

CHOQUE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONSENSO OU CONTROVÉRSIA?

João Carlos Medeiros de Aragão¹

RESUMO: Este artigo analisa o tema dos direitos fundamentais no que concerne a seus conceitos, suas dimensões, seus limites e restrições. Examina igualmente a questão do choque entre direitos fundamentais, uma vez que não há convergência de opiniões sobre o assunto: alguns juristas entendem existirem várias colisões entre direitos fundamentais e oferecem soluções para eliminá-las, enquanto outros as consideram aparentes.

ABSTRACT: This paper examines the aspects of fundamental rights, with respect to their concepts, their dimensions, their limits and restrictions. It also examines conflicts between fundamental rights, since there is no convergence of views on the subject: some legal experts believe there are multiple collisions between fundamental rights and offer solutions to eliminate them, while others consider them to be apparent.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Conceitos; Dimensões; Limites e restrições; Colisão entre direitos fundamentais; Controvérsia.

KEYWORDS: Fundamental rights; Concepts; Dimensions; Limits and restrictions; Collision between fundamental rights; Controversy.

I INTRODUÇÃO

“Enxergar mais longe só é possível quando se pode estar nos ombros de gigantes.”

Isaac Newton

Este trabalho visa examinar a questão dos direitos fundamentais, notadamente no que concerne tanto à restrição deles quanto à colisão com outros direitos fundamentais, embora não pretenda esgotar o tema em razão de sua relevância e sua abrangência.

¹ João Carlos Medeiros de Aragão é assessor jurídico da Câmara dos Deputados; mestre em Direito das Relações Internacionais; pós-graduado em Metodologia do Ensino Jurídico, em Advocacia nos Tribunais Superiores e em Linguística do Texto. Professor de Direito Processual Civil no UniCeub e de Instituições Legislativas Comparadas no Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados. Também exerce a advocacia.

Os direitos fundamentais, como construções normativas constitucionais baseadas, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana, são assegurados pelo Estado, ao qual compete definir medidas a fim de que o indivíduo não sofra restrições ilegítimas quando no exercício de tais direitos.

Entende-se por direitos fundamentais aqueles inerentes à própria condição humana, previstos pelo ordenamento jurídico. Nota-se, porém, ser difícil encontrar uma definição definitiva do que realmente se configura como Direitos Fundamentais do Homem, pela inexistência de consenso entre estudiosos do assunto. São utilizadas diversas expressões, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos público subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais da pessoa humana.

Além disso, costumava-se falar em gerações de direitos fundamentais, identificando-as com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade consagrados na Revolução Francesa. Essa terminologia tem sido considerada imprecisa, haja vista que a noção transmitida é a de que cada geração substituiria outra, defasada esta. Assim, atualmente, a doutrina tem adotado o termo “dimensão”, por denotar coexistência, ou seja, cada nova dimensão dos direitos fundamentais se coaduna com a existente, sem obstá-la, em um processo cumulativo, aberto e mutável. Inicialmente, definiram-se três dimensões de direitos fundamentais, mas já existem estudiosos defendendo o estabelecimento de uma quarta dimensão.

Quanto aos limites e restrições, há distintas teorias, as quais vão desde a noção de limites imanentes até a definição dos tipos de restrição. Uma das formas em que se evidencia a limitação ao exercício dos direitos fundamentais ocorre quando existe colisão entre eles, ou seja, quando um direito fundamental, em mesma situação, choca-se com outro direito fundamental.

No que tange à colisão entre direitos fundamentais (ou princípios, segundo Virgílio Afonso da Silva), constata-se haver problemática e controvérsia, a qual tem ocupado boa parte da doutrina moderna, sôfrega por desenvolver soluções para tais conflitos. Na prática, a ausência de consenso a respeito de possíveis choques entre direitos fundamentais remete o intérprete a operações mais complexas que a simples subsunção, utilizada para a interpretação de normas com estrutura de regras. Isso decorre da heterogeneidade dos direitos fundamentais, pois seu conteúdo é, na maioria das vezes, variável e somente pode ser aferido quando se esquadrinha um caso concreto ou quando eles se relacionam entre si, ou até com outros valores protegidos pela Constituição.

2 CONTEXTO HISTÓRICO NA FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, historicamente, auxiliam a compreensão do Estado de Direito e da própria Democracia, no pensamento de Ferrajoli². Durante muito tempo, debateram-se as bases ideológicas dos direitos fundamentais; para Norberto Bobbio, porém, “[...] os

² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 32.

direitos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana”³, construção jurídico-social e filosófica criada para preservar elementos vitais à harmonização entre indivíduos e Estado e entre os próprios indivíduos. Essa construção teórico-prática dos direitos fundamentais acarreta a dificuldade de conceituá-los com precisão.

Caso se considerem os direitos fundamentais como o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico de um Estado em determinado tempo, os direitos fundamentais se originam no direito natural. Há juristas, porém, os quais entendem que só se criaram direitos fundamentais com a positivação deles nas primeiras Constituições⁴. Conforme Perez Luño,

*A positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e dignidade humana.*⁵

Destaca-se, entretanto, que o Jusnaturalismo clássico contribuiu para o reconhecimento, na atualidade, dos direitos fundamentais pela ordem positiva, há muito entendidos como direitos naturais pelos jusfilósofos. Nesse sentido, o direito natural pode ser então considerado como uma espécie de pré-história dos direitos fundamentais. A doutrina jusnaturalista, influenciada por preceitos morais e religiosos, notadamente do Direito Canônico, concebia o ser humano dotado de direitos imutáveis e inalienáveis, o que constituía uma ordem jurídica pré-estatal ou até supraestatal. Esses direitos limitavam o poder estatal, além de legitimar seu exercício.

Já a partir do século XVII, as teorias contratualistas, agregadas ao racionalismo de Kant e Grocio, estimularam o processo de laicização do direito natural, inspirando o movimento iluminista do Estado Liberal, preconizador do apelo à razão como fundamento do Direito. Nessa fase, começa-se a pensar sobre a noção de universalidade dos direitos naturais, culminando na Declaração de Direitos da Virgínia e na dos Direitos do Homem, em 1789, na França. Com a Revolução Francesa e a posterior criação do Estado Liberal, iniciou-se movimento de progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados como precursores dos direitos fundamentais⁶.

Sabe-se, porém, que os direitos não são imutáveis, mas aperfeiçoados enquanto as sociedades e os indivíduos se tornam mais críticos e inclinados a identificar direitos e violações a eles. Desse modo, variam igualmente seu conceito e sua terminologia. Ao longo da história dos direitos fundamentais até hoje, utilizaram-se inúmeros termos para defini-los, como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, direitos individuais, direitos

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 52.

⁴ LUÑO, Perez. *Apud SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) Direitos fundamentais, orçamento e Reserva do Possível*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003, p. 40.

⁵ LUÑO, Perez. *Apud SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) Direitos fundamentais, orçamento e Reserva do Possível*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003, p. 40.

⁶ LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madri: Tecnos, 2004, p. 33.

fundamentais do homem, direitos humanos fundamentais, dentre outros⁷. Todas essas nomenclaturas refletem, de algum modo, o que se pretendeu transmitir e conceituar.

Atualmente, segundo explica Robert Alexy, direitos fundamentais correspondem a direitos subjetivos, universalmente garantidos a todos os seres humanos. Entende-se por direito subjetivo qualquer expectativa positiva ou negativa ligada a um sujeito por determinada norma jurídica, inserido no ordenamento positivo constitucional. Ainda para Alexy, existe posição de dada liberdade jurídica para realizar determinadas ações, a de um direito perante o Estado, a fim de que este não impeça algumas, ou seja, a de um direito a ações negativas e a de um a ações positivas do Poder Público⁸.

Acresce-se que, no Estado Democrático de Direito, o processo de democratização realmente sobressai, afetando significativamente o tema dos direitos fundamentais, porquanto enaltece garantias de igualdade nas relações dos indivíduos entre si e entre o Estado soberano. O paradigma garantista imposto pelo Estado constitucional expressa dupla sujeição do Direito ao Direito, a qual afeta a legitimação formal e substancial das normas jurídicas. A Democracia, assim, torna-se ao mesmo tempo condição e garantia dos direitos fundamentais, que constituem a base moderna do princípio da igualdade⁹.

3 CONCEITOS, DIMENSÕES E LIMITES (RESTRICÇÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Conceitos

Pérez Luño define os direitos fundamentais como

*[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a [sic] nível nacional e internacional*¹⁰.

Já a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), em 1978, expôs a seguinte definição de direitos fundamentais:

*[...] considera-os, por um lado, uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado e, por outro, regras para se estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana*¹¹.

⁷ BRITO, Bernardo de Azevedo. *Os direitos humanos e a identidade cultural dos povos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/textos_dh_identidade.html>. Acesso em: 21 dez. 2009.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 241.

⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Ed. Almedina, 2001, p. 52.

¹⁰ LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madri: Tecnos, 2004, p. 43.

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição*

Os direitos fundamentais, na condição de institutos de Direito Constitucional Positivo, possuem, no entender de Miranda, dois sentidos: o formal e o material, tais quais firmados na Constituição em sentido formal ou na Constituição em sentido material.¹²

Na opinião de Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais constituem normativamente direitos de todos os membros de certa coletividade; assim, não são alienáveis ou negociáveis, já que correspondem a prerrogativas não contingentes e inalteráveis de seus titulares e a outros limites e vínculos inarredáveis para todos os poderes, tanto públicos como privados¹³.

Além desses, existem os sentidos objetivo e subjetivo para os direitos fundamentais. Objetivamente, os direitos fundamentais podem ser pensados como estrutura que produz efeitos jurídicos e reforça a imposição dos direitos individuais. Subjetivamente, os direitos fundamentais manifestam as faculdades, a proteção e as garantias institucionais de defesa¹⁴.

Tais definições sintetizam todos os direitos fundamentais conquistados pelo ser humano ao longo de sua história, independente de sua natureza. Discorrer-se-á a seguir acerca das dimensões dos direitos fundamentais.

3.2 Dimensões

Bobbio¹⁵ explicitou, resumidamente, as diferentes dimensões dos direitos fundamentais:

[...] como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os de bem-estar e da liberdade através ou por meio do Estado.

Bonavides leciona que, atualmente, já se defende a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão:

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.

da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 46-47.

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II: Introdução à teoria da constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 8.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 38-39.

¹⁴ *Op. Cit.* MIRANDA, Jorge. *Ibidem*, p. 9.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 76.

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.¹⁶

Virgílio Silva, por sua vez, discorre sobre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais nestes termos:

A partir de uma dimensão estritamente objetiva, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como um todo. Isso significaria dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles.

[...]

Se se pretende, com o recurso à garantia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, proteger tais direitos contra uma restrição excessiva e se os direitos fundamentais, ao menos em sua função de defesa, têm como função proteger sobretudo condutas e posições jurídicas individuais, não faria sentido que a proteção se desse apenas no plano objetivo. Isso porque é perfeitamente possível – e provável – que uma restrição, ou até mesmo uma eliminação da proteção de um direito fundamental em um caso concreto individual não afete sua dimensão objetiva, mas poderia significar uma violação ao conteúdo essencial daquele direito naquele caso concreto.¹⁷

3.3 Limites e restrições

Antes de discorrer sobre limites e restrições a direitos fundamentais, ressalta-se qual o conceito de restrição. A palavra restrição é originária do latim (*restrictio onis*) e denota moderação em realizar algo, atuar moderadamente. Conforme o Dicionário Houaiss, a restrição significa o “[...] ato ou efeito de restringir (se); condição restritiva; imposição de limite; condicionante”¹⁸. Juridicamente, constitui “[...] limitação ou condição que a lei impõe ao livre exercício de um direito ou de uma atividade; reserva, ressalva”¹⁹.

Nesse sentido, a restrição a um direito fundamental constitui limitação da esfera de proteção ou pressuposto de fato desse direito. A definição de limites para o exercício de dado direito fundamental é motivada pela existência de valores e circunstâncias em jogo no ordenamento jurídico. Existem, por exemplo, cidadãos detentores de direitos ou

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 27.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. In: *Coleção Teoria & Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 185-186.

¹⁸ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2443.

¹⁹ Idem.

interesses comunitários a serem sopesados para que uma pessoa possa usufruir certo direito fundamental ou tê-lo restringido²⁰.

Virgílio Silva cita Canotilho para explicar os limites dos direitos fundamentais. Para este autor, “limites imanentes” representam o produto do sopesamento entre direitos colidentes, não como limites revelados pelo intérprete²¹. De acordo com Canotilho, “[...] os chamados ‘limites imanentes’ são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade ou garantia”. Canotilho se refere a limites ou restrições constitucionais.

Embora Virgílio concorde com a tese de Canotilho, ele critica o uso do termo “imaneente”, uma vez que o termo já é compreendido como oposto à ideia de restrição resultante de um sopesamento ou uma ponderação, além de não ser adequado qualificar como imaneente um limite, o qual depende e surge de um caso concreto²². Tanto Virgílio quanto Canotilho advertem que a restrição ocorre posteriormente, ou seja, é constitutiva e não declaratória²³. Desse modo, quando houve intervenção externa ao direito, sucedeu restrição, não declaração de limite imaneente²⁴.

Sarlet²⁵ leciona a respeito dos limites aos direitos fundamentais. De acordo com ele, há três tipos de limitações aos direitos fundamentais: o primeiro sucede quando a própria constituição limita o exercício do direito fundamental; no segundo, a constituição autoriza a limitação, mas ela deve ser implementada pelo legislador; o último tipo prevê limites implicitamente autorizados (ou limites implícitos) que não estão previstos explicitamente na constituição, mas advêm do sistema constitucional, mormente quando há colisões entre direitos fundamentais.

O autor continua, explicando que atualmente existe consenso que a própria limitação aos direitos fundamentais também se subordina a limites. Ele assim se expressa:

II – Limites dos limites.

Hoje é unânime que os direitos fundamentais estão sujeitos a limites (dessas três espécies), mas a limitação dos direitos fundamentais também está sujeita a limites. Não se pode limitar um direito fundamental de qualquer jeito. Fala-se em limites dos limites. Quando se limita um direito, deve-se observar certos critérios que servem para limitar a limitação.

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. In: *Coleção Teoria & Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 183.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Apud* SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. In: *Coleção Teoria & Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 185-186.

²² *Op. Cit.* SILVA, Virgílio Afonso da. *Ibidem*, p. 166.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 167.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Direitos fundamentais, orçamento e Reserva do Possível*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003, p. 9-10.

É claro que os limites dos limites vão depender de cada sistema constitucional. Cada sistema constitucional acaba criando os seus critérios, não havendo uma uniformidade disso no direito comparado, embora haja alguma uniformidade. Varia conforme o tipo de limite que estiver sendo aplicado.

Quando estivermos diante de limites do tipo A, em princípio não se questiona a constitucionalidade do limite, porque ele está previsto na própria constituição. Foi o próprio constituinte que estabeleceu o limite. O máximo que a legislação infraconstitucional pode fazer é regulamentar, implementar o limite diretamente estabelecido com aquela margem de liberdade que a própria constituição deixa em aberto. [...] A possibilidade de controlar as restrições é muito maior, porque a constituição já expressa os limites. A lei ordinária estará restringindo um direito²⁶.

Alguns estudiosos da matéria apresentam outras teses. Andrade²⁷, a respeito das espécies de restrição, discorre sobre limites imanentes, colisão de direitos e leis restritivas de direitos fundamentais. Já Alexy²⁸ se reporta a restrições diretamente constitucionais (explícitas e implícitas) e indiretamente constitucionais: as primeiras estão diretamente definidas no corpo do texto constitucional, ao passo que as segundas não estão previstas no texto constitucional – este concede ao legislador a faculdade de estabelecê-las mediante leis infraconstitucionais.

Virgílio apresenta também as Teorias Interna e Externa no que diz respeito às restrições (ou limites) a direitos fundamentais. Ele explica, inicialmente, que ambas as teorias não são produto da dogmática dos direitos fundamentais, embora integrem o âmbito do Direito Civil há muito e provoquem discussões na França, principalmente. No Brasil, pouco se fala sobre elas; Gilmar Mendes tem sido um dos juristas a discorrer sobre tal temática²⁹.

Conforme prega a Teoria Interna, os direitos fundamentais e a extensão deles, se delimitados por ela, não podem sofrer sopesamento – quando determinado indivíduo exercita algo garantido por um direito fundamental, a garantia é definitiva, não apenas *prima facie*. Nessa teoria, não há distinção entre “direito *prima facie*” e “direito definitivo”, pois esta decorre diretamente da unificação dos limites imanentes com a determinação do direito relativo a eles. Para ela, só existe um objeto: o direito e os seus limites³⁰.

Ou seja, na esfera da Teoria Interna, não se pode dizer que dada ação seja *prima facie* e garantida por uma norma de direito fundamental; a ação pode, entretanto, deixar de ser protegida em razão das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Desse modo,

²⁶ *Ibidem*, p. 11.

²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Ed. Almedina, 2001, p. 214.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 276-286.

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. In: *Coleção Teoria & Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 129.

³⁰ *Ibidem*, p. 130.

a teoria detém o ônus de demonstrar que se pode fundamentar a limitação a direitos “a partir de dentro”, sem necessidade de se recorrer a restrições externas; no caso, é comum se valer dos limites imanentes³¹.

A Teoria Externa, por sua vez, divide o objeto no direito em si, em primeiro lugar, e nos limites imanentes a ele (restrições), em segundo. A distinção, embora pareça insignificante, acarreta efeitos práticos e teóricos. Com base em tal diferença, é possível se atingir o sopesamento, como meio para solucionar colisões entre direitos fundamentais, e a regra da proporcionalidade. Para tal teoria, as restrições, seja qual for sua natureza, não influenciam o conteúdo do direito; embora possam restringir o exercício deste, no caso concreto. Caso haja colisão entre princípios, um deles tem de ceder em favor do outro sem serem afetadas sua extensão *prima facie* nem sua validade³².

Além disso, constata-se que a Teoria Externa e a Teoria dos Princípios se relacionam intimamente – esta defende que, geralmente, uma norma a qual consagra um direito *prima facie* garante direitos fundamentais. Aquela, por seu turno, manifesta que há diferença entre direito *prima facie* e direito definitivo: o definitivo não é determinado a priori e internamente. Em casos concretos, apenas o sopesamento ou a regra da proporcionalidade podem estabelecer o que realmente vale, com a definição do conteúdo do direito em si “a partir de fora”³³.

4 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSENSO OU CONTROVÉRSIA?

Uma vez que o tema dos direitos fundamentais assume cada vez mais relevância, muito se debate e se teoriza sobre eles. Muitos defendem que, a partir do momento em que são definidos, pode ocorrer o que foi qualificado como colisão entre direitos fundamentais – casos em que princípios se situam em mesma direção, embora com sentidos opostos.

Recorre-se novamente às lições de Canotilho, o qual caracteriza a colisão de direitos fundamentais nestes termos:

*De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui, não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos*³⁴.

³¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. In: *Coleção Teoria & Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 130.

³² SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. In: *Coleção Teoria & Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 138-139.

³³ *Ibidem*, p. 139-140.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1191.

Canotilho acrescenta haver distinção entre concorrência e colisão e direitos fundamentais. Para o constitucionalista, a primeira categoria existe quando certo comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. No entender dele,

considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui, não há cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um 'choque', um autêntico conflito de direitos³⁵.

Já Alexy, influenciado por Dworkin, elaborou uma tese no que concerne ao conflito existente entre regras de direito: o choque entre princípios, assumidos como direitos fundamentais, deve ser resolvido por critérios de valoração, ao passo que o conflito de regras deve ser solucionado mediante a declaração de invalidade de uma das regras conflitantes ou a aplicação da cláusula de exceção. Ele prossegue afirmando que, na ocorrência de colisão entre princípios, o reconhecimento da preponderância de um sobre outro não resulta na declaração de invalidade do que possui menor “peso”. Não se pode pensar em aplicar a cláusula de exceção pertinente às regras³⁶.

Dessa maneira, fica determinado o critério de ponderação ou precedência: pela ponderação, há interesses resguardados por princípios colidentes. Esse critério busca avaliar qual dos interesses, “abstratamente do mesmo nível”, possui “maior peso diante das circunstâncias do caso concreto”. Quando há dois princípios equivalentes abstratamente, prevalecerá, no caso concreto, o que tiver maior peso diante das circunstâncias. A tensão entre ambos os princípios não pode ser resolvida com a atribuição de prioridade absoluta de um sobre o outro³⁷.

Farias expõe outra perspectiva acerca do assunto. Ele explica que existem duas situações em que se pode destacar a colisão de direitos fundamentais:

(1) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais);

(2) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais)³⁸.

Steinmetz, a princípio, afirma que os direitos fundamentais vivem em permanente tensão, limitando-se reciprocamente – ora um prevalecerá em detrimento do outro, ora o

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. ano 125, 1992 a 1993, n. 3814 e 3825, p. 293.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 295.

³⁷ Idem.

³⁸ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 90.

contrário. Sob outra ótica, subdivide as circunstâncias dos direitos fundamentais em casos fáceis ou duvidosos ou difíceis. Segundo esse autor, os choques entre direitos fundamentais exemplificam os casos difíceis e duvidosos. Assim se classificam, porquanto o que colide:

[...] são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, e exige, sobretudo, a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação jus fundamental³⁹.

Virgílio Afonso da Silva se vale das teorias de Inocêncio Mártires Coelho, o qual se apoiou nas ideias de Bergmann Ávila, para sugerir que a colisão entre princípios, ou seja, entre direitos fundamentais, não possui embasamento e, portanto, só pode ser aparente. Consoante Silva,

O fundamento da afirmação é simples: os princípios não possuem uma hipótese e uma consequência abstratamente determinada; se não há consequência determinada, não há como haver colisão. Mas esse pressuposto é falso, pois os princípios têm, sim, consequências abstratamente determinadas. A liberdade de expressão, por exemplo, é um princípio que deve ser realizado na maior medida possível, segundo as condições fáticas e jurídicas presentes. Ou seja, a liberdade de poder se exprimir deve ser otimizada. Diante disso, é fácil perceber que essa otimização pode colidir com a otimização do direito à privacidade, que também é um princípio. Há, portanto, poucos indícios de que a colisão aqui seja apenas aparente⁴⁰.

Na visão de Bergmann Ávila, o conflito é aparente, pois a questão encontrada na aplicação dos princípios se encontra mais em reconhecer qual dos princípios será aplicável e qual a relação que mantém entre si. Nesse contexto, todas as colisões são aparentes, exceto as irresolúveis, problema que deve ser discutido com base na distinção entre direito *prima facie* e direito definitivo⁴¹.

Ávila prossegue, em aparente contradição, ressaltando haver quatro categorias de possibilidade de colisões entre princípios:

³⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001, p. 69.

⁴⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?. *Revista de Direito Administrativo*. n. 221, 2000, p. 47-70. *Apud* SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. v.1, 2003, p. 607-630.

⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. n. 215, 1999, p. 151-179. *Apud* SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. v.1, 2003, p. 607-630.

(1) a realização do fim instituído por um princípio leva à realização do fim determinado pelo outro: nesse caso, não haveria que se falar em máxima medida, mas somente em realização na medida necessária.

(2) a realização do fim instituído por um exclui a realização do fim determinado pelo outro: nesse caso, o problema só poderia ser solucionado com a rejeição de um dos princípios. Esse tipo de colisão seria, segundo ele, semelhante aos casos de conflito entre regras. Isso o leva a afirmar que “a diferença não está no fato de que as regras devem ser aplicadas ‘no todo’ e os princípios só na ‘máxima medida’. Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente.”

(3) a realização do fim instituído por um só leva à realização de parte do fim determinado pelo outro.

(4) a realização do fim instituído por um não interfere na realização do fim buscado pelo outro⁴².

Virgílio da Silva discorda desse posicionamento de Ávila. Para aquele, apenas na segunda hipótese está configurada colisão de princípios. Nas outras três, não existe colisão e, como não o há, nada impede que eles sejam realizados na máxima medida. Na primeira, não cabe afirmar que o fato de que a realização de um princípio leve à realização de outro implicaria, como afirma Ávila, que o primeiro deva ser realizado apenas na medida necessária à realização do fim instituído pelo segundo. Tal afirmação pressupõe não apenas que o primeiro princípio exista exclusivamente em função do segundo, mas também que o primeiro seja só instrumento para a realização do segundo⁴³.

Ainda consoante a Silva, quando Ávila classifica como colisão total entre princípios, a hipotética não-realização de um princípio em nada se aproxima da solução dada ao conflito entre regras, pois o princípio afastado não é declarado inválido; por isso, não deixa de pertencer ao ordenamento jurídico. O que ocorre é a simples impossibilidade de aplicação de um dos princípios para a solução de problemas concretos, o que não significa que, em outros casos, o mesmo princípio afastado não possa ser aplicado e, mais importante, não possa inclusive prevalecer sobre aquele princípio que, no primeiro caso, prevaleceu sobre ele⁴⁴.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são essenciais para se realizarem plenamente as atividades e as potencialidades do ser humano. Consoante Dalmo de Abreu Dallari, “esses direitos são

⁴² ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. n. 215, 1999, p. 151-179. *Apud* SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. v.1, 2003, p. 607-630.

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. v.1, 2003, p. 607-630.

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. v.1, 2003, p. 607-630.

considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e participar plenamente da vida”. Assim, é necessário que todos os indivíduos contem com as condições para seu desenvolvimento.

Nesse contexto, a colisão entre direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito de certo titular impede ou prejudica o exercício de outro direito de outro titular. Os conflitos sucedem, pois as normas de direito fundamental não se esgotam na teoria; assim, quando se concretizam na vida social, colidem.

O tema é de complexa resolução – primeiramente, porque não existe acordo quanto a se existem ou não conflitos entre direitos fundamentais; em seguida, porque estes estão expressos por normas constitucionais e possuem mesma hierarquia e força vinculativa.

No caso, torna-se fundamental delinear-se certa uniformidade das decisões envolvendo conflitos entre direitos fundamentais, em prol da unidade e da coerência do sistema; da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Ed. Almedina, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BRITO, Bernardo de Azevedo. *Os direitos humanos e a identidade cultural dos povos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/textos_dh_identidade.html>. Acesso em: 21 dez. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. ano 125, 1992 a 1993, n. 3814 e 3825.

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

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

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LUÑO, Antonio Henrique Perez. *Los derechos fundamentales*. Madri: Tecnos, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II: Introdução à teoria da constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia. In: *Coleção Teoria & Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. v.1, 2003, p. 607-630.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2001.