência ao poder de autodeterminação, o que confirma o *status* constitucional do princípio da autonomia privada, passando o debate a girar em torno do cotejo das reivindicações dos diversos direitos fundamentais com as exigências do princípio da autonomia do indivíduo.

Deve-se, então, segundo esses autores, realizar uma ponderação entre o princípio da autonomia privada e os direitos fundamentais, tendo como referência que a ideia do homem, reconhecida pela Constituição democrática, presume liberdade e responsabilidade, o que implica na faculdade de limitação voluntária dos direitos fundamentais nas negociações pessoais, mas que também supõe liberdade de fato e de direito nas decisões acerca dessas limitações (MENDES; BRANCO, 2014).

Afora o encargo de examinar o espaço de liberdade individual assegurada pelo direito fundamental, o Estado está obrigado a resguardar os direitos contra ataques provenientes de particulares. É esse o espírito que orienta a teoria e dogmática do efeito horizontal<sup>3</sup> – que embasa a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas – e do dever estatal de tutela<sup>4</sup> (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Resumidamente, conforme entendem Dimoulis e Martins (2014), no ordenamento jurídico pátrio, prevalece a regra geral de que o destinatário dos deveres correspondentes a direitos fundamentais é o Estado – tanto no dever de abster-se, quanto no dever de agir. Aos particulares cumpre respeitar os direitos fundamentais na medida exata em que forem materializados pela legislação infraconstitucional. Por fim, os direitos fundamentais produzem um efeito de irradiação quando da interpretação da legislação comum, especialmente de cláusulas gerais.

---

<sup>3</sup> Se mostra complicado precisar o alcance e as implicações desse efeito, haja vista não haver, no Brasil, previsão constitucional a respeito, cabendo à doutrina e à jurisprudência essa tarefa (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

<sup>4</sup> Referido dever se identifica com o dever estatal de proteção ativa do direito fundamental contra ameaças de transgressão decorrentes, especialmente, de particulares (DIMOULIS; MARTINS, 2014).



### **3 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Todos os direitos fundamentais são essenciais, o que enseja a efetivação e proteção desses direitos e das garantias fundamentais, pois o Estado Democrático de Direito consagra a dignidade humana como essência da democracia. Nesse sentido, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais se consubstancia na integral realização desse Estado Democrático de Direito, de forma a garantir a todos o exercício de seus respectivos direitos. A dignidade da pessoa, como se mostrará a seguir, se revela como um dos princípios orientadores para a concretização desses direitos.

#### **3.1 A Dignidade da Pessoa Humana**

O Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamentos que o alicerçam, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, donde se verifica a convergência do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, deixando transparecer que os direitos fundamentais constituem elemento básico para a realização do princípio democrático, pois exercem uma função democratizadora (PIOVESAN, 2013).

No entender de Sarlet (2015, p. 99), o Constituinte de 1987/88, ao reconhecer expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (artigo 1º, III), não só tomou uma decisão fundamental acerca “do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado”, bem como reconheceu expressamente que não é a pessoa humana que existe em função do Estado, e sim o contrário, tendo em vista que “o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.

Nesse passo, o valor da dignidade da pessoa humana se firma como núcleo básico e informador de toda a ordem jurídica, como critério e parâmetro de valoração a guiar a interpretação e compreensão do sistema constitucional (PIOVESAN, 2013). Assim, “funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2013, p. 64).

Considerando que toda Constituição deve ser entendida como unidade e como sistema que privilegia certos valores sociais, compreende-se que a Constituição Cidadã elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe confere unidade e sentido. Ou seja, o valor da dignidade humana informa o ordenamento constitucional de 1988, conferindo-lhe uma feição peculiar (PIOVESAN, 2013).

Afirma Piovesan (2013), que é no princípio da dignidade humana que o ordenamento jurídico alcança o próprio sentido, sendo o ponto inicial e o ponto final para a hermenêutica constitucional contemporânea. Proclama-se, dessa forma, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio, a conduzir tanto o Direito Internacional como o Direito interno.

Desse modo, a dignidade humana exprime verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a guiar o constitucionalismo atual, nas esferas local e global, atribuindo-lhe especial racionalidade, unidade e sentido (PIOVESAN, 2013). Consiste num “valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições” (BARROSO, 2013, p. 63).

Flávia Piovesan aduz que:

À luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana e o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2013, p. 95).

Percebe-se que a dignidade de pessoa humana se revela como princípio constitucional que confere uma sustentação acerca da existência de valores fundamentais de todo o sistema jurídico nacional.

A respeito do tema, Barroso (2009, p. 336) ensina que o princípio da dignidade da pessoa humana reconhece um espaço de integridade moral a ser garantido a todas as pessoas simplesmente por sua existência no mundo. “É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à origem.” A dignidade está relacionada tanto à liberdade e valores do espírito, quanto às condições materiais de subsistência. A afronta a esse princípio terá sido uma das chagas do século passado e a luta por sua consolidação, um signo do novo tempo. “Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar”.

Para esse autor, a dignidade da pessoa humana manifesta um complexo de valores integrativos, e está diretamente relacionada aos direitos fundamentais. Em suas palavras:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que

compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos (BARROSO, 2009, p. 337).

Dessume-se que esse complexo de valores integrativos, cujo conteúdo jurídico guarda relação com os direitos fundamentais, envolve diversas perspectivas destes direitos que contam, inclusive, com o acesso à justiça para efetivação de tais direitos.

José Afonso da Silva entende a dignidade da pessoa humana como um valor supremo

[...] que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais, tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana” (SILVA, 2015, p. 107).

Assim, a dignidade da pessoa humana traz para a sua “órbita” um “conglomerado” de direitos fundamentais, não podendo ser apreendida apenas com relação à defesa dos direitos individuais, mas enquanto valor basilar do existir humano.

Segundo Fábio Konder Comparato, a dignidade da pessoa humana provém simplesmente da existência humana, assim dispondo:

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita (COMPARATO, 2015, p. 34).

Disso, infere-se que todo homem possui dignidade – diferentemente das coisas, que possuem um preço. A humanidade enquanto espécie, e cada ser humano considerado individualmente, é precisamente insubstituível: não tem igual, não pode ser substituído por coisa alguma (COMPARATO, 2015).

Para Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se

um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade (MORAES, 2015, p. 18).

É um valor imanente ao ser, que exige consideração por parte de todos, e constitui a parcela inatacável a ser garantida pela ordem jurídica, e somente em casos especialíssimos comporta limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

A busca do texto constitucional em preservar o valor da dignidade humana é redimensionada, à medida que, categoricamente, privilegia o tema dos direitos fundamentais. Verifica-se, desse modo, uma nova topografia constitucional, pois a Constituição Federal de 1988 apresenta avançada Carta de direitos e garantias, logo em seus primeiros capítulos, alçando-os, inclusive, a cláusulas pétreas, o que denuncia a vontade constitucional de privilegiar os direitos e as garantias fundamentais (PIOVESAN, 2013).

Pontua Sarlet (2015) que, como consequência da especificação e positividade constitucional de determinados valores básicos – conteúdo axiológico –, os direitos fundamentais compõem, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais – parte orgânica ou organizatória da Constituição – a substância propriamente dita, o núcleo vital, composto pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, descortinando que mesmo num Estado constitucional democrático se fazem necessárias – necessidade premente no período pós Segunda Grande Guerra – determinadas vinculações de índole material para fazer frente aos fantasmas da ditadura e do totalitarismo.

Ainda segundo Sarlet (2015), no bojo de um Estado social de Direito – e o consagrado pelo nosso desenvolvimento constitucional não é exceção – os direitos fundamentais sociais apresentam-se como imposição inabalável do efetivo exercício das liberdades e garantia da igualdade de oportunidades, imanentes à concepção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não simplesmente formal, e sim, orientado pelo valor da justiça material.

À luz das ideias aqui apenas registradas pontualmente e desenvolvidas sumariamente, há como afirmar que, além da estreita conexão entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob a feição de efetivações do princípio da dignidade da pessoa humana, como também dos valores da igualdade, liberdade e justiça, consubstanciam condição de existência e dimensão da legitimidade de um genuíno Estado Democrático e Social de Direito, assim como consagrado também no direito constitucional pátrio positivo vigente (SARLET, 2015).

### 3.2 A Constituição Cidadã e os Direitos Fundamentais

A Carta de 1988 se consolida como o marco jurídico da passagem ao regime democrático, alargando substancialmente o campo dos direitos e garantias fundamentais, pondo-se entre as Constituições mais desenvolvidas do mundo no que diz respeito ao tema (PIOVESAN, 2013). Inovou na proteção dada aos direitos fundamentais. De todas as Constituições do Brasil, é a que protege a maior gama de direitos fundamentais, além de determinar que a tutela de tais direitos configura um dos alicerces do Estado Democrático de Direito pátrio (LIMA, 2012).

Está repleta de dispositivos que comprovam a importância conferida pelo constituinte à tutela dos direitos fundamentais. Inicia-se com um preâmbulo que anuncia um novo Estado – democrático –, que se destina a garantir o exercício dos direitos fundamentais enquanto valores supremos da sociedade brasileira. Além de indicar a estreita conexão entre os direitos fundamentais e a nova ordem democrática, o preâmbulo declara como objetivos principais do Estado brasileiro a promoção e a proteção desses direitos, tanto nacional como internacionalmente (LIMA, 2012).

A Constituição Cidadã de 1988 não traz como característica a sistematização relacionada à garantia dos direitos fundamentais, na medida em que se pode encontrar referências a esses direitos em várias partes do texto constitucional. A *sedes materiae* é o Título II, que cuida Dos direitos e garantias fundamentais, regulamentando os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, bem assim as garantias respectivas. No artigo 5º, da Carta Política, há um vasto rol de direitos individuais, de garantias clássicas. Conjuntamente, preceitua direitos coletivos e deveres individuais e coletivos. No artigo 6º define os direitos sociais a serem efetivados por todos os órgãos estatais. O artigo 7º alça o direito do trabalho a patamar constitucional, o que traz importantes consequências dogmáticas, como a ocorrência do dever estatal de tutela, sendo que a omissão ou descumprimento desse dever pelo Estado enseja ações constitucionais (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Paulo e Alexandrino (2012) assinalam que não obstante o trabalho do constituinte originário, em boa parte, ter sido modificado pela excessiva quantidade de emendas feitas à atual Constituição – merecendo destaque a mudança significativa de direção no que diz respeito à ordem econômica – pode-se sintetizar, afirmando que a Constituição de 1988 pretendeu atribuir ao Brasil uma configuração de social-democracia, de estabelecer um genuíno Estado Democrático-Social de Direito, com a previsão de um grande número de obrigações ao Estado, constituídas em prestações positivas, suscetíveis, em tese, de serem

reclamadas pela população em geral, muitas como genuínos direitos subjetivos. Por isso, recebeu a Constituição Federal de 1988 a denominação de “Constituição Cidadã”.

Redesenhou-se largamente o Estado tanto em sua estrutura, quanto em sua atuação como Estado-poder<sup>5</sup>, e consolidou-se sobremodo o Estado-comunidade, mediante a ampliação dos direitos fundamentais e o fortalecimento das ferramentas de controle, populares e institucionais, do Poder Público (PAULO; ALEXANDRINO, 2012). É a mais democrática e a que estabelece o mais amplo e minucioso tratamento de salvaguarda dos direitos fundamentais (LIMA, 2012).

Acerca dessa “face” social da Constituição Cidadã, Cláudia Maria da Costa Gonçalves destaca que:

A Constituição de 1988, não se pode deixar de reconhecer, foi fruto de intensa participação popular. Mas não apenas isso. A Carta Política brasileira não representa exclusivamente os anseios e as lutas dos segmentos mais oprimidos; antes pelo contrário, simboliza a heterogeneidade social do país. É, por conseguinte, a que mais se aproxima do complexo e contraditório cotidiano brasileiro. Essa configuração, aliás, é também a que mais se assemelha a outras constituições contemporâneas que, longe de serem uma imposição totalitária, suscitam, a cada dia, participação e reivindicações populares (GONÇALVES, 2006, p. 165).

De fato, a Constituição Federal de 1988 tem um viés popular, na medida em que concede ao cidadão, anteriormente alijado de seus direitos, não só a garantia destes, como também maior participação na vida pública do país.

Paulo Bonavides entende que a Constituição Cidadã inaugura um Estado social. Nas palavras do autor:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e antiestado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder (BONAVIDES, 2015, p. 379).

Conseqüentemente, referido autor afirma que:

O Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em

<sup>5</sup> Houve a extinção dos Territórios Federais; foi conferida maior autonomia aos municípios; a atividade da Administração Pública passou a ser rigidamente regrada; o Poder Judiciário e o Legislativo foram fortalecidos, inclusive em sua atividade fiscalizadora do Executivo (PAULO; ALEXANDRINO, 2012).

relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributiva, sem a qual não haverá democracia nem liberdade (BONAVIDES, 2015, p. 387).

Percebe-se que a Constituição social não é contra a ideia de Estado, mas contra os arbítrios deste, visando possibilitar as condições fáticas para o exercício dos direitos fundamentais de forma equânime.

A Constituição Federal de 1988 institucionaliza a instalação de um regime político democrático no Brasil, introduzindo, também, inquestionável progresso no fortalecimento legislativo das garantias e direitos fundamentais e na proteção das áreas vulneráveis da sociedade brasileira. Os direitos fundamentais ganham relevância extraordinária, situando-se o Texto de 1988 como o documento mais abrangente e minucioso sobre os direitos fundamentais jamais empregado no país, projetando, desde seu preâmbulo, um Estado Democrático de Direito (PIOVESAN, 2013).

O Texto de 1988 inova, ainda, ao ampliar a dimensão dos direitos e garantias, adicionando no catálogo dos direitos fundamentais não somente os direitos civis e políticos, como também os sociais. É a primeira Constituição nacional a introduzir na declaração de direitos os direitos sociais, haja vista que nas Constituições anteriores as normas referentes a esses direitos achavam-se espalhadas no âmbito da ordem econômica e social, não faziam parte do título dedicado aos direitos e garantias. Sendo assim, não existem direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam cumpridos. Nesse passo, a Constituição Cidadã “acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade” (PIOVESAN, 2013, p. 96).

Dessa forma, os direitos e garantias fundamentais detêm especial força expansiva, estendendo-se por todo o universo constitucional e servindo como método interpretativo de todas as normas da ordem jurídica (PIOVESAN, 2013).

Flávia Piovesan entende que a Constituição de 1988 conferiu aplicabilidade imediata às normas referentes a direitos fundamentais, assim discorrendo:

Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 instituiu o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, § 1º. Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos

prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (PIOVESAN, 2013, p. 97-98).

Constata-se, desse modo e segundo Hesse (1991), que os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal gozam de força normativa e aplicação imediata<sup>6</sup>, cujos preceitos são o conteúdo e a práxis. Quanto ao conteúdo, quanto mais alcançar correspondência com natureza singular do presente, muito mais seguro será o desenvolvimento da sua força normativa. Com relação à práxis, exige-se de todos os partícipes da vida constitucional partilhar da vontade da Constituição.

### 3.3 A Reserva do Possível

No artigo 5º, § 1º, da Constituição Cidadã encontra-se uma norma de importância peculiar: “todos os direitos e garantias fundamentais, isto é, todas as disposições que definem direitos e garantias individuais, sociais e políticos, independentemente do capítulo ou título da Constituição que os proclama, são direta e imediatamente vinculantes” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 95).

A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet inicia sua análise partir da constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são claramente genuínos direitos fundamentais, constituindo direito imediatamente aplicável. Nessa esteira, independentemente da maneira de positivação, os direitos fundamentais prestacionais sempre gozarão de aptidão para produzir um mínimo de efeitos jurídicos (SARLET, 2015).

Dito de outra forma, o § 1º, do artigo 5º, deixa patente que os direitos fundamentais não correspondem a simples declarações políticas ou programas de ação do poder público, muito menos podem ser entendidos como normas de eficácia limitada ou diferida. Todas as normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder estatal direta e indiretamente (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

No caso dos direitos sociais, o efeito imediato dos direitos e garantias fundamentais não se exprime plenamente, como estabelecido em citada norma. Esses direitos se constituem em pretensões dos indivíduos ante o Estado, carecendo da edição de legislação e da criação de uma estrutura administrativa dirigida à sua realização, o que revela a impossibilidade de sua

---

<sup>6</sup> Importante destacar que, no item 2.3.6 deste trabalho, colacionou-se as lições de Mendes e Branco (2014), em que alertam para o fato de que essa característica não significaria que, sempre, automaticamente, os direitos fundamentais gerariam direitos subjetivos, concretos e definitivos. De acordo com esses autores, existem normas que, claramente, não são autoaplicáveis, necessitam de interposição legislativa para produzir todos os seus efeitos, mormente as que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social.



aplicação imediata na prática. Ocorre o mesmo com os direitos difusos que estão precariamente delimitados no texto constitucional (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Segundo Dimoulis e Martins (2014), juridicamente isso se justifica pelo fato de o § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal reportar-se a normas definidoras de direitos. São normas de baixa densidade normativa. Não podem ser aplicadas imediatamente na realidade social normas que não definem suficientemente um direito, já que não é possível aplicar um direito sem o conhecimento prévio acerca das hipóteses e condições de incidência e as formas de exercício. No entanto, referidos autores chamam atenção para a impossibilidade de mitigação dos efeitos das normas definidoras de direitos fundamentais sociais, nos termos seguintes:

Trata-se, ao contrário, de um “tudo” (o legislador regulamenta o direito fundamental social, criando as condições orçamentárias, organizacionais e procedimentais necessárias para o seu exercício) ou “nada” (omissão inconstitucional das funções estatais competentes). A intensidade da ação estatal só será relevante no momento em que implicar intervenções nos direitos fundamentais de resistência, os quais, ao contrário dos direitos prestacionais, admitem a aludida mitigação, uma vez que foram praticamente todos outorgados com limites constitucionais (explícitos ou implícitos) (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 97).

Resta claro que, para referidos autores, não é possível mitigar os efeitos da norma definidora de direitos fundamentais sociais, tão somente dos direitos de resistência que no nascedouro já foram potencialmente concebidos com limitações constitucionais.

Parte da doutrina pátria recorre à construção dogmática da reserva do possível, que vem sendo utilizada como critério limitador dos deveres estatais de prestação, mormente, os afetos aos direitos sociais, pelo Supremo Tribunal Federal e outros tribunais (DIMOULIS; MARTINS, 2014). Segundo alguns, a limitação dos recursos constitui limite fático à efetivação desses direitos (SARLET, 2015).

Para Dimoulis e Martins (2014), a reserva do possível não pode ser invocada no ordenamento brasileiro como critério de limitação da aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais. Primeiro, porque o possível é uma grandeza que não pode ser aferida no que diz respeito à atuação estatal, uma vez que o Estado dispõe de um vasto leque de medidas<sup>7</sup> para tornar possível uma prestação.

Em segundo lugar, “o Judiciário só pode declarar inconstitucionais as opções orçamentárias e as políticas públicas dos demais Poderes se houver critério para tanto”. Tal

---

<sup>7</sup> O Estado pode, por exemplo, reorganizar as prioridades orçamentárias, racionalizar as despesas, celebrar empréstimos no exterior e, finalmente e mais importante, aumentar a arrecadação com a instituição de novos tributos, majorando alíquotas e combatendo eficazmente a sonegação fiscal. Essas medidas sempre enfrentam contestação e criam o chamado “custo político”, já que prejudicam os interesses econômicos de certas camadas sociais. Porém, a possibilidade teórica de o Estado se valer de tais medidas indica que a suposta “impossibilidade” de cumprimento de dado dever estatal só demonstra a falta de vontade política para sua satisfação (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

critério racional consiste na constatação do exato estabelecimento de prioridades pelos demais Poderes (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 99).

Isso demonstra que, em regra, o Judiciário não conta com fundamentos para realizar comparações entre as políticas públicas, não competindo, portanto, a ele aferir sobre a possibilidade de realização de certo direito (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

De outra parte, e em terceiro lugar, a incapacidade do Estado em atender demandas de despesa não constitui limitação constitucional ao seu dever de efetivar um direito social tanto no plano geral, quanto individual (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Dimoulis e Martins (2014) enfatizam que doutrinadores simpáticos à figura da reserva do possível buscam suavizar seus efeitos limitadores do vínculo estatal aos direitos prestacionais, com base em duas afirmações: a) o Judiciário deve analisar as decisões políticas distributivo-orçamentárias dos demais Poderes; e b) o ônus da prova da impossibilidade financeira compete à autoridade que a alega.

Asseveram Dimoulis e Martins (2014) que, com relação à primeira afirmação, tem-se que leis orçamentárias podem ser objeto de controle de constitucionalidade. Porém o reconhecimento da inconstitucionalidade das opções políticas de alocação de recursos é extremamente impossível, ante a ausência de critérios jurídicos para tal. A segunda afirmação também não merece guarida, pois a determinação prática do ônus da prova não se revela decisiva, pois, como dito, a comprovação da impossibilidade real não autoriza desprezar o caráter vinculante dos direitos prestacionais, principalmente dos direitos fundamentais sociais.

Ainda segundo os já citados autores:

A alegação de impossibilidade de cumprimento de dever estatal pode ter relevância jurídica no momento da execução judicial de condenações à prestação pelo Estado de um direito social, tendo em vista a ordem de cumprimento das prestações em face de critérios orçamentários. Mas nesse caso temos um clássico problema de tratamento desigual de titulares de direitos fundamentais, e não uma justificativa da reserva do possível como forma de relativizar a aplicação imediata dos direitos sociais (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 101).

O fato de que os direitos sociais não se constituiriam em direitos absolutos não implica, necessariamente, que eles devam sofrer limitação ante a (in)capacidade econômica do Estado, mas sim, eventualmente, sofrer limitações diante da proteção e garantia de outros direitos fundamentais (FUHRMANN, 2013).

De outra parte, ainda que se admita a alegação da escassez de recursos como apta a impor limitações à fruição dos direitos sociais, pelo disposto no artigo 5º, § 1º, da Carta Política, caberia ao Poder Público, em último caso, a comprovação da efetiva ausência dos

recursos imprescindíveis à satisfação dos direitos prestacionais, de forma que, a alegação, a princípio, de que o Estado brasileiro não dispõe de meios financeiros para arcar com as reivindicações sociais, sem comprovação fática para o caso concreto, é prontamente descartada (FUHRMANN, 2013).

A ausência de condições do Estado em promover o atendimento integral dos direitos sociais a todos aqueles que deles necessitem faz nascer no seio da sociedade insatisfações que, por sua vez, deságuam na busca pelo Poder Judiciário enquanto instância última a fim de efetivar esses direitos (TRINDADE, 2013).

Entendimento contrário, portanto, favorável à tese da reserva do possível, assevera que em princípio, deve-se atentar para a liberdade de conformação do legislador, a quem se confere discricionariedade na opção normativa reputada mais adequada para a salvaguarda dos direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2014).

Para Mendes e Branco (2014), não cabe ao Judiciário, e sim aos órgãos políticos, a indicação de qual medida deve ser adotada para a proteção dos bens jurídicos amparados pelas normas definidoras de direitos fundamentais. O aspecto objetivo origina um direito a prestação integrado a direito de defesa, e esse direito a prestação deve se submeter à liberdade de conformação dos órgãos políticos e à observância da reserva do possível.

Portanto, segundo Mendes e Branco (2014), ordinariamente, não há cogitar de um dever de ação específico por parte do Estado, haja vista que os Poderes Públicos desfrutam de discricionariedade na escolha de uma dentre as diferentes opções que se lhes apresentam, levando em consideração os meios disponíveis, as colisões de direitos e interesses implicados e a sua tabela de prioridades políticas.

Fuhrmann (2013) entende que a chamada reserva do possível não compreende somente o caráter econômico da concretização dos direitos sociais, como também outras possibilidades de ordem jurídica e institucional, podendo, assim, servir como possível critério balizador diante de colisões entre direitos fundamentais, desde que se preserve, em qualquer caso, os núcleos essenciais dos direitos em conflito.

Constitui, efetivamente, espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas poderá atuar também, em determinadas ocasiões, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, no caso de conflitos de direitos, quando se tratar da invocação<sup>8</sup> da indisponibilidade de recursos no intento de preservar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET, 2015).

---

<sup>8</sup> Sempre observando os parâmetros da proporcionalidade e da proteção do mínimo existencial em relação a todos os direitos (SARLET, 2015).

### 3.4 Limites e Restrições de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, enquanto normas de hierarquia constitucional, somente podem ser restringidos por normas de igual hierarquia ou em virtude delas. Assim, restrições a direitos fundamentais ou são normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação tenha sido autorizada por normas constitucionais. São diretamente constitucionais as restrições de hierarquia constitucional, enquanto que as restrições infraconstitucionais são restrições indiretamente constitucionais (ALEXY, 2012).

Acerca do tema, Robert Alexy, esclarece que:

Da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorreriam não apenas a restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais em face dos princípios colidentes, mas também que sua restrição e sua restringibilidade têm limites. Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade (ALEXY, 2012, p. 295-296).

Compreende-se que mesmo as restrições de direitos fundamentais comportam limites, somente sendo admissível restringir um direito fundamental após aferição, diante da situação fática, do peso que será atribuído a cada princípio de direito fundamental.

Segundo entendem Mendes e Branco (2014), enquanto detentores de *status* constitucional, os direitos fundamentais somente podem sofrer limitação por expressa determinação constitucional ou mediante lei ordinária promulgada com respaldo na própria Constituição. A se considerar restritiva a cláusula que obstrui a materialização de um princípio de direito fundamental, deve-se reconhecer que, sob o aspecto ontológico, tanto as restrições estabelecidas pelo legislador com amparo em expressa autorização constitucional quanto as limitações decorrentes diretamente da Constituição devem ser declaradas cláusulas restritivas de direitos.

Os titulares de direitos fundamentais encontram-se numa posição ímpar diante dos Poderes Públicos, o que possibilita, em algumas situações, cogitar-se de restrição desses direitos. Há indivíduos que se ligam aos poderes estatais de forma submissa, sujeitando-se a uma medida mais intensa de intervenção em seus direitos fundamentais<sup>9</sup>. Nesses casos,

---

<sup>9</sup> A ocorrência de uma relação nesses moldes funciona como título legitimador para a limitação de direitos fundamentais, ou seja, por si só autoriza possíveis limitações dos direitos que a compõe (MENDES; BRANCO, 2014).

perceptível a existência de inserção contínua do indivíduo na esfera organizativa da Administração (MENDES; BRANCO, 2014).

Exemplos de relações especiais de sujeição podem ser observados no regime jurídico próprio que o Estado guarda com os militares, com os funcionários públicos civis, com os internos de estabelecimentos públicos ou com os estudantes de escola pública. O complexo de circunstâncias especiais em que se encontram essas pessoas predispõe um tratamento diferenciado no que se refere ao gozo dos direitos fundamentais. Essa peculiar condição subjetiva configura fonte de limitações (MENDES; BRANCO, 2014).

Mendes e Branco (2014) pontuam que o estatuto dessas “relações especiais de poder” deve estar respaldado pela Constituição, permitindo-se a disposição específica de alguns direitos, quando primordial para a consecução dos fins constitucionais que legitimam essas relações. A legitimidade da constrição dos direitos fundamentais deve ser verificada mediante um empenho de concordância prática e de ponderação dos valores opostos em cada caso<sup>10</sup>.

Segundo esse entendimento, a inclusão voluntária do indivíduo nesses estatutos, não implica renúncia aos direitos fundamentais – esses direitos são irrenunciáveis. Admite-se limitação aos direitos quando se verificar necessário para a obtenção dos fins, com amparo constitucional, inerentes às relações especiais de poder. Diante disso, essas limitações devem ser proporcionais, não atingindo todos os aspectos da vida do sujeito. Não pode, também, ser temporalmente ilimitada, devendo facultar ao indivíduo a possibilidade de dissolução dessa relação de poder. Dado que a restrição ao direito fundamental deve guardar relação com os fins da instituição, não é correto aplicar o estatuto especial a quem não se insere exatamente na relação especial (MENDES; BRANCO, 2014).

Variados modos de limitação de direitos fundamentais estão previstos no direito constitucional. Nesse aspecto, a área de proteção do direito sofre uma intervenção permitida, porém “somente após um processo de justificação constitucional da imposição concreta do limite previsto na Constituição” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 151).

Dimoulis e Martins (2014, p. 154) esclarecem que muitas disposições constitucionais garantem os direitos fundamentais, mas o fazem com uma reserva legal, que autoriza o legislador comum a introduzir limitações, reduzindo a área de proteção do direito. Essa reserva legal pode ser simples (também chamada de plena, absoluta ou ordinária) ou

---

<sup>10</sup> As restrições a direitos fundamentais devem estar estipuladas em lei que defina cada estatuto especial. Na ausência da lei, deve-se recorrer aos princípios de concordância e de ponderação entre os direitos implicados e os valores constitucionais que orientam a relação especial. Algumas regulamentações internas intentam suprir essas lacunas – a legitimidade delas dependerá do que defluir de um raciocínio de ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos (MENDES; BRANCO, 2014).

qualificada (também denominada de limitada ou relativa). Quando a Constituição anuncia que o exercício do direito se dará “na forma da lei” ou nos “termos da lei”, está-se diante de uma reserva legal simples. Está presente uma reserva legal qualificada quando o texto constitucional “indica pelo menos um dos seguintes elementos: o tipo, a finalidade ou o meio de intervenção autorizados, dos quais o legislador poderá se valer quando de sua concretização da limitação constitucional do direito fundamental”.

A compreensão mais condizente com os imperativos da interpretação sistemática é que a não inclusão de reserva legal denota que o constituinte consentiu o pleno exercício do direito e não vislumbrou perigos de conflito com outros direitos tutelados constitucionalmente. “Eventual limitação legislativa do direito sem reserva seria inconstitucional: uma restrição só pode ser admitida in concreto quando se constata um efetivo conflito entre bens jurídico-constitucionais” – entre dois direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e um interesse estatal ou difuso ou coletivo com base constitucional (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 157).

Indubitável que o estabelecimento de reservas legais obsta a proliferação de conflitos entre direitos de titularidades diversas. De outra parte, há que se observar que a técnica que impõe expressa autorização constitucional para a interferência do legislador no âmbito de proteção dos direitos fundamentais revela, também, um cuidado de segurança jurídica, que evita a instituição de restrições arbitrárias ou aleatórias (MENDES; BRANCO, 2014).

A análise dos direitos fundamentais permite concluir que direitos, liberdades, poderes e garantias estão sujeitos a limitação ou restrição. Entretanto, constata-se que tais restrições são limitadas. Cogita-se dos chamados “limites dos limites”, que norteiam a ação do legislador quando limita direitos individuais. Tais limites decorrem da própria Constituição, referindo-se tanto “à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 349).

Ressalta-se, entretanto, que o princípio da proteção do núcleo essencial, enquanto princípio explicitamente consagrado na Constituição ou enquanto premissa constitucional inerente dedica-se a impedir o exaurimento do conteúdo do direito fundamental resultante de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais. No entanto, não há, na doutrina e na jurisprudência, unicidade quanto ao significado de equivalente cláusula e da própria ideia de proteção do núcleo essencial. No âmbito dessa controvérsia, diferentes posições dogmáticas sobre a proteção do núcleo essencial levantam duas teorias: a absoluta e a relativa. Ambas

buscam garantir maior proteção aos direitos fundamentais, visto que intentam preservá-los contra uma ação legislativa descabida (MENDES; BRANCO, 2014).

A teoria absoluta concebe o núcleo essencial dos direitos fundamentais como elemento substancial autônomo que, independentemente de qualquer situação fática, estaria livre de decisão legislativa casual (MENDES; BRANCO, 2014).

Há quem afirme que essa concepção se vale de interpretação material para determinar uma limitação da própria atividade legislativa. Nesses termos:

Essa concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador e outro seria insuscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um “limite do limite” para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 350-351).

Depreende-se, desse modo, que, para a teoria absoluta, haveria um espaço intocável, isento de qualquer interferência estatal, incólume à limitação legislativa.

Para a teoria relativa, o núcleo essencial deve ser definido para cada caso, à vista do objetivo pretendido pela norma de caráter restritivo. A aferição do núcleo essencial se daria por intermédio de um processo de ponderação entre meios e fins, com suporte no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial consistiria naquele mínimo invulnerável à restrição ou redução apoiado nesse processo de ponderação. Consoante essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significação nitidamente declaratória (MENDES; BRANCO, 2014).

A ordem constitucional pátria não disciplinou direta e expressamente a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. É manifesto, porém, que o texto constitucional proíbe expressamente qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, IV, da Carta de 1988). Essa cláusula fortalece o reconhecimento de um limite do limite também para o legislador ordinário. Ainda que omissa no texto constitucional nacional, a idealização de um núcleo essencial é decorrente do próprio modelo garantístico empregado pelo constituinte. O não estabelecimento de um limite à atividade legiferante tornaria inútil qualquer proteção fundamental (MENDES; BRANCO, 2014).

Na atual fase evolutiva da dogmática constitucional brasileira, já é possível atestar que, apesar da ainda relativamente deficiente literatura específica produzida sobre o assunto, a temática dos limites e restrições aos direitos fundamentais – como também dos conexos temas das colisões desses direitos e da tutela face a ação do legislador e do poder público em geral –

já exerce posição de destaque no cenário jurídico, seja no âmbito jurisprudencial, seja na esfera doutrinária (SARLET, 2015).

Embora não disciplinada expressamente no texto constitucional, a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais é decorrente da própria Constituição, na medida em que não se pode emendar o texto constitucional se tal emenda implicar em abolição de direitos fundamentais, o que importa em limitação à atividade legiferante. Compreender os aspectos que envolvem a temática dos limites e restrições a esses direitos se revela primordial para o entendimento do fenômeno da colisão de direitos fundamentais.



## 4 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As colisões de direitos fundamentais, assim como os conflitos desses direitos com outros valores de índole constitucional, despertam a atenção da mais recente doutrina. O tema se confunde com a busca pelo entendimento do conteúdo e dos limites dos distintos direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2014). Questiona-se: o que ocorre caso duas posições asseguradas como direitos fundamentais diversos, ou bens constitucionalmente tutelados, vindiquem prevalência numa mesma situação?

As circunstâncias de conflitos entre princípios podem revelar tanto colisão de direitos fundamentais, como conflito entre um direito fundamental e um outro valor assegurado no texto constitucional<sup>11</sup> (MENDES; BRANCO, 2014).

Segundo Mendes e Branco (2014), fala-se ainda na doutrina que, para o esclarecimento do conteúdo do direito fundamental, há de se considerar que esses direitos pressupõem uma reserva de amizade e de não prejudicialidade. Essas cláusulas operariam a partir de uma ponderação de princípios constitucionais, para excluir certas situações do âmbito de proteção da norma constitucional. Claramente, aqui, recorre-se ao sistema de ponderação entre bens concorrentes.

Nem sempre é fácil determinar os contornos de um direito fundamental, pois configura tema que, muitas vezes, congrega correntes doutrinárias contrárias. Retesa-se, pois, a sensibilidade do operador do direito, dele se exigindo, ao fim, que guarde fidelidade aos valores preponderantes na sua sociedade, na tentativa de encontrar de soluções justas, técnicas e com respaldo social (MENDES; BRANCO, 2014).

Importa, nesse passo, inicialmente, expor as distinções entre regras e princípios, a fim de demonstrar a natureza das normas que definem direitos fundamentais, tendo em vista que se revela de vital importância para a temática da colisão desses direitos.

### 4.1 Regras e Princípios

Atualmente, a doutrina tem sido chamada a relacionar as normas jurídicas em dois grandes grupos: o das regras e o dos princípios (MENDES; BRANCO, 2014). As normas jurídicas que integram o ordenamento jurídico positivo podem apresentar essas duas configurações (TORRES, 2001).

---

<sup>11</sup> Como exemplo, o valor da saúde pública pode dar ensejo a medidas restritivas da liberdade – confinamentos –, como pode levantar questões envolvendo a incolumidade pública – vacinação obrigatória (MENDES; BRANCO, 2014).

As regras são normas que, sob determinadas condições, exigem, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, sem qualquer ressalva (CANOTILHO, 2003). São aplicáveis através de subsunção, e sempre, só ou podem ser cumpridas ou não cumpridas, sendo, por conseguinte, mandamentos definitivos (ALEXY, 2011).

Dito de outra forma, regras “são proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos”. Uma regra só deixará de ter incidência sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se não estiver em vigor ou se houver outra mais específica (BARROSO, 2009, p. 330).

Os princípios configuram determinações para que dado bem jurídico seja atendido e protegido na maior medida que as circunstâncias autorizarem. Diz-se, então, que constituem “mandados de otimização”, haja vista imporem que sejam concretizados “na máxima extensão possível”. Assim, é possível a aplicação de um princípio em graus diferenciados, conforme o caso (MENDES; BRANCO, 2014).

Essa característica dos princípios de funcionarem como mandados de otimização revela-lhes um elemento essencial. Eles possuem um caráter *prima facie*. Isso significa que o conhecimento da total abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores. A normatividade dos princípios é, nesse sentido, provisória, “potencial, com virtualidades de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 319).

Evidencia-se que o significado jurídico de um princípio, enquanto mandamento de otimização, exige complementação pela conjugação de outros fatores, não se extraindo simplesmente da dicção da norma que o reconhece.

Sumariamente, os princípios constitucionais consistem em normas eleitas pelo constituinte como fundamentos substanciais da ordem jurídica que institui. O intérprete da Constituição deve iniciar pela “identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie” (BARROSO, 2009, p. 155). Não propiciam opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição, entretanto, autorizam projeções ou irradiações normativas com um determinado grau de discricionariedade, desde que, e sempre, limitados pela juridicidade objetiva dos princípios (CANOTILHO, 2003).

Em sua acepção clássica, os princípios, constituem as determinações nucleares do sistema jurídico, transmitindo seus efeitos sobre distintas normas e delimitando a

interpretação e integração de toda a área do ordenamento em que radicam. Gozam de um grau de generalidade e abstração superior ao das regras, sendo, conseqüentemente, inferior a determinabilidade do seu espaço de aplicação. Outrossim, os princípios detêm um matiz axiológico mais destacado do que as regras, revelando com mais nitidez os valores jurídicos e políticos que expressam (TORRES, 2001).

Para Acunha (2014), a diferença entre regras e princípios reside no plano da estrutura da norma. E essas diferenças estruturais repercutem pontualmente sobre as hipóteses de composição dos casos de conflito.

Alexy (2012) entende que a diferença entre essas espécies normativas revela-se com maior nitidez nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é que duas normas, se aplicadas isoladamente, conduziriam a resultados incompatíveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. Distinguem-se pelo modo de solução do conflito.

Ronaldo Dworkin (2010, p. 39), por sua vez, assinala que “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”, tendo em vista que os dois “conjuntos de padrões” indicam decisões particulares a respeito da obrigação jurídica em situações específicas, porém diferenciam-se quanto à natureza da orientação que apresentam. As regras se aplicam à maneira do “tudo ou nada”. Dadas as circunstâncias, ou a regra é válida – nesse caso, a resposta fornecida por ela deve ser acatada – ou não é válida – e, neste caso, não contribui em nada para a decisão.

Os princípios dispõem de uma dimensão do peso ou importância que as regras não possuem. Por vezes, princípios ou regras podem desempenhar papéis bastante similares e a distinção entre eles resume-se quase a uma questão de forma (DWORKIN, 2010).

Para Barroso (2009), a diferenciação qualitativa entre regra e princípio constitui um dos pilares da moderna dogmática constitucional, imprescindível para a suplantação do positivismo legalista, em que as normas se limitavam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual o ideário de justiça e de concretização dos direitos fundamentais desempenha papel central.

Essas considerações se afiguram de suma importância para que se compreendam quais as formas de resolução de conflitos de regras, de colisões de princípios ou de conflitos entre regras e princípios.

#### 4.1.1 Conflito entre regras

Num ordenamento jurídico, as regras contraditórias não podem ter validade simultânea. Resta, nesse caso, optar: ou por se introduzir uma cláusula de exceção ou, não sendo isto possível, excluir-se uma delas pelos critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade (NOVELINO, 2012).

Ocorrendo conflito entre regras, que disponham de forma contrária, o problema será resolvido em termos de validade, já que duas normas conflitantes não podem coexistir simultaneamente na ordem jurídica (MENDES; BRANCO, 2014). A decisão se dá no âmbito da validade (NOVELINO, 2012). Verificada a ocorrência de conflito entre duas regras, uma delas restará inválida (DWORKIN, 2010).

#### 4.1.2 Conflito entre princípios

Ainda que raro, pode haver, no campo da validade, um conflito entre princípios. Ocasão em que deve-se analisar a pertinência ou não dos princípios ao ordenamento jurídico, para se identificar qual deverá permanecer e qual deverá ser excluído (NOVELINO, 2012).

Segundo Mendes e Branco (2014), o resultado é que num eventual embate de princípios incidentes numa mesma situação concreta, a solução não poderá ser aquela que ampara casos de conflito entre regras. Aqui, deve-se buscar a conciliação entre os princípios colidentes, aplicando cada qual em dimensões variadas, segundo a respectiva significância no caso concreto, sem que se exclua um dos princípios do ordenamento jurídico por irremediável oposição ao outro.

#### 4.1.3 Conflito entre princípios e regras

Compreende-se que a prevalência *prima facie* das regras em relação aos princípios se resume ao âmbito de aplicação, não constituindo espécie de hierarquia normativa. Em se tratando de conflitos que envolvem normas situadas em plano idêntico, a presença de uma regra específica rechaça, *a priori*, a possibilidade de aplicação do princípio. Nessas circunstâncias, o conflito foi antecipado pelo legislador que escolheu por “entrincheirar” suas razões impedindo o uso de outras razões decorrentes dos princípios (NOVELINO, 2012).

Quando o conflito envolve normas situadas em planos diversos com um princípio constitucional em regra legal, a princípio, deve preponderar a regra formulada pelo legislador,

a quem a Constituição conferiu a prevalência para efetivá-la. A regra infraconstitucional – que muitas vezes resulta de uma ponderação abstrata feita na esfera legislativa – deve ser afastada somente quando for inconstitucional ou sua aplicação ocasionar uma situação de manifesta injustiça, devido às circunstâncias excepcionais presentes no caso concreto e que não poderiam ter sido previstas por ocasião da generalização probabilística realizada pelo legislador. Somente nestas duas hipóteses o aplicador deverá afastar a aplicação de uma regra infraconstitucional, aplicando diretamente um princípio da constituição (NOVELINO, 2012).

Marcelo Novelino esclarece que:

Pode ocorrer, portanto, como resultado de uma atividade interpretativa levada a efeito para a solução de um caso concreto, que uma regra específica seja afastada para a aplicação de um determinado princípio ou conjunto de princípios. Isso não significaria, porém, que as regras também possuem a dimensão do peso ou valor. Nesses casos, o operador jurídico decide que o conjunto de princípios que requerem o abandono da norma estabelecida – entre eles o princípio de justiça – tem um peso maior, nas circunstâncias daquele caso em particular, que o conjunto de princípios – dentre eles o princípio de ater-se ao estabelecido – que requer a manutenção da norma. Para decidir, o operador jurídico compara o peso de dois conjuntos de princípios, e não o peso de uma regra e de um princípio. O método utilizado para se chegar ao resultado de afastamento da regra é o mesmo concebido para o conflito entre princípios (NOVELINO, 2012, p. 137).

Infere-se, do exposto, que o conflito entre princípios e regras se resume a uma colisão de princípios, reclamando a aplicação do método utilizado nos casos de colisão de princípios.

Novelino (2012) conclui que não configura desobediência à lei o fato de um operador jurídico se pautar em parâmetros prescritos pelo próprio direito para adaptá-lo a uma situação concreta. Nessas situações, o papel da argumentação jurídica e a exigência de uma fundamentação racional alcançam importância máxima para rechaçar a ideia de irracionalidade e subjetivismo na seleção de certos princípios.

## **4.2 Caracterização da Colisão**

Fala-se em colisão de direitos fundamentais quando se identifica conflito decorrente do exercício de direitos fundamentais por diferentes titulares. A colisão pode decorrer de conflito entre (a) direitos individuais, (b) direitos individuais e bens jurídicos da comunidade (CANOTILHO, 2003), e (c) entre bens jurídicos coletivos (MENDES; BRANCO, 2014).

A análise do fenômeno da colisão de direitos fundamentais evidencia conjunturas extremamente diversas que, no entanto, possuem ponto comum: todas as colisões só podem então ser resolvidas se ou de um lado ou ambos, de algum modo, limitações e sacrifícios são

realizados. Resta verificar como isso deve ocorrer. Para isso, devem ser tomadas decisões cruciais sobre a estrutura essencial da dogmática dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011).

Destaca-se que a ideia de conflito ou de colisão de direitos permite moderação. Ora, nem tudo que é praticado num suposto exercício de determinado direito encontra guarida no seu âmbito de proteção (MENDES; BRANCO, 2014).

Mendes e Branco (2014), apontam que, doutrinariamente, cogita-se de colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo. As colisões em sentido estrito dizem respeito somente àqueles conflitos entre direitos fundamentais. Já as colisões em sentido amplo abrangem os conflitos entre direitos fundamentais e outros valores ou princípios que tenham por finalidade a proteção de interesses da comunidade.

A esse respeito, esclarece Robert Alexy que:

O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser reformulado estreita ou amplamente. Se ele é formulado estreitamente, então são exclusivamente colisões, nas quais somente direitos fundamentais tomam parte, colisões de direitos fundamentais. Pode falar-se, aqui, de colisões de direitos fundamentais em sentido restrito. Em uma formulação ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com algumas normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de direitos fundamentais. Isso é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo. Ambos os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 56-57).

Infere-se que a dogmática dos direitos fundamentais se ocupa tanto das colisões exclusivamente de direitos fundamentais quanto das que envolvem direitos fundamentais e bens protegidos constitucionalmente.

Uma menção superficial a conflitos de direitos fundamentais impele que se façam alguns esclarecimentos. Nesse sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins pontuam que:

Primeiro, devemos fazer uma distinção segundo o tipo do conflito. Muitas vezes há um conflito direto entre titulares de direitos, como no caso da colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à intimidade. Por outro lado, a doutrina afirma que o conflito pode também ocorrer entre um direito fundamental e um interesse geral constitucionalmente tutelado, como são a segurança pública, a proteção ambiental etc. Pode haver também um conflito entre um direito fundamental e um interesse (pelo menos em primeira linha) “estatal em sentido estrito”, como a proteção da imagem e a capacidade funcional dos órgãos estatais, a tributação etc (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 131).

Verifica-se ser de extrema importância distinguir qual o tipo de conflito está sob análise: se entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens da comunidade, interesses difusos ou coletivos.

De outra parte, Dimoulis e Martins (2014) destacam que utilizando o tipo da limitação como critério, é possível fazer diferenciação entre as limitações genéricas e as casuísticas. A limitação genérica é imposta por meio de norma geral, autonomamente à ocorrência de conflito concreto<sup>12</sup>. Por sua vez, a limitação casuística só é autorizada após a incidência de um conflito concreto entre dois bens jurídicos, havendo a necessidade de uma decisão por parte da Administração ou do Judiciário sobre o direito que prevalecerá no conflito em análise. Para a resolução de problemas desinentes do exercício de direitos fundamentais, o operador jurídico deve compreender os limites que apreende sua proteção e das técnicas de solução de colisões entre tais direitos.

As indagações surgem a partir do momento em que se verifica a ocorrência de uma “invasão” no âmbito de proteção de um direito fundamental. Invasão esta quase sempre realizada por uma autoridade estatal. Manifesta-se uma situação de tensão no momento em que se percebe um embate entre interesses de indivíduos ou grupos que almejam praticar ou efetivamente praticam condutas que são reciprocamente exclusivas por motivos fáticos (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Os oponentes invocam normas constitucionais que, a princípio, lhes concedem a possibilidade de determinarem-se acordos com o correspondente tipo normativo. Tal situação preliminar de conflito configura a regra no exercício dos direitos fundamentais, uma vez que a concepção geral dos direitos conduz inevitavelmente a conflitos de interesses. Neste passo, a autoridade estatal competente, por iniciativa própria e provocada pelos interessados, resolve pela intervenção, limitando o exercício de um direito para viabilizar o exercício do outro, para firmar um interesse estritamente estatal, ou um interesse difuso coletivo transindividual. Pode também optar pela inércia, obstando, com efeito, o exercício de um entre os direitos conflitantes (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Com o surgimento do inconformismo – por parte daquele que se considera prejudicado em seus interesses – ante a postura do Estado, o interessado questionará a constitucionalidade<sup>13</sup> do regulamento ou de sua omissão abstratos ou concretos, recorrendo às normas constitucionais que asseguram seus direitos (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

---

<sup>12</sup> Como ocorre, por exemplo, com a norma que estabelece limite de velocidade. É uma limitação quantitativa imposta à liberdade geral de ação e de ir e vir, com a intenção de proteger a vida, a integridade e o patrimônio no trânsito, minorando as chances e atenuando as consequências de um provável acidente. Tal limitação legal de índole geral permanece válida, independente da presença de veículos na estrada, da habilidade do motorista, do nível de segurança do veículo etc. (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

<sup>13</sup> A ser realizada pelo Poder Judiciário, que deverá analisar a concordância da regra infraconstitucional (ou da omissão) com a norma constitucional (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

A norma constitucional não se presta a decidir o conflito em si. A Carta Magna não declara se determinada pessoa em determinadas situações reais pode ou não se comportar de certa forma. Apenas permite declarar a validade da regra – ou omissão – infraconstitucional que objetiva solucionar o conflito. Daí que normas garantidoras de direitos fundamentais são reflexivas: “regulamentam (limitam) a possibilidade de o Estado regulamentar um conflito de interesses constitucionais ou não (reservas legais para tutela de interesses gerais)”. São reflexivas porque, *prima facie*, criador e destinatário da norma se confundem em um único ser: o Estado (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 142).

Seguindo-se nesse entendimento, pondera-se que:

Tarefa da dogmática jurídica não é resolver diretamente tais conflitos, mas analisar as intervenções ou abstenções normativas do Estado em relação à sua conformidade constitucional. Para tanto, deve ser realizada uma cuidadosa interpretação da titularidade e do alcance da norma constitucional, assim como da norma ou omissão infraconstitucional. Essa análise permitirá decidir a questão da constitucionalidade que, em seguida, refletirá sobre o conflito, autorizando determinada conduta dos interessados e, de forma novamente reflexiva, impedindo a conduta conflitante (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 143).

Necessária, então, se faz uma criteriosa interpretação acerca da intensidade da norma constitucional, bem como da norma ou inércia infraconstitucional, para se decidir acerca da constitucionalidade ou não da atuação do Estado.

Não se mostra diverso o caso de choque de interesses que não acontece diretamente entre particulares, mas sim entre o interessado e o poder estatal. Essa situação é constatada nas omissões legislativas relativas aos direitos sociais<sup>14</sup>. Esse conflito envolve diretamente o Estado, não obstante, sob a ótica dos direitos fundamentais, permanece presente sua índole reflexiva. O que se analisa é a conformidade constitucional do comportamento omissivo do Estado, ou seja, da inação em efetivar um direito social (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Ainda segundo Dimoulis e Martins (2014), a inconstitucionalidade omissiva reflete na reclamação do interessado, possibilitando a satisfação de seu interesse, com suporte na apreciação da constitucionalidade da omissão estatal e não propriamente em consequência direta de um direito do interessado.

O que difere, nesse caso, é que falta conflito entre dois titulares de direitos fundamentais e, dessa forma, não se apresenta o segundo aspecto da reflexividade. Como dito, o impedimento não é ocasionado pela profusão de indivíduos desejosos em utilizar os

<sup>14</sup> Por exemplo, aquele que necessita receber atendimento médico adequado e gratuito não se acha em conflito com outros indivíduos que necessitam receber idêntico tratamento ou outras prestações equivalentes a direitos sociais. Nesse caso, o conflito se dá diretamente com as autoridades estatais que não lhe asseguram tal tratamento (DIMOULIS; MARTINS, 2014).



mesmos recursos, e sim pela omissão estatal em prover as condições e estruturas para socorrer todos os titulares do direito (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

No entanto, o vínculo do legislador aos direitos fundamentais produz um efeito bilateral. Ao passo que é lícito ao legislador limitar a área de proteção de direitos fundamentais em virtude da existência de reservas legais, deve fazê-lo de forma a conservar ao máximo o direito interferido (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Por fim, pontua-se, como o fazem Dimoulis e Martins (2014), que as restrições devem ser explícitas, ou pelo menos sistemicamente permitidas pelo texto constitucional. O exame da constitucionalidade formal e material da efetivação das limitações dos direitos fundamentais é denominado de justificação constitucional de uma interferência estatal no âmbito de proteção do direito fundamental, tendo como consequência a avaliação do cumprimento, pelo Estado, de seu ônus argumentativo.

### **4.3 Âmbito de Proteção**

A limitação dos direitos fundamentais se constitui como um tema central da dogmática desses direitos e, muito naturalmente, do direito constitucional, restando indispensável o estudo dos direitos fundamentais e de suas limitações, não perdendo de vista a sua estrutura dogmática. Nesse passo, configura pressuposto primário o exame de todo direito fundamental para a definição do seu âmbito de proteção (MENDES, 2012).

Segundo Sarlet (2015), o âmbito de proteção representa característica própria da dogmática jurídico constitucional e de grande relevância para a realização normativa dos direitos fundamentais, visto que todo direito fundamental o possui. Em suas palavras:

A dogmática jurídico-constitucional contemporânea apresenta características comuns dotadas de especial importância para a realização normativa dos direitos fundamentais, dentre as quais se destacam três, que, de acordo com a tradição constitucional de matriz germânica, amplamente difundida, encontram correspondência nas seguintes categorias dogmáticas: âmbito de proteção (ou suporte fático), limites e limites aos limites dos direitos fundamentais. Tal esquema, aplicável aos direitos fundamentais de um modo geral, acabou sendo recepcionado, ainda que nem sempre com a mesma terminologia e sujeito a algumas variações, em outras ordens constitucionais, inclusive a brasileira, como demonstra farta e atualizada doutrina, bem como atestam uma série de decisões judiciais, mesmo que muitas vezes tal recepção tenha ocorrido sem qualquer referência expressa ao esquema acima exposto. Certo é que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e todo direito fundamental, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção (SARLET, 2015, p. 403-404).

Percebe-se que o âmbito de proteção é inerente aos direitos fundamentais, uma vez que todos o possuem, podendo, *a priori*, esse âmbito de proteção, sofrer intervenção.

Mendes (2012) assevera que muitas vezes o exercício dos direitos pode ensejar uma cadeia de conflitos com outros direitos tutelados constitucionalmente, o que impõe definir o âmbito ou núcleo de proteção, e, se necessário, a definição exata das limitações ou das restrições a esses direitos.

O âmbito de proteção de um direito fundamental abarca os diversos pressupostos fáticos e jurídicos abrangidos pela norma jurídica e a decorrência normal, a proteção fundamental. Especificam-se os objetos ou bens garantidos ou protegidos pelos direitos fundamentais. Chegando, alguns, a afirmar que o âmbito de proteção se consubstancia naquela fração da realidade que o constituinte resolveu, por bem, determinar como “objeto de proteção especial”, ou, dito de outra forma, aquela parcela da vida abrigada por uma garantia fundamental (MENDES, 2012).

A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet pontua que o âmbito de proteção de dado direito fundamental, consoante uma posição corrente vigente,

[...] abrange os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica. Com outras palavras, trata-se do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado, que nem sempre se afigura de fácil identificação, especialmente em decorrência das indeterminações semânticas invariavelmente presentes nos textos normativos (disposições) que asseguram direitos fundamentais, mas também, entre outras razões, em virtude da dupla dimensão objetiva e subjetiva e da conexa multifuncionalidade dos direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 405).

Entende-se que o âmbito de proteção corresponde ao bem jurídico tutelado que, por vezes, resta de difícil reconhecimento, muito em virtude da bilateralidade dimensional – objetiva e subjetiva – e do caráter multifacetado que esses direitos possuem.

Muito valorosa a contribuição de José Joaquim Gomes Canotilho que, ao discorrer sobre o tema, anota:

Ao articularmos um direito fundamental com determinado âmbito da realidade social estamos a “descrever”, em termos materiais, o âmbito de proteção de um direito fundamental. Neste sentido se diz que os “âmbitos da vida” (“os domínios da realidade”) abrangidos ou compreendidos pelos direitos fundamentais valem como âmbito de proteção desses mesmos direitos (CANOTILHO, 2003, p. 449).

Assim, materialmente descrito, o âmbito de proteção equivale aos contextos existenciais apreendidos pelos direitos fundamentais.

Segundo entendimento de Mendes (2012), a delimitação do âmbito de proteção de determinado direito, muitas vezes, carece de uma interpretação sistemática, que abarque outros direitos e disposições constitucionais. A definição dessa área de proteção, não raro, somente poderá ser atingida em cotejo com ocasional limitação a esse direito. O que demonstra que a precisa identificação do âmbito de proteção de dado direito fundamental requer um reiterado exercício hermenêutico.

Afora o princípio geral de reserva legal, manifesto no artigo 5º, II, a Constituição Federal menciona explicitamente a viabilidade de serem estabelecidas restrições legais a direitos em alguns incisos<sup>15</sup>. A fim de assinalar tais restrições, o constituinte vale-se de diversas expressões como “nos termos da lei”, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, “salvo nas hipóteses previstas em lei”. A norma fundamental, outras vezes, refere-se a um conceito jurídico indeterminado<sup>16</sup>, que deve delinear a conformação de certo direito (MENDES, 2012).

Mendes (2012) pontua que a norma constitucional que sujeita certos direitos à reserva de lei restritiva abrange mutuamente: a) uma norma garantidora – que identifica e assegura determinado âmbito de proteção –; e b) uma norma autorizadora de restrições – que propicia ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção garantido constitucionalmente.

Adverte-se, entretanto, que nem todas as normas atinentes a direitos fundamentais têm o intento de restringir ou limitar poderes ou faculdades. As normas legais, não raramente, se dedicam a completar, densificar e concretizar o direito<sup>17</sup> (MENDES, 2012).

Ainda segundo Mendes (2012), especial reflexão exigem aqueles direitos individuais que possuem o âmbito de proteção estabelecido direta e expressamente pelo próprio ordenamento jurídico – âmbito de proteção estritamente normativo. Essa categoria de direito fundamental confere ao legislador, primitivamente, a tarefa de delimitar, em substância, o próprio conteúdo do direito regulado, falando-se, nesses casos, não de restrição, mas de regulação ou de conformação.

As normas legais referentes a esses institutos não se propõem, essencialmente, a prescrever restrições. Cumprem, primeiro, primordial e imprescindível papel como normas de concretização ou de conformação desses direitos (MENDES, 2012).

---

<sup>15</sup> XII - inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados; XIII - liberdade de exercício profissional; e XV - liberdade de locomoção.

<sup>16</sup> Como exemplo, a cláusula da “função social” (artigo 5º, XXIII).

<sup>17</sup> Como ocorre no regulamento ordinário do direito de propriedade material e intelectual, do direito das sucessões, na esfera consumerista, e do direito de proteção judiciária (MENDES; BRANCO, 2014).

Não raro, o constituinte concede ao legislador ordinário um vasto poder de conformação, autorizando que a lei concretize ou densifique certa prerrogativa fundamental. Por isso, sinaliza-se na doutrina a problemática *sui generis* que define os direitos com âmbito de proteção notadamente normativo: no mesmo passo que carecem de concretização e conformação por parte do legislador, devem vincular e obrigar o Estado (MENDES, 2012).

Resumidamente, se mostra primordial que se fixe o âmbito de proteção do direito fundamental – o reconhecimento do bem jurídico protegido e o alcance dessa proteção –, sempre e quando houver dúvida quanto à aplicabilidade desse direito. Necessário, pois, que se identifique qual fração da realidade está abrigada no texto constitucional, o que permitirá dirimir as possíveis dúvidas quanto à aplicação dos direitos fundamentais, vez que obsta intervenções indevidas nos âmbitos de proteção de uns direitos fundamentais sobre os de outros igualmente fundamentais.

#### **4.4 Colisão Autêntica e Colisão Aparente**

A colisão de direitos fundamentais, como já exposto alhures, se manifesta quando se verifica um conflito resultante do exercício de direitos fundamentais por titulares distintos.

Os envolvidos no conflito recorrem a normas constitucionais que, *a priori*, lhes conferem a faculdade de determinarem-se de acordo com o tipo normativo correspondente. Essa situação inicial de tensão constitui o preceito no exercício dos direitos fundamentais, tendo em vista que a concepção geral dos direitos leva invariavelmente a conflitos de interesses. Desta feita, a autoridade estatal competente, por provocação dos interessados ou por iniciativa própria, delibera pela intervenção, estabelecendo limites ao exercício de um direito à vista de possibilitar o exercício do outro, para firmar um interesse puramente estatal, ou um interesse difuso coletivo transindividual. Podendo, ainda, decidir por não intervir, impedindo, o exercício de um dos direitos colidentes (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

O exame do fenômeno da colisão de direitos fundamentais – como já afirmado noutra parte (item 3.2) – revela conjunturas extremamente distintas que, entretanto, tem ponto comum: todas as colisões somente poderão ser resolvidas se, de algum modo, forem realizadas limitações ou em um lado ou ambos dos direitos colidentes. Restando averiguar como isso deve ocorrer. O que impõe a tomada de decisões cruciais acerca da estrutura essencial da dogmática dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011).

Dessa forma, se mostra primordial a fixação do âmbito de proteção do direito fundamental – a verificação do bem jurídico protegido e a abrangência dessa proteção –,

sempre que surgir dúvida quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais. Isso impõe identificar qual parcela da realidade está protegida pelo texto constitucional, o que possibilitará a elucidação de incertezas quanto à aplicação desses direitos, tendo em vista o impedimento da realização de intervenções indevidas no âmbito de proteção de um direito sobre o âmbito de proteção de outro.

Sarlet (2015) entende que o âmbito de proteção de um direito fundamental, como correntemente assinalado, abarca os distintos pressupostos fáticos instituídos pela norma jurídica respectiva. Dito de outra forma, trata-se do objeto tutelado, do bem jurídico protegido, que, não raras vezes, se afigura de difícil identificação.

Para Mendes e Branco (2014), muitas questões abordadas como relações conflitantes de direitos caracterizam colisões aparentes, haja vista que as práticas controvertidas desbordam da proteção concedida pelo direito fundamental no qual se tenciona buscar guarida. A delimitação precisa do âmbito de proteção do direito informa se determinada conduta está resguardada ou não.

A importância da análise do âmbito de proteção dos direitos fundamentais se manifesta precisamente na medida em que em determinadas circunstâncias o que, *prima facie*, caracterizaria um conflito de direitos fundamentais, na realidade não o é. Não passando, na verdade, de análise e identificação equivocadas do âmbito de proteção. Logo, estar-se diante não de uma colisão verdadeira, mas apenas de uma aparente colisão. Nesse caso, a apreensão errônea do âmbito de proteção faz aparentar a existência de colisão que, como dito, não existe. Ocorre sim, um aparente conflito de normas garantidoras de direitos fundamentais, resolúvel pela correta identificação dos âmbitos de proteção dos direitos envolvidos, para que não haja interferência de um sobre o outro.

Não raras vezes, embora se cogite de uma provável colisão de direitos, é certo que a conduta contestada já esteja, nesses casos, externa ao âmbito de proteção do direito fundamental (MENDES; BRANCO, 2014).

É necessário examinar a existência de uma situação de tensão entre os direitos fundamentais simultaneamente exigidos pelos respectivos titulares diante de uma determinada situação, o que implicaria na impossibilidade de aplicação de todos ao mesmo tempo. Melhor dizendo, é preciso, em princípio, constatar a existência de uma verdadeira colisão de direitos fundamentais, para em seguida delimitar os âmbitos de proteção de tais direitos, evitando o surgimento de uma aparente colisão.

Mendes e Branco (2014) assinalam que a colisão autêntica somente se verifica quando um direito fundamental atinge pontualmente o âmbito de proteção de outro direito

fundamental. No caso de direitos sujeitos à reserva legal expressa, cabe ao legislador delinear os limites apropriados, de modo a garantir o exercício pacífico de prerrogativas ocasionalmente em conflito.

Constata-se, de um modo geral, a existência de uma autêntica colisão de direitos fundamentais sempre que o titular de um direito fundamental o exerça de modo que este venha a colidir com outro direito fundamental exercido por titular diverso. Nessas circunstâncias, há autêntico conflito de direitos (CANOTILHO, 2003).

Importante destacar que a colisão de direitos fundamentais pode dar-se de forma imprópria, notadamente, quando o exercício de um direito fundamental não colide com o exercício de outro direito fundamental, e sim com outros bens protegidos constitucionalmente. A colisão de direitos fundamentais, algumas vezes, alcança realidades distintas nem sempre claramente diferenciadas (CANOTILHO, 2003).

Uma maneira de contornar o que parece ser um conflito entre direitos fundamentais se baseia na negação da sua ocorrência real, diante da não cobertura, pela norma jusfundamental, da situação examinada. A supressão de uma parte da realidade do domínio normativo do direito declarado se segue a uma sublimação da percepção abstrata da norma invocada. Pode-se concluir que a reivindicação do indivíduo implicado no conflito aparente não se insere no âmbito de proteção do direito que invoca; afinal, o conteúdo constitucionalmente proclamado do direito nem sempre se revela claro e inquestionável (MENDES; BRANCO, 2014).

O esclarecimento do suposto de fato do direito fundamental, do bem jurídico abrigado pela norma e dos limites – estipulados pelo próprio constituinte ou pelo legislador – que possuam esses direitos fundamentais, contribui para se determinarem os contornos do âmbito de proteção do direito (MENDES; BRANCO, 2014).

Adverte-se, então, para a hipótese de que nem todas as circunstâncias imagináveis a partir do referencial linguístico de uma prescrição jusfundamental se inserem no âmbito de proteção da norma. A peculiaridade do bem que o direito fundamental busca proteger leva à evidenciação de limites máximos de conteúdo. Torna-se indispensável realizar o preciso balizamento de certo comportamento no sistema dos direitos fundamentais, para inferir pela sua proteção constitucional (MENDES; BRANCO, 2014).

Não é difícil deparar com situações que, embora semanticamente inclusas na norma de direito fundamental, nela não encontram abrigo – o direito simplesmente inexistente. Por isso, a conveniência do estudo das condutas e das realidades da vida que estão abrigadas no direito fundamental, missão que, não raro, apresenta dificuldades, uma vez que as normas de direitos fundamentais podem trazer imprecisões semânticas e não ter o seu respectivo suposto de fato

bem delimitado<sup>18</sup>. Os critérios para solucionar essas imprecisões variam, não havendo obstáculo que haja combinação eles (MENDES; BRANCO, 2014).

Mendes e Branco (2014) ensinam que para apreender que bens jurídicos são amparados e que ações estão abarcadas pelo Direito, pode-se empregar a teoria liberal dos direitos fundamentais, que indica nesses direitos o caráter substancialmente de defesa do indivíduo contra os Poderes Públicos. Pode-se aplicar a teoria dos valores, que advoga que os direitos fundamentais detém índole objetiva, guiando-se para a efetivação dos valores protegidos constitucionalmente. Ainda, em outros casos, a limitação inerente à norma de direito fundamental obterá fundamento na observação da função social que o direito declarado opera, especialmente, tendo em vista a sua significância para o sistema político.

A par das circunstâncias fáticas, o operador jurídico deve se orientar por critérios prescritos pelo próprio ordenamento jurídico para identificar qual parcela da realidade está protegida pelo texto constitucional e a intensidade dessa proteção, para, visando, na melhor medida possível, efetivar os direitos amparados pela Constituição, resolvendo a colisão entre os direitos fundamentais.

---

<sup>18</sup> Os problemas daí decorrentes podem ser demonstrados em questões cotidianas, como a de saber se o curandeirismo se insere no âmbito da liberdade de culto ou se a manifestação do ódio racial é amparada pela liberdade de expressão (MENDES; BRANCO, 2014).

## 5 RESOLUÇÃO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Algumas situações se mostram de extrema dificuldade em se determinar, em um caso de colisão autêntica, qual bem ou direito deve prevalecer no caso concreto, de modo que não pode resultar em exclusão do ordenamento jurídico de um dos direitos colidentes, haja vista possuírem garantia constitucional e não estarem fixados hierarquicamente.

Não se nega que a unidade da Constituição não rejeita o reconhecimento de normas de pesos diferentes num determinado ordenamento jurídico constitucional, entretanto, a fixação de rígida hierarquia entre direitos distintos resultaria por desnaturá-los completamente, degenerando, igualmente, a Constituição enquanto conjunto normativo unitário e harmônico. Uma valorização hierárquica diversificada de direitos fundamentais só se afigura admissível em casos excepcionalíssimos (MENDES; BRANCO, 2014).

Por certo que se, tecnicamente, o constituinte diferenciou os direitos não submetidos à reserva legal daqueles outros que o são, isso se deu em decorrência de ter vislumbrado risco de colisão entre os últimos e inadmitindo com relação aos primeiros. Não significa, porém, que verificada a colisão, se deixe a questão por resolver. Entretanto, não se pode, a pretexto de suposta colisão, impor limitações a direitos, em princípio, insuscetíveis de restrição. Desta forma, a limitação resultante de ocasional colisão entre direitos constitucionais deve ser feita apenas excepcionalmente. A cláusula de imutabilidade de certos princípios deve servir de baliza – mediante esforço hermenêutico – para que se evite a redução drástica do âmbito de proteção dos direitos envolvidos (MENDES; BRANCO, 2014).

Modernamente, como se verá adiante, para a resolução de colisões de direitos fundamentais, tem-se utilizado a técnica da ponderação de bens – com suporte em princípios constitucionais – para se alcançar a solução no caso concreto. Esse método de ponderação – que atenta para a natureza principiológica das normas definidoras de direitos fundamentais –, coaduna-se ao princípio da proporcionalidade, exigindo do intérprete que o sacrifício de um direito na resolução do problema seja útil, exigível e aceitável.

### 5.1 Proporcionalidade e Razoabilidade

A proporcionalidade encontra-se arraigada no pensamento jurídico-constitucional hodierno. Inicialmente desenvolvida, em seus traços jurídicos e dogmáticos, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a partir dos anos 50, foi imediatamente admitida pela doutrina alemã. Posteriormente, foi exportada para vários países,



incluindo os do sul da Europa, que definiram em larga escala – ainda que não exclusivamente –, as formas de recepção desse princípio no Brasil e em outros países latino-americanos. Tendo alcançado, também, aceitação na jurisprudência de tribunais internacionais (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Como dito, o conceito da proporcionalidade foi primeiramente desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão que, em decisão proferida na década de 1960, sustentou que o princípio da proporcionalidade seria resultante da própria essência dos direitos fundamentais. Em seguida, afirmou que, embora não positivado no texto constitucional, tal princípio desfruta de *status* constitucional (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Segundo Mendes e Branco (2014), o princípio da proporcionalidade encontra seu fundamento no âmbito dos direitos fundamentais. É invocado quando quaisquer participantes da vida constitucional, como também dos processos constitucionais, encontram-se em situações de conflito.

Bonavides (2015) pontua que a relação entre o princípio da proporcionalidade e o Direito Constitucional se dá por intermédio dos direitos fundamentais. É por essa razão que ele adquire enorme importância e alcança um prestígio e disseminação tão vasta quanto outros princípios essenciais e afins, notadamente o princípio da igualdade.

O princípio da proporcionalidade contribui significativamente para conciliar o direito formal com o direito material de modo a atender reivindicações de transformações sociais surpreendentemente rápidas, e doutro modo juridicamente incontrolláveis caso não houvesse a presteza do novo dogma constitucional (BONAVIDES, 2015).

Dimoulis e Martins (2014) destacam que a recepção da teoria da proporcionalidade no Brasil foi também caracterizada pela imprecisão e pelo sincretismo. Dentre os problemas daí advindos, evidencia-se uma tentativa de reduzir-se a ideia da proporcionalidade a um simples exame de razoabilidade, que é pertencente à tradição do *common law* e também recepcionado em muitos países europeus, afirmando que há identidade entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – esses princípios seriam sinônimos, equivalentes.

Por oportuno, importa registrar, a discussão corrente na doutrina acerca da fungibilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, principalmente a existência de fortes posições sustentando a ausência de identidade entre ambos, especialmente pelo fato de que o princípio da proporcionalidade tal como dogmaticamente desenvolvido na Alemanha não é simplesmente idêntico à razoabilidade dos americanos, possuindo sentido e conteúdo diversos (SARLET, 2015).

Continuando na problemática acerca da relação entre proporcionalidade e razoabilidade, Sarlet (2015) salienta que no campo da proporcionalidade em sentido estrito impõe-se o cotejo entre a relevância da realização do fim e o grau da restrição aos direitos fundamentais, analisando se, em resumo, as vantagens trazidas pela escolha do meio ultrapassam as desvantagens oriundas da sua utilização. Destaca que:

Precisamente quanto a este ponto assume relevo a conexão dos princípios da proporcionalidade em sentido estrito e da razoabilidade com o assim habitualmente designado método da ponderação. Tendo em conta que o juízo de ponderação se verifica, com maior ênfase (para Alexy, essencialmente), no âmbito do assim designado terceiro nível da aplicação da proporcionalidade (seguindo-se a metódica trifásica da proporcionalidade), o fato é que mesmo a ponderação sendo considerada simplesmente como sendo coincidente com o raciocínio requisitado pelo princípio da razoabilidade como parâmetro da atuação normativa estatal, é este seguramente o ponto de contato mais importante entre a proporcionalidade e a razoabilidade. É por esta razão que a razoabilidade é também identificada com a proporcionalidade em sentido estrito, o que, todavia, não significa necessariamente que se trate de noções integralmente fungíveis e que não tenham uma aplicação autônoma. Sem que se possa aqui adentrar o terreno conceitual, avaliando todas as possíveis diferenças e semelhanças, assim como eventuais distinções conceituais entre proporcionalidade e razoabilidade, é certo que se a proporcionalidade não for aplicada na sua integralidade, mediante consideração, ainda que sumária, de seus três subprincípios, não será a proporcionalidade que estará efetivamente em causa. A razoabilidade, por sua vez, não reclama tal procedimento trifásico e é assim que tem sido aplicada (SARLET, 2015, p. 419).

Evidencia-se que não há fungibilidade entre a proporcionalidade e a razoabilidade, uma vez que aquela reclama um procedimento mais abrangente e detalhado – realizada em três níveis, ou fases – ao passo que esta não exige tal procedimento, apenas confundindo-se com sua última fase.

Em muitos casos ocorre que não se aplica a análise trifásica imposta pela proporcionalidade – a jurisprudência pátria comprova –, resultando no emprego de uma ponderação realizada simplesmente no âmbito da razoabilidade, o que deixa claro que, apesar das semelhanças entre proporcionalidade em sentido estrito e razoabilidade, essas grandezas não são idênticas (SARLET, 2015).

Paulo Bonavides (2015) entende que a proporcionalidade é um conceito em plena e espetacular evolução. Que apesar de ainda ser recente o seu emprego no controle jurisdicional de constitucionalidade, pelo dinamismo inerente com que atua, está fadado a inevitavelmente se expandir, isto é, a deixar cada vez mais a esfera tradicional, porém restrito, do Direito Administrativo, onde floresceu desde a máxima clássica de Jellinek segundo a qual “não se abatem pardais disparando canhões”, chegando ao Direito Constitucional, onde já é consagrado pela doutrina e jurisprudência.

O princípio da proporcionalidade, que consiste numa das vigas mestras do Estado democrático brasileiro, se manifesta como método sistemático de controle dos atos dos poderes públicos, explicitando a dupla função que exerce, seja como proibição de excesso, seja como proibição de proteção insuficiente (TRINDADE, 2013).

Para Bonavides (2015), a proporcionalidade constitui princípio vivo, flexível, oficioso, que protege o cidadão contra os excessos do Estado, servindo de escudo para a defesa das liberdades e direitos constitucionais. De forma que exige, com brevidade, extraí-lo da doutrina, da reflexão, mesmo dos fundamentos constitucionais, em vistas a introduzi-lo com veemência na jurisprudência. Não pode, a proporcionalidade, ficar encoberta no ordenamento constitucional. Sustenta que:

Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move sobretudo no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas (BONAVIDES, 2015, p. 444).

É, portanto, de considerável importância para o Direito Constitucional atual, na medida em que busca conciliar realidades não compreendidas pelas formalidades jurídicas com necessidades atualizadoras de um constitucionalismo mais concreto, distante de teorizações, abstrações e formalismos.

Segundo o entendimento de Dimoulis e Martins (2014), o fundamento constitucional da proporcionalidade no Brasil se justifica com base em dois argumentos normativos. Primeiro, em decorrência do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, conforme previsão do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, o que impõe que o legislador respeite a um só tempo todos os direitos fundamentais. E, na ocorrência de colisão entre direitos, deve-se limitar os direitos fundamentais estritamente na medida necessária para, se possível, otimizar seu exercício. Logo, a solução encontra sustentação no respeito à proporcionalidade. O argumento aqui empregado é de cunho sistemático que extrai a proporcionalidade da própria substância dos direitos fundamentais, assegurando seu respeito por intermédio de sua limitação controlada racionalmente.

O segundo fundamento encontra-se estatuído no artigo 5º, § 2º, do Texto Maior, que permite o reconhecimento de garantias de direitos fundamentais que não hajam previstos expressamente na Constituição, mas procedem dos princípios por ela adotados. Nesse passo, a proporcionalidade resulta da necessidade de conciliar: a) o exercício dos direitos

fundamentais com bens jurídicos colidentes amparados pelo texto constitucional como seus limites; e b) os direitos fundamentais colidentes por meio do controle das respectivas intervenções legislativas (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Bonavides (2015) pontua que a proporcionalidade pode não existir, no Brasil, enquanto norma geral de direito escrito, porém existe na qualidade de norma esparsa no texto constitucional. Infere-se de outros princípios constitucionais que lhe são afins, dentre os quais salienta, primeiramente, o princípio da igualdade, principalmente em se atentando para a transição da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão marcante na fase derradeira do Estado de Direito. Conclui que:

O princípio a proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição (BONAVIDES, 2015, p. 446).

Dessa forma, não obstante inexistir como norma constitucional positiva, a proporcionalidade decorre do próprio texto constitucional, dos direitos e garantias constitucionais, bem como dos princípios consagrados pela Constituição Cidadã.

Em resumo, afirma-se, como o faz Bonavides (2015), que o princípio da proporcionalidade é atualmente dogma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, como também regra que impede a ação ilimitada do poder do Estado no campo de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. Não poderia, pois, ficar estranho a ele o Direito Constitucional brasileiro. Considerando que é princípio que impede a ampliação dos limites estatais ao legislar sobre matéria que abarca direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, necessário proclamar o vigor impositivo de sua normatividade.

## 5.2 A Ponderação como Meio de Solução

As tradicionais regras de interpretação têm se mostrado insuficientes para a solução de colisões entre princípios, cuja superação compele a restrições e sacrifícios para um ou ambos os lados. Nesse ínterim, a ponderação se manifesta como método de decisão a ser empregada na resolução de tais colisões, principalmente nos casos difíceis – *hard cases*. Estabelece-se,

por meio da ponderação de interesses contraditórios, uma relação de precedência condicionada, na qual se determina em que circunstâncias um princípio prevalece sobre o outro (NOVELINO, 2012).

Para Alexy (2011), no debate hodierno sobre a interpretação dos direitos fundamentais, a ponderação se afigura como um dos temas principais, desempenhando um papel central na prática de muitos tribunais constitucionais. Assevera que, segundo a teoria dos princípios, as colisões de direitos fundamentais devem ser assinaladas como colisões de princípios, a serem solucionadas pela técnica da ponderação.

Segundo a lei da ponderação, esta deve ser realizada em três graus. No primeiro, deve-se determinar a intensidade da intervenção. No grau seguinte (segundo), relaciona-se a importância dos fundamentos que legitimam a intervenção. Apenas no terceiro grau é que se realiza a ponderação no sentido estrito ou verdadeiro (ALEXY, 2011).

Por sua vez, Marcelo Novelino (2012) destaca que a técnica da ponderação estrutura-se em três etapas, onde as duas primeiras são de preparação para a ponderação precisamente considerada. Primeiramente, procede-se à identificação das normas e seu agrupamento de acordo com a direção para a qual indicam. Posteriormente, analisam-se as circunstâncias do caso para, em seguida, atribuir peso relativo aos elementos e determinar a intensidade da precedência de cada grupo de normas – ponderação propriamente dita.

Alexy (2011) pontua que os direitos fundamentais, enquanto princípios, são mandamentos de otimização. E, enquanto mandamentos de otimização, os princípios são normas que impõe a realização de algo em medida tão alta quanto possível comparativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.

Os princípios que compõem um determinado ordenamento jurídico tanto interagem, quanto conflitam, de modo que cada princípio fundamental aponta para uma determinada solução, mas não a estipula. A esse respeito, Ronald Dworkin assinala:

Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles com “válido” (DWORKIN, 2010, p. 114).

O autor deixa claro que a atividade do intérprete não se pauta na verificação da validade deste ou daquele princípio, mas em avaliar todos os princípios em colisão, a fim de chegar a uma decisão acerca dos mesmos.

Presentemente, os princípios são reputados direito atual, dotados de força normativa autonomamente do ato de transformação legislativa. Possuem mesmo grau hierárquico e, em função disso, unicamente diante das circunstâncias do caso concreto será possível examinar o peso de cada princípio envolvido e a intensidade de sua prevalência. Essa relação de prevalência de um princípio sobre o outro é condicionada, ou seja, em diferentes condições o resultado poderá ser diverso. Isso é decorrência do caráter dos princípios – mandamentos de otimização –, pois entre eles não há uma relação absoluta de precedência, não sendo passíveis de qualificação as ações e situações às quais se referem (NOVELINO, 2012).

Não há que se pretender atribuir validade absoluta a certos princípios em detrimento de outros, o que ocasionaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis. A esse respeito, valorosa a contribuição de Canotilho (2003, p. 1182), que enfaticamente refuta essa pretensão nos termos seguintes:

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros origina a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma <<lógica do tudo ou nada>>, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu <<peso>> e as circunstâncias do caso.

Deve-se proceder à análise das ocasiões de contraposição entre os mais variados princípios para, de acordo com o peso de cada um no caso concreto, encontrar a solução mais ajustada, através de um juízo de ponderação.

O exercício da ponderação é sensível à noção de que, no complexo constitucional, não obstante todas as normas possuam a mesma hierarquia, os princípios constitucionais podem ter diferentes “pesos abstratos”. Entretanto, esse peso abstrato é tão somente um dos elementos a ser ponderado. Deve-se considerar, equitativamente, o grau de intervenção que a escolha de um direito pode ocasionar sobre o direito preterido (MENDES; BRANCO, 2014).

O raciocínio da ponderação a ser exercido coaduna-se ao princípio da proporcionalidade, o qual impõe que o sacrifício de um direito seja adequado à solução do problema, que não exista outro meio menos lesivo para alcançar o resultado almejado e que haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, que o ônus imposto ao sacrificado não ultrapasse o benefício pretendido com a solução. Os direitos em causa devem ser comprimidos no menor nível possível, de forma a preservar seu núcleo essencial. Para tanto, vale-se do princípio da concordância prática, que se junta à premissa da unidade da Constituição, inconciliável com situações de colisão irreduzível de dois direitos consagrados

pelo texto constitucional. Dito isto, a ponderação consubstancia o último exame da proporcionalidade em sentido estrito (MENDES; BRANCO, 2014).

Importante notar que a precedência de um direito sobre outro é estabelecida em função das particularidades do caso concreto, não existindo um parâmetro de solução de conflitos válido em termos abstratos. Entretanto, pode-se extrair de um precedente uma orientação para futuros conflitos. Dessa forma, ante um precedente específico, será possível afirmar que, num caso vindouro, reiteradas condições idênticas de fato, um dos parâmetros propenderá a ter precedência sobre o outro (MENDES; BRANCO, 2014).

Referido juízo de ponderação entre os bens confrontantes pode ser realizado tanto pelo juiz, na resolução de uma lide, quanto pelo legislador, ao estabelecer que, em certas circunstâncias fáticas, um direito deverá ter prevalência sobre o outro. No último caso, a título de exemplo, o legislador determina quais atividades que serão consideradas essenciais e, desse modo, insuscetíveis de greve, fazendo uma ponderação entre o próprio direito de greve e outros valores, como a segurança ou a saúde pública (MENDES; BRANCO, 2014).

Marcelo Novelino (2012) argumenta que, por atribuir enormes poderes ao magistrado, a ponderação precisa ser disciplinada por critérios preestabelecidos, com vistas a impedir subjetivismo, o casuísmo e o decisicionismo, os quais levam a uma situação de insegurança jurídica. Para o autor, um dos grandes desafios para a doutrina é a definição de critérios claros, objetivos e racionais na aplicação da técnica da ponderação.

Discorrendo acerca da técnica da ponderação, Luis Roberto Barroso ensina que:

A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição (BARROSO, 2009, p. 332).

Não se fala em superioridade formal de nenhum dos princípios em colisão, tão somente, a determinação da solução que melhor se ajuste aos mandamentos constitucionais na situação fática trazida à apreciação (BARROSO, 2009).

A técnica da ponderação tem sido amplamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Como exemplo, dentre outros, o julgamento da ADPF nº 54<sup>19</sup>, no qual a Ministra Rosa Weber fez uma longa abordagem acerca da ponderação entre a vida do feto anencefálico e a dignidade, a integridade, a liberdade e a saúde da gestante (ACUNHA, 2014).

<sup>19</sup> Na qual se discutiu acerca da possibilidade de antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico (esse caso está exposto no item 5.4.2).

Finalmente, considera-se que na ponderação deve estar manifesta a própria credibilidade dos axiomas em que se pauta a argumentação a respeito da significação da solução vislumbrada para os direitos colidentes.

### 5.3 A Necessária Análise do Caso Concreto

Como já demonstrado, as colisões e restrições de direitos fundamentais surgem porque o exercício de um direito fundamental conflita com o exercício de outro direito fundamental ou de outros bens garantidos constitucionalmente.

Nessas circunstâncias está-se diante da figura da colisão de direitos fundamentais no caso concreto. A colisão de direitos fundamentais, *in concreto*, existe quando o exercício de um direito fundamental por um titular impossibilita, lesa ou limita o exercício de um direito fundamental de titular diverso (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Segundo pondera Lima (2012), as colisões de direitos fundamentais ocorrem sempre no plano concreto. Pois, abstratamente, todos os direitos fundamentais coexistem e, por essa razão, não se vislumbra a possibilidade de existência de colisão que não esteja numa relação fática entre direitos fundamentais.

Verifica-se que a resolução dos conflitos envolvendo princípios constitucionais reclama uma análise da situação concreta em que originou o conflito. A apreciação das tensões principiológicas somente pode ser realizada diante das variáveis fáticas do caso, as quais apontarão ao intérprete o peso específico a ser conferido a cada cânone constitucional em conflito. O método a ser utilizado para a decisão, sem esquecer dos aspectos normativos do problema, que confere especial importância às suas dimensões fáticas, é a técnica da ponderação de bens (TORRES, 2001).

Nesse passo, o intérprete, diante das circunstâncias concretas, aplica restrições recíprocas sobre os bens jurídicos amparados pelos princípios em disputa, visando alcançar um ponto ótimo, em que a restrição a cada bem seja a mínima imprescindível à sua convivência com o outro (TORRES, 2001).

Patente que a resolução da colisão de direitos fundamentais há de ser buscada em sede de avaliação do caso concreto, mediante o menor sacrifício dos direitos envolvidos. Desse modo, em vistas a resolver sobre os direitos fundamentais colidentes, o intérprete utiliza a técnica da ponderação de bens, por meio dos princípios constitucionais que servirão como base, para encontrar a mais ajustada solução. A realização ótima dos preceitos constitucionais



depende do grau de intensidade ou do modo de afetação dos direitos fundamentais no caso concreto, sem deixar de lado o seu conteúdo e a função que desempenham.

Problemática se mostra a questão de se saber que bem ou direito prevalecerá diante de uma colisão autêntica. Explicitamente falando, surgem questionamentos acerca das possibilidades de resolução em caso de conflito entre a liberdade de opinião e de comunicação ou a liberdade de expressão artística – constante do artigo 5º, IX, do Texto Maior – e o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem – estatuído no artigo 5º, X, da Constituição (MENDES; BRANCO, 2014).

A título de exemplificação, Mendes e Branco (2014) demonstram que uma matéria jornalística sobre a vida de alguém pode tornar colidentes o direito de liberdade de expressão e a reivindicação à privacidade do retratado. Abstratamente considerados, ambos os direitos são salvaguardados pelo constituinte como direitos fundamentais. Porém, no caso imaginado, a incidência de ambos leva o resultados contraditórios entre si. Na resolução desse impasse, dessa colisão, devem ser consideradas as circunstâncias do caso concreto, sopesando os interesses conflitantes, com o intento de determinar que princípio deverá prevalecer, naquelas especiais condições, mediante um parâmetro de justiça prática.

Pois bem, se um indivíduo desfruta de uma vida pública ativa, será mais presumível que uma reportagem relacionando aspectos da sua vida privada venha a ser prestigiada, atribuindo preponderância à liberdade de imprensa em detrimento do direito à privacidade. No entanto, isso não se deve a uma negação do direito à privacidade à personalidade pública, mas obedecerá à ponderação de que, se o retratado vive da imagem que ostenta, ou seja, vive de crédito público, à sociedade é garantido o direito de saber se a sua vida particular guarda correspondência com o que tenciona que creiam. De outra parte, a exposição de dados íntimos de pessoa que profissionalmente não depende da imagem pública e que não se encontra no centro de um acontecimento socialmente importante, não justifica a interferência da imprensa sobre sua vida privada (MENDES; BRANCO, 2014).

Desse modo, o direito à privacidade, a princípio, proíbe que sejam divulgados dados não autorizados a respeito de uma pessoa a terceiros. Esse direito, entretanto, pode ceder, em algumas situações, a um valor, como a liberdade de expressão, que se revele, no caso concreto, prevalecente segundo um juízo de prudência (MENDES; BRANCO, 2014).

Perceptível que o peso abstrato reduz-se apenas à etapa inicial para a avaliação do peso específico que será atribuído a cada princípio para a resolução do caso concreto, dependendo da intensidade do comprometimento de cada um dos princípios envolvidos.

No entendimento de Dimoulis e Martins (2014), as ferramentas principais para decidir acerca de conflitos são duas. A primeira se resume na interpretação sistemática da Constituição, ou seja, na sua interpretação enquanto conjunto que possibilita levar em consideração todas as disposições pertencentes ao caso concreto e apreender quais são as diretrizes que o próprio constituinte estabeleceu. A segunda se refere à proporcionalidade.

A colisão entre direitos fundamentais, como já sabido, se resume a uma colisão de princípios. Discorrendo acerca da carga valorativa que os princípios possuem, Luís Roberto Barroso afirma que a colisão entre eles é parte da lógica do sistema, que, por sua vez, é dialético. Segundo as palavras do ilustre professor:

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. Ocorre que, em ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação (BARROSO, 2009, p. 331-330).

Os princípios, dessa forma, funcionam como diretivas às quais se reconhece dimensão de peso, mas que, em dadas circunstâncias, podem se contrapor, exigindo, diante de um caso concreto, que o intérprete realize um juízo de ponderação.

Diante de uma colisão de princípios – como, por exemplo, ocorre quando um princípio proíbe algo e outro permite – um dos princípios deverá ceder. Não significa necessariamente nem que o princípio cedente deva ser considerado inválido, nem que deverá ser inserida uma cláusula de exceção. O que ocorre, na verdade, é que um dos princípios tem prevalência sobre o outro sob determinadas circunstâncias. Em outras circunstâncias a prevalência pode ser decidida de forma oposta. É isso que se quer afirmar quando se declara que, nos casos concretos, os princípios possuem pesos distintos e que os princípios que ostentam maior peso tem prevalência. A colisão se resolve na dimensão do peso (ALEXY, 2012).

Os princípios ostentam pesos diferentes, que a cada caso variam. Por esse motivo, o princípio que ostentar maior peso na circunstância concreta prevalecerá em relação aos outros. Trata-se de uma relação de prevalência condicionada baseada nas circunstâncias do caso concreto (COURA; ROCHA, 2014).

Importante destacar que acerca dos princípios há uma fundamental diferença entre o que é assegurado *prima facie* e o que é assegurado definitivamente. Diversas condutas podem estar asseguradas *prima facie* por um princípio. No entanto, apenas a partir das observações das condições fáticas e jurídicas é factível determinar o que um princípio efetivamente garante à luz do caso concreto (COURA; ROCHA, 2014).

Em resumo, a solução de colisão de direitos fundamentais há de ter como alicerce a harmonização dos direitos e, havendo necessidade, a precedência de um direito sobre o outro no caso concreto, o que exige a análise das circunstâncias fáticas e jurídicas para, por meio de um juízo de ponderação, determinar o peso de cada direito. O intérprete deve procurar harmonizar os direitos colidentes, de maneira que na situação fática um preceda sobre o outro sem que isso importe na eliminação desse princípio do ordenamento jurídico. Por isso, diante de circunstâncias que demonstrem haver uma colisão autêntica, não se pode esvaziar – até mesmo anular – um princípio em proveito de outro. Deve-se tencionar a conciliação entre os mesmos, sopesando os interesses conflitantes para determinar qual dentre eles terá prevalência na situação específica. Cumpre ao exegeta verificar efetivamente a ocorrência do confronto, pois são as variáveis do caso sob análise que definirão o peso a ser atribuído a cada princípio colidente para fins de se aplicar o método da ponderação.

#### **5.4 O Supremo Tribunal Federal na Resolução da Colisão: Exposição de Casos**

Não obstante o texto constitucional nacional não ter priorizado especificamente determinado direito, quando da fixação das cláusulas pétreas, indubitável que, também no direito pátrio, os valores associados ao princípio da dignidade da pessoa humana adquirem especial relevo. Desse modo, em eventual juízo de ponderação, devem ser levados em conta os valores que representam inequívoca expressão de tal princípio<sup>20</sup>. Também, no Brasil, não raras vezes, situa-se a discussão sobre determinados direitos em divergência com certos valores assegurados constitucionalmente (MENDES; BRANCO, 2014).

O acervo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal compreende julgados em que houve a necessidade da Corte estabelecer um juízo de precedência entre direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e um valor garantido constitucionalmente. Embora não seja dito expressamente, a problemática que envolve tais precedentes é, inegavelmente, de colisão

---

<sup>20</sup> Inviolabilidade da pessoa humana, do direito de imagem e da intimidade, respeito à sua integridade física e moral (MENDES; BRANCO, 2014).

entre direitos. Esses acórdãos acabam por evidenciar uma discussão, em uma dada situação concreta, sobre o peso de bens constitucionais (MENDES; BRANCO, 2014).

Adiante expõem-se dois casos de grande relevância acerca do esforço que o Supremo Tribunal Federal desenvolveu no intuito de determinar os critérios a serem empregados na técnica da ponderação diante da situação concreta trazida à Corte.

#### 5.4.1 Rcl-QO 2040 DF: Direito à intimidade e vida privada e moralidade administrativa

Em 21 de fevereiro de 2002, o Supremo Tribunal Federal julgou a Rcl 2.040, que tinha como relator o Ministro Néri da Silveira. Tal reclamação referia-se ao caso em que a extraditanda (Glória Trevi), que se encontrava recolhida à carceragem da Polícia Federal, engravidou em circunstâncias que traziam suspeitas sobre agentes da instituição. A extraditanda se opunha à realização do exame de DNA. Constatou-se, nessa situação, colisão entre o direito à preservação da intimidade e da vida privada, assegurados à extraditanda, e os valores da moralidade administrativa, bem como da honra dos agentes, sobre os quais recaía a suspeita do cometimento de estupro carcerário, situação amplamente noticiada pela mídia. Necessitava-se realizar um juízo de ponderação acerca dos valores colidentes. A maioria dos Ministros da Corte decidiu pela realização do exame de DNA do filho da extraditanda, cuja decisão está ementada nos seguintes termos:

- Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspensão também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento

do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. (STF - Rcl-QO: 2040 DF, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 21/02/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-06-2003<span id="jusCitacao"> PP-00031 </span>EMENT VOL-02116-01<span id="jusCitacao"> PP-00129</span>).

Verifica-se que, nesse caso, houve prevalência da moralidade administrativa – valor previsto constitucionalmente – sobre um direito fundamental. Entretanto, essa prevalência não é absoluta, ou seja, não significa que sempre que esses valores colidirem o resultado será o mesmo. A análise é realizada com base nas circunstâncias fáticas, no caso concreto.

Evidencia-se, no presente caso, que o princípio da dignidade da pessoa humana adquire grande relevância na decisão do processo de ponderação entre posições colidentes. É certo, também, que o Supremo Tribunal Federal se utiliza, propositadamente, do princípio da proporcionalidade como lei de ponderação, repudiando a intervenção que compele o atingido a um ônus desproporcional e inadmissível (MENDES; BRANCO, 2014).

#### 5.4.2 ADPF Nº 54: Antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia

Potencialmente um dos casos mais emblemáticos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal, no qual houve, inclusive, a necessidade de convocação de audiências públicas com profissionais da área médica em busca de se definir a existência de vida – em sentido técnico – ou não no feto anencefálico.

Inicialmente, importa destacar a definição técnica da anencefalia. A literatura médica define a anencefalia como a má formação congênita do feto por defeito no fechamento do tubo neural durante a gestação, de forma que o feto não possui os hemisférios cerebrais e o córtex, restando somente resíduo do tronco encefálico. Essa anomalia – também conhecida como ausência de cérebro – importa na ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central<sup>21</sup>, restando somente algumas funções inferiores que coordenam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal, resultando em condição incompatível com a vida extrauterina (BARROSO, 2013).

O julgamento iniciou-se em 11/04/2012. O Ministro Marco Aurélio, relator da ação, entendeu que a interrupção da gravidez de feto anencefálico não constitui conduta tipificada no Código Penal, e que tal tipificação não se harmonizaria com o texto constitucional,

<sup>21</sup> Sistema responsável pela consciência, cognição, comunicação, vida relacional, emotividade e afetividade (BARROSO, 2013).

especialmente com os preceitos que assegurariam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. No entendimento do Ministro, a vida do feto anencefálico não era viável, por isso ele não se tornaria titular do direito à vida, de modo que na hipótese o conflito entre direitos fundamentais – direitos da mulher em contraposição ao direito à vida e à dignidade humana do feto – seria apenas aparente. Dessa forma, a imposição estatal de manter a gravidez cujo resultado seria inevitavelmente a morte do feto confrontaria os princípios básicos do sistema constitucional, dentre os quais a autodeterminação e o pleno reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher (BARROSO, 2013).

O Ministro Ricardo Lewandowski inaugurou a divergência, concluindo que não seria possível à Corte estipular uma nova hipótese de isenção de pena, além daquelas já previstas na Lei Penal, afirmando que ante a claridade da lei, inadmissível afrontar sua expressão literal sob o pretexto de extrair conteúdo conforme o texto constitucional, correndo o risco de atuar indevidamente como legislador positivo. O ministro Cezar Peluso, também julgou pela improcedência do pedido, entendendo que o feto anencefálico, não obstante a deformidade, gozaria de vida humana, merecendo proteção jurídica e constitucional. Dessa forma, a antecipação do parto caracterizaria crime de aborto, que presumiria somente o aniquilamento da vida, pouco importando a sua possibilidade extrauterina. Nesse passo, a autonomia da vontade da gestante não poderia lhe garantir a possibilidade de por fim a gravidez incômoda e dolorosa, tendo em vista que tal conduta resultaria na extinção egoística da vida de outrem.

O voto do Ministro relator foi seguido pela maioria dos Ministros e, por 8 votos a 2, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade da interpretação que entendia ser tipificada no Código Penal a conduta de interromper a gravidez em caso de anencefalia (BARROSO, 2013). A decisão está assim ementada:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013).

Neste caso, esboçou-se uma colisão entre direitos fundamentais que, no entanto, como constante do voto do Ministro relator, mostrou-se apenas aparente, uma vez que não haveria

viabilidade de vida extrauterina, sendo assim, o feto anencefálico não se tornaria titular do direito à vida.

Conforme destaca Lima (2012), não obstante a presença da vida intrauterina do anencéfalo, não se afigura legítima a atuação da Legislação Penal para incriminar a conduta abortiva, sob pena de flagrante afronta aos direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. Tais direitos devem ter precedência nessa situação específica, pois não se afigura justo obrigar a mulher a uma gestação na qual o conceito não dispõe de capacidade biológica para tomar consciência de si e do mundo e para se relacionar, haja vista que não possui e nunca possuirá estrutura cerebral que lhe possibilite alcançar tal condição de desenvolvimento humano.

O julgamento trouxe novas perspectivas para diversas gestantes, que passaram a contar com a liberdade de viver suas tragédias pessoais do modo que for mais condizente as suas convicções existenciais (BARROSO, 2013).

Da análise dos casos apresentados, resta demonstrado o trabalho desenvolvido pela Corte com a finalidade de delinear os parâmetros a serem utilizados no processo de ponderação que as circunstâncias de colisão entre direitos fundamentais exigem diante da situação concreta apresentada ao Tribunal.

## 6 CONCLUSÃO

O presente estudo se propôs a analisar as posições doutrinárias acerca da efetivação dos direitos fundamentais e o fenômeno da colisão desses direitos, bem ainda a solução da colisão por meio da ponderação. Buscou-se apreender o que são os direitos fundamentais, a importância dos mesmos no contexto do ordenamento constitucional contemporâneo para, em seguida, demonstrar como são resolvidas as colisões entre tais direitos, visando à sua efetivação, bem ainda a plena concretização do Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais se consubstanciam como fundamentos do arcabouço jurídico, haja vista que sem os mesmos as condições para o exercício inerentes à própria existência digna simplesmente inexistem. Erigidos à condição de cláusulas pétreas, conforme se depreende dos termos do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988, devem ser, obrigatoriamente, observados e, principalmente, respeitados.

De uma parte, esses direitos são pensados sob a ótica do indivíduo, que figura como titular de uma posição jurídica subjetiva contemplada por uma norma jusfundamental – dimensão subjetiva. Doutra parte, podem oferecer critérios de controle da ação estatal, que devem ser aplicados independentemente de possíveis intervenções e violações de direitos fundamentais de determinado indivíduo e da consequente contestação por seu titular – dimensão objetiva.

Expôs-se que a Constituição Federal, com raras exceções, garante os direitos fundamentais a determinados grupos de pessoas, excluindo tacitamente os demais, ou seja, não lhes assegurando proteção em nível constitucional, utilizando-se de expressões e termos genéricos, como também, em muitos incisos, não fazendo referência expressa ao titular do direito anunciado.

A compreensão acerca da titularidade dos direitos fundamentais e dos requisitos para o exercício desses direitos se afigura de vital importância para a dogmática constitucional e traz os elementos necessários para que se verifique de quem podem ser exigidos, ou seja, quem são os sujeitos passivos. Prevalendo no ordenamento jurídico pátrio, a regra geral de que o destinatário dos deveres correspondentes a tais direitos é o Estado – tanto no dever de abster-se, quanto no dever de agir. Aos particulares cumpre respeitar tais direitos na medida exata em que forem materializados pela legislação infraconstitucional.

Em mira à efetivação dos direitos fundamentais, o único limite que se deve observar é a Constituição. A existência ou ausência de leis não pode servir de impedimento a que se cumpram os mandamentos constitucionais, mormente normas que definem tais direitos, vez



que é a lei que tem que se mover na esfera dos direitos fundamentais, e não o inverso. Um ordenamento harmônico e coeso se concretiza através da Constituição, da observância e obediência aos seus mandamentos. Nesse sentido, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais se consubstancia na íntegra realização do Estado Democrático de Direito, de forma a garantir a todos o exercício de seus respectivos direitos.

A dignidade da pessoa humana se revela como um dos princípios orientadores para a efetivação dos direitos fundamentais. Enquanto princípio constitucional, confere uma sustentação acerca da existência de valores fundamentais de todo o complexo jurídico nacional. Manifesta um conjunto de valores integrativos, estando diretamente relacionada aos direitos fundamentais, e envolve distintas perspectivas desses direitos que contam, inclusive, com o acesso à justiça para sua efetivação.

Assim, a dignidade da pessoa humana traz para a sua “órbita” um “conglomerado” de direitos fundamentais, não podendo ser apreendida apenas com relação à defesa dos direitos individuais, mas enquanto valor basilar do existir humano. É um valor imanente ao ser, que exige consideração por parte de todos, e constitui a parcela inatacável a ser assegurada pela ordem jurídica, e somente em casos especialíssimos comporta limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

Tendo como sustentáculo o princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Brasileira de 1988 coligiu os direitos e garantias fundamentais e apresenta-se como pedra primordial do ordenamento jurídico, haja vista que toda e qualquer norma deve reger-se por seus mandamentos para ter validade. Desempenha, pois, papel de organização do poder estatal, como também positiva os direitos fundamentais por meio de suas normas. Com um viés popular, garante ao cidadão, anteriormente alijado de seus direitos, não só a garantia destes, como também maior participação na vida pública do país, visando possibilitar as condições fáticas para o exercício dos direitos fundamentais de forma equânime.

É fato que a Constituição Cidadã classificou os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, vedando a abolição, direta ou indireta, dos mesmos, no entanto, calou quanto à sua restrição. Infere-se, então, que esses direitos podem sofrer limitações, o que se justifica pelo fato de que, muitas vezes, para sua concretização no plano social, necessária se faz a imposição de balizas, com vistas a garantir, desse modo, aos demais o gozo de seus direitos, até mesmo a manutenção da paz social.

Compreende-se que mesmo as restrições de direitos fundamentais comportam limites, somente sendo admissível restringir um direito fundamental após aferição, diante da situação fática, do peso que será atribuído a cada princípio de direito fundamental. Por vezes, o

exercício de um direito fundamental pelo titular acaba indo de encontro com o direito exercido por outro indivíduo ou, também, bens jurídicos ligados à comunidade, o que torna patente a necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre o exercício desses dois direitos, impondo-se os limites necessários à coexistência de ambos. Verifica-se, no caso, colisão de direitos fundamentais.

Trata-se de tema de valiosa importância para a teoria dos direitos fundamentais, principalmente para que se verifiquem as condições formais e materiais para restrição ou limitação desses direitos. Em linhas gerais, tem-se colisão entre direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental, por parte do seu titular, colide com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental, por parte de titular diverso. Sabendo-se que não existe valorização entre direitos previstos na Constituição Federal, busca-se fazer um exercício de ponderação entre eles, uma vez que não há hierarquia entre esses direitos. A dogmática dos direitos fundamentais se ocupa tanto das colisões exclusivamente de direitos fundamentais quanto das que envolvem direitos fundamentais e bens protegidos constitucionalmente. Restando de extrema relevância distinguir-se qual o tipo de conflito está sob análise: se entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens da comunidade, interesses difusos ou coletivos.

Mostra-se primordial que se fixe o âmbito de proteção do direito fundamental, sempre e quando houver dúvida quanto à aplicabilidade desse direito. Entende-se que o âmbito de proteção corresponde ao bem jurídico tutelado que, por vezes, resta de difícil reconhecimento, muito em virtude da bilateralidade dimensional – objetiva e subjetiva – e do caráter multifacetado que esses direitos possuem. É inerente aos direitos fundamentais e equivale aos contextos existenciais apreendidos por tais direitos. Necessário, pois, que se identifique qual fração da realidade está abrigada no texto constitucional, o que permitirá dirimir as possíveis dúvidas quanto à aplicação desses direitos, vez que obsta intervenções indevidas nos âmbitos de proteção de uns direitos fundamentais sobre os de outros.

A par das circunstâncias fáticas, o operador jurídico deve se orientar por critérios prescritos pelo próprio ordenamento jurídico para identificar qual parcela da realidade está protegida pelo texto constitucional e a intensidade dessa proteção, para, visando, na melhor medida possível, efetivar os direitos amparados pela Constituição, resolvendo a colisão entre os direitos fundamentais.

Diante de uma situação fática, buscando revolver a colisão, uma vez que não é possível a exclusão de um direito em relação ao outro, o intérprete deve se valer de um juízo de ponderação – que se funda na proporcionalidade, sendo esta decorrente do próprio texto

constitucional, dos direitos e garantias constitucionais, bem como dos princípios consagrados pela Constituição Federal –, de forma a coordenar os bens jurídicos colidentes, em vistas a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros, conservando sempre a busca pelo verdadeiro significado da norma, bem assim a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua.

Pode-se dizer que existe um meio-termo evitando que um venha a se sobrepor ao outro, em observância ao princípio da harmonização, diante do qual o intérprete, ao se deparar com situações em que bens constitucionalmente protegidos concorrem, venha a adotar a solução que otimize a realização de todos eles, sem que isso cause a negação de nenhum. A atividade do intérprete não se pauta na verificação da validade deste ou daquele princípio, mas em avaliar todos os princípios em colisão, a fim de chegar a uma decisão acerca dos mesmos.

A realização ótima dos preceitos constitucionais depende do grau de intensidade ou do modo de afetação dos direitos fundamentais no caso concreto, sem deixar de lado o seu conteúdo e a função que desempenham. Os princípios, dessa forma, funcionam como diretivas às quais se reconhece dimensão de peso, mas que, em dadas circunstâncias, podem se contrapor, exigindo que o intérprete realize um juízo de ponderação.

Resumidamente, a solução de colisão de direitos fundamentais há de ter como alicerce a harmonização dos direitos e, havendo necessidade, a precedência de um direito sobre o outro no caso concreto, o que exige a análise das circunstâncias fáticas e jurídicas para, por meio de um juízo de ponderação, determinar o peso de cada direito. O intérprete deve procurar harmonizar os direitos colidentes. Deve tencionar a conciliação entre os mesmos, sopesando os interesses conflitantes para determinar qual dentre eles terá prevalência na situação específica. Cumpre ao exegeta verificar efetivamente a ocorrência do confronto, pois são as variáveis do caso sob análise que definirão o peso a ser atribuído a cada princípio colidente para fins de se aplicar o método da ponderação.

Finalmente, da análise dos casos apresentados, resta demonstrado que o Supremo Tribunal Federal tem se valido da técnica da ponderação para a resolução dos casos difíceis, como também resta claro o trabalho desenvolvido por esse Tribunal com a finalidade de delinear os parâmetros a serem utilizados no processo de ponderação que as circunstâncias de colisão entre direitos fundamentais exigem diante da situação concreta apresentada à Corte.

## REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Colisão de normas:** distinção entre ponderação e juízo de adequação. *REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA*. Brasília, v. 51, n. 203, Set., 2014.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro, n. 48, Jun., 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. 10. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54 DF**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Data de Julgamento: 12/04/2012. Disponível em: <<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807932/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-54-df-stf>>>. Acesso em 10 de jan. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl-QO 2040 DF**, Relator: NÉRI DA SILVEIRA. Data de Julgamento: 21/02/2002. Disponível em: <<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775409/questao-de-ordem-na-reclamacao-rcl-qo-2040-df>>>. Acesso em 10 de jan. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 16. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Interpretação das normas de direitos fundamentais:** teoria de Robert Alexy x teoria de Ronald Dworkin. In.: MARANHÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. Direitos fundamentais, democracia e cidadania: estudos em homenagem a Elimar Figueiredo de Almeida Silva. São Luis: Procuradoria Geral de Justiça, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COURA, Alexandre de Castro; ROCHA, Livia Avance. **Tutela jurisdicional do meio ambiente e fenômeno da colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do STF e do STJ**. REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL. São Paulo, v. 19, n. 76, Dez., 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FUHRMANN, Italo Roberto. **Da possibilidade jurídica da "reserva do possível" no direito brasileiro**: apontamentos dogmáticos. CONSULEX. Brasília, n. 391, 2013.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia**: direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional (Série EDB). 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antonio Cesar; LEAL, Rogério Gesta. **As dimensões da reserva do possível e suas implicações na efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Unoesc International Legal Seminar, Chapecó, v. 2, n. 1, 2013.