

O princípio da proporcionalidade na solução de colisões de direitos fundamentais

Daniela Resende Archanjo*

Resumo

Os direitos fundamentais, como os demais direitos que constituem o ordenamento jurídico brasileiro, refletem a multiplicidade de ideias, aspirações e interesses intrínseca à elaboração do texto constitucional. Dessa característica, própria dos regimes democráticos, decorre a frequente colisão entre direitos fundamentais. Com o intuito de discutir os limites e as potencialidades do uso do princípio da proporcionalidade como mecanismo para a solução de colisões de direitos fundamentais, o presente artigo trata da distinção entre regras e princípios, caracterizando cada um a partir dos elementos trazidos pela doutrina de Canotilho (2002), abordando, ainda, questões envolvendo a existência de princípios escritos e de princípios não escritos. Em seguida, pautando-se na teoria dos quatro *status* de Jellinek,

o artigo discorre sobre o surgimento, as características e a classificação dos direitos fundamentais para, adiante, conceituar colisão entre direitos, discorrer sobre as formas de colisão (entre direitos fundamentais e entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais) e sobre as formas de solucionar a colisão entre direitos fundamentais. Por fim, o artigo aborda sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade. A fim de compreender a dimensão e a importância do princípio da proporcionalidade, o texto trata de cada um dos elementos integrantes do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Colisão de direitos. Princípio da proporcionalidade.

* Doutora em História (Universidade Federal do Paraná); Graduada em Direito (Faculdade de Direito de Curitiba); professora de cursos de pós-graduação do IBPEX; danielaarchanjo@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro é composto por normas de duas espécies: regras e princípios. O ordenamento jurídico não se limita a um conjunto de regras desvincilhadas do contexto político e social, no qual estão inseridas, mas, ao contrário, é composto por princípios, tanto princípios positivados (escritos) quanto aqueles que, “[...] embora não enunciados em nenhum texto de direito positivo, desempenham papel de importância definitiva no processo de aplicação do direito.” (GRAU, 1997, p. 73).

Para alguns autores, as normas de direitos fundamentais são sempre escritas, ou seja, regras, pois, quando não estão positivadas, caracterizam-se como direitos do homem/direitos humanos. Segundo Canotilho (2002, p. 375), sem a positivação “[...] os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.”

Os direitos fundamentais tanto podem estar inscritos no texto constitucional (direito fundamental formalmente constitucional) quanto podem não estar (direito fundamental materialmente constitucional), importando, para a sua caracterização, a relevância de seu conteúdo como primordial para o indivíduo.

A Constituição Federal brasileira é o resultado do trabalho conjunto de diferentes atores sociais, ou seja, a Constituição é o resultado de discussões envolvendo uma pluralidade de ideias, conceitos, aspirações e interesses, muitas vezes, com diferenças marcantes ou mesmo antagônicas ou contraditórias. O regime democrático por si pressupõe esse pluralismo de ideias, consubstanciado em um texto constitucional. Essa diversidade de ideias, oriunda de múltiplas teorias e concepções de Estado e de sociedade e do papel de cada um, leva, inevitavelmente, ao surgimento de conflitos, de colisões de direitos.

Os direitos fundamentais, como os demais direitos formadores do ordenamento jurídico, são fruto

dessa multiplicidade, sendo comuns colisões envolvendo-os e, conseqüentemente, sendo necessários mecanismos, como o princípio da proporcionalidade, que possibilitem a solução desses conflitos.

2 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Canotilho (2002) rejeita a teoria da metodologia jurídica tradicional que estabelece distinção apenas entre regras e normas, sugerindo a substituição por uma teoria que distingue regras e princípios, entendendo que ambos (regras e princípios) são espécies de normas.

Stumm (1995, p. 44) entende que, quando Canotilho (2002) distingue regras e princípios, “[...] num primeiro momento, diferencia-os quanto ao conteúdo [...]” e, em seguida, estabelece diferenças quanto à qualidade. Para a autora, a distinção quanto ao conteúdo apresenta-se nas cinco características que serão desenvolvidas adiante, quais sejam: grau de abstração; grau de determinabilidade; caráter de fundamentalidade no sistema; proximidade da ideia de direito; natureza normogênica. De acordo com Stumm (1995), as diferenças qualitativas estão relacionadas às características funcionais dos princípios.

O jurista português Canotilho (2002, p. 1.144-1.145) identifica, como características que fundamentam a distinção entre as duas espécies de normas, as seguintes:

- a) a diferença no grau de abstração de cada um – as normas que apresentam um grau de abstração elevado, ou seja, as de mais difícil concretização, são princípios; enquanto as normas com um grau de abstração mais reduzido, com maior grau de concretização, são regras;
- b) a diferença no grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto – os princípios, justamente por apresentarem grau de abstração elevado, necessitam de intervenções dos operadores do direito para que

possam ser aplicados em um caso concreto. É necessário que o legislador ou o juiz intervenha no sentido de concretizar um princípio, tornar um princípio concreto. Diferentemente, as regras permitem a aplicação direta;

- c) o caráter de fundamentalidade dos princípios no sistema das fontes de direito – os princípios são normas de grande relevância ao ordenamento jurídico, seja porque ocupam posição hierárquica superior no sistema das fontes de direito (exemplo, princípios constitucionais), seja porque possuem importância estruturante no sistema jurídico (exemplo, princípio do Estado de Direito);
- d) a questão da proximidade que os princípios têm da ideia de direito – os princípios são as máximas do sistema jurídico, orientadas pelo ideal de justiça ou pela ideia de direito (Larenz); os princípios vinculam o ordenamento jurídico, ou seja, subordinam as decisões jurídicas;
- e) a natureza normogenética dos princípios – os princípios são a razão que fundamenta as regras.

Alexy (1993, p. 103) concorda com esse critério de diferenciação apresentado por Canotilho, afirmando que:

[...] siempre un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser. Los principios mismos no son nunca razones definitivas.

Enquanto as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (proíbem ou permitem algo em termos definitivos), os princípios impõem uma otimização (aproveitamento máximo de sua capacidade), com graus de concretização variáveis de acordo com a situação fática e jurídica;

“[...] os princípios dão espaço [...] a um ‘balanceamento de valores e interesses’, considerando ‘o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes’ [...]” (STUMM, 1995, p. 44), enquanto as regras seguem a lógica do “tudo ou nada”.

O conteúdo valorativo dos princípios é mais facilmente conhecido do que o das regras; “[...] o seu conteúdo é importante ao ordenamento jurídico; expressam um modelo de fundamentação que parte do geral para o particular e não necessitam ser estabelecidos expressamente, eis que são concepções difundidas de como deve ser o direito.” (ALMEIDA, 1998, p. 377).

O ordenamento jurídico não se limita a um conjunto de regras desvinculadas do contexto político e social no qual estão inseridas; ao contrário, o ordenamento jurídico é composto por princípios, tanto princípios positivados (escritos) quanto aqueles que, “[...] embora não enunciados em nenhum texto de direito positivo, desempenham papel de importância definitiva no processo de aplicação do direito.” (GRAU, 1997, p. 73).

O princípio não permite uma subsunção, pois ainda não constitui uma disposição jurídica. Para que possam ser aplicados, os princípios gerais ganham uma concretização maior mediante outros princípios, também chamados de subprincípios. Nesse sentido, por exemplo, o princípio geral do Estado de Direito é densificado por diversos subprincípios, como o princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade da administração, o princípio da independência dos Poderes, etc. Esses subprincípios tanto podem vir previstos pelo legislador quanto podem surgir do trabalho de interpretação.

Quando tomam forma de uma disposição jurídica, além de continuarem sendo a razão, o fundamento da regra, os princípios ganham a forma (e as qualidades) de regra (STUMM, 1995, p. 38). Assim, os princípios podem ser formais ou apenas materiais, conforme tenham a forma ou apenas o conteúdo de regras. Tanto os princípios apenas materiais quanto os princípios formais não são aplicáveis de imediato.

2.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E PRINCÍPIOS QUE CONSTITUEM REGRAS JURÍDICAS

Jeammaud (apud GRAU, 1997, p. 77) distingue princípios gerais do direito de princípios jurídicos que constituem regras jurídicas. Para o jurista francês:

[...] os *princípios jurídicos que constituem regras jurídicas* não podem ser valorados como verdadeiros ou falsos, mas tão somente como vigentes e/ou eficazes ou como não vigentes e/ou não eficazes. Pertencem à linguagem do direito. Já os *princípios gerais do direito* pertencem à linguagem dos juristas. São proposições descritivas (e não normativas), através das quais os juristas referem, de maneira sintética, o conteúdo e as grandes tendências do direito positivo.

Segundo o autor, os princípios gerais do direito são, muito frequentemente, descobertos no ordenamento jurídico. Tal normatização ocorre quando a jurisprudência fundamenta sua decisão em algum princípio geral do direito. “O princípio descritivo é assim transformado em princípio ‘positivado’ de inspiração doutrinal. Princípio geral do direito é, assim, princípio ainda não ‘positivado’, mas que pode ser formulado ou (re)formulado pela jurisprudência.” (GRAU, 1997, p. 77).

Vale anotar a ressalva apontada por Grau (1997) de que não se pode confundir princípios jurídicos com regras de direito, posto que aqueles são princípios e estas são regras.

O conteúdo dos princípios gerais tem por função nortear o sistema jurídico, especialmente o texto da Constituição; estão presentes nas decisões judiciais, justificando a aplicação do direito dessa ou daquela forma diante do caso concreto.

Para Stumm (1995, p. 39):

[...] no momento da concretização de uma determinada norma jurídica deverá ser percorrido o caminho inverso do

realizado pelo legislador. Este partiu de uma ideia abstrata de Direito para criá-la. Ele provavelmente tinha em mente a regulação de um número determinado de questões. No entanto, a sua regulação sempre é e deverá ser hipotética.

Ao contrário do legislador, que trabalha com hipóteses, o juiz tem por objeto de trabalho um problema concreto, uma questão de fato que exige uma solução. O juiz, para buscar as soluções para os problemas que lhe são postos e proferir a sua decisão, deve orientar-se pelos princípios de Direito.

Quando o princípio utilizado para fundamentar a decisão do juiz está escrito no texto da Constituição ou em lei infraconstitucional, ou seja, está positivado, fica evidente que tal princípio é legitimamente aceito pelo sistema jurídico. Porém, quando o princípio fundamentador da decisão não está expresso em nenhum texto legal, cabe ao juiz utilizar-se do chamado raciocínio indutivo, devendo retornar desde o problema à norma abstrata ou, então, aos sentidos do sistema para nele encontrar a razão da regulação daquela forma e não de outra.

Stumm (1995, p. 39) assim resume:

Um princípio geral do direito, portanto, princípio não escrito, realiza a sua validade no sistema através de uma decisão que o localiza, num grau mais elevado de concreção, em uma norma positivada. A diferença entre princípio geral e princípio positivado é o diferente grau de concretização que possuem. Tanto implícito como expresso, todo princípio necessita, sem exceção, ser concretizado para ter validade em determinada ordem jurídica.

Para Grau (1997), os princípios “[...] descobertos no ordenamento positivo configuram norma jurídica, ainda quando enunciados em forma descritiva [...]”, ou seja, quando descobertos no ordenamento jurídico, os princípios não são apenas uma ideia de Direito, mas sim uma realidade concreta, uma norma jurídica.

Para Stumm (1995, p. 40), a afirmação de Grau (1997) está em harmonia com o artigo 4º da Lei de

Introdução ao Código Civil Brasileiro que, “[...] ao determinar que o juiz decida de acordo com os princípios gerais do direito, por um critério de exclusão, está aceitando-os como normas integrantes do ordenamento.”

Os princípios não escritos devem ter a sua validade aceita pelo sistema. Daí a constatação de Cardozo de constituírem os princípios jurídicos gerais “normas decisórias diretamente aplicáveis”, mas que apenas adquirem esse caráter “quando se concretizam”, sendo “missão da ciência e da Jurisprudência concretar esses princípios jurídicos convertendo-os em normas decisórias, estejam elas expressas ou não na Constituição ou na lei” (CAPPELLETTI, 1974, p. 402). A averiguação da validade ou não dos princípios gerais com relação ao sistema depende, em última análise, da legitimidade, da conformidade dos mesmos em relação aos critérios “colocados pelas regras superiores de transformação ou de reconhecimento” (GERARD, 1986, p. 32). Significa dizer que determinado Direito, ou seja, determinada ordem jurídica, possui princípios jurídicos próprios, via de regra, expressos no texto constitucional, pois somente as normas jurídicas de fundo (ou substanciais) possuem natureza principal. (STUMM, 1995, p. 40).

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

É pacífico o entendimento no sentido de que qualquer tentativa de conceituação de direitos fundamentais

[...] que almeje abranger de forma definitiva, completa e abstrata o conteúdo material dos direitos fundamentais está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada. (SARLET, 1998, p. 80).

Tendo isso em vista, baseando-se em Alexy, Sarlet (1998, p. 80) propõe a seguinte definição:

Direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

3.1 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Por que os direitos fundamentais são ditos fundamentais? A fundamentalidade advém da inscrição no texto da Constituição Federal ou da relevância do conteúdo?

A questão envolvendo a origem da fundamentalidade dos direitos fundamentais é objeto de estudo de diversos trabalhos científicos, não sendo, ainda, tema pacífico.

Recepcionando a lição do jusfilósofo alemão Alexy, Canotilho (2002, p. 401) estabelece a seguinte distinção entre direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos fundamentais materialmente constitucionais.

Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, *direitos fundamentais formalmente constitucionais*, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite, porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que os reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados *direitos materialmente fundamentais* [...]. Problema é o de se saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para

serem considerados *fundamentais*. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extra-constitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais.

Segundo Sarlet (1998, p. 78), podem-se nomear três características, devidamente adaptadas ao direito constitucional brasileiro, que caracterizam a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais:

a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, parágrafo 1º da CF).

O mesmo autor, em comentário sobre a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, afirma:

A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. (SARLET, 1998, p. 79).

Canotilho (2002, p. 404) complementa sua orientação quando estabelece a

[...] distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e material e direitos fundamentais em sentido meramente formal. [...] No âmbito dos direitos fundamentais, a distinção reconduz-se ao seguinte: há direitos fundamentais consagrados na constituição que só pelo fato de beneficiarem da positivação constitucional merecem a classifica-

ção de constitucionais (e fundamentais), mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental; outros, pelo contrário, além de revestirem a forma constitucional, devem considerar-se materiais quanto à sua natureza intrínseca (direitos formal e materialmente constitucionais). A base da distinção deve procurar-se, segundo uma persistente tradição doutrinal, na “subjetividade pessoal”, no “radical subjetivo”, caracterizador dos *direitos fundamentais materiais*. Direitos fundamentais materiais seriam, nesta perspectiva, os direitos que conferem subjetivamente um espaço de liberdade de decisão e de autorrealização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjetividade pessoal. No plano jurídico-constitucional, trata-se de uma distinção dificilmente compatível com o regime geral dos direitos fundamentais positivamente consagrados.

Assim, conforme o exposto, fica evidente que a aceitação, como direitos fundamentais, apenas daqueles direitos reconhecidos na Constituição como tais, é insuficiente para o sistema jurídico brasileiro. É preciso que a fundamentalidade dos direitos fundamentais esteja em seu conteúdo, e não apenas em sua forma constitucional, posto que podem existir direitos fundamentais não escritos no texto da Constituição Federal.

Vale, nesse ponto, ressaltar que a afirmação de que existem direitos fundamentais localizados fora do catálogo da Constituição, ou seja, direitos fundamentais não escritos no texto constitucional, é defendida por diversos autores; entretanto, quando são buscados exemplos que comprovem o afirmado, estes não são encontrados no sistema jurídico pátrio.

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS *VERSUS* DIREITOS DO HOMEM

Diversos autores, nacionais e estrangeiros, ocupam-se com a classificação das diferentes ter-

minologias utilizadas na tratativa de temas relacionados aos direitos fundamentais. Entre as diversas designações, ressalta-se a distinção entre as expressões direitos do homem e direitos fundamentais, as quais, frequentemente, são utilizadas como sinônimas.

Para Canotilho (2002, p. 391), a distinção pode ser estabelecida a partir da origem e significado de cada uma das expressões, sendo direitos do homem os “[...] direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista) [...]” e direitos fundamentais:

[...] os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (CANOTILHO, 2002, p. 391).

Utilizando-se das palavras de Cruz Villalon, Canotilho (2002, p. 375) afirma que:

[...] onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios. Assim, podemos entender que os “direitos fundamentais” são “direitos humanos” positivados. Direitos fundamentais são “aqueles que num determinado ordenamento jurídico são formulados como tais pelo legislador; inserem-se no texto normativo básico ou constam de suas respectivas declarações de direitos.” (BONAVIDES, 1995, p. 349). Sob esta perspectiva, quando não positivados jurídico-constitucionalmente, “os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas

não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.”

3.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Uma classificação bastante difundida é a teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek, teoria exposta pelo jurista alemão em sua obra traduzida para o italiano sob o título *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. De acordo com a teoria, os direitos fundamentais asseguram aos indivíduos diversas posições jurídicas em relação ao Estado. Miranda (1988, p. 85) afirma que a classificação proposta por Jellinek “[...] corresponde, de certa maneira, ao processo histórico de emancipação da pessoa humana.” Nesse sentido, resume o jurista português:

Primeiro, os homens conquistam a liberdade e passam da condição de mero objeto do poder político à condição de sujeitos de direitos frente a esse poder. A seguir, adquirem uma posição positiva perante o Estado, de que recebem bens e serviços. Numa fase ulterior obtêm participação ativa dentro do Estado e tornam-se sujeitos do próprio poder político. (MIRANDA, 1988, p. 85).

Pela teoria de Jellinek, denomina-se *status* passivo (ou *der passive Status* ou *status subiectionis*) a relação na qual o indivíduo se encontra em posição de sujeição, de subordinação, ao poder do Estado. Essa seria a primeira relação estabelecida entre o indivíduo e o Estado, correspondendo à esfera dos deveres individuais.

A afirmação constante do valor da pessoa humana corresponderia à redução do poder estatal, conduzindo o indivíduo ao segundo *status*, o *status* negativo (*der negative Status*) ou *status libertatis*.

A terceira relação “[...] dota o indivíduo de capacidades jurídicas para exigir do Estado presta-

ções positivas, ou seja, para reclamar para si algo a que o Estado está obrigado.” (BARROS, 2003, p. 136). Esse *status* positivo (*der positive Status*) ou *status civitatis* complementaria o *status* negativo.

Por fim, a teoria de Jellinek reconhece um *status activus* ao cidadão. O indivíduo “[...] passa a ser considerado titular de competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, como, por exemplo, pelo direito de voto.” (SARLET, 1998, p. 155).

A partir da teoria dos quatro *status* de Jellinek, pode-se chegar à classificação dos direitos fundamentais em: direitos de defesa (*status* negativo), direitos a prestações (*status* positivo) e direitos de participação (*status* ativo).

No presente trabalho, adota-se a classificação dos direitos fundamentais estabelecida por Farias (2000), em *Colisão de Direitos*, que se baseia na teoria de Jellinek e nos novos desenvolvimentos propostos por Alexy, distinguindo:

- a) direitos fundamentais de defesa;
- b) direitos fundamentais à prestação;
 - direitos fundamentais a prestações jurídicas,
 - direitos fundamentais a prestações materiais,
- c) direitos fundamentais de participação.

3.3.1 Direitos fundamentais de defesa

Os direitos fundamentais surgiram como mecanismo de contenção aos poderes dos soberanos. Desse modo, os direitos fundamentais, como direitos de defesa, têm por finalidade limitar o poder do Estado,

[...] assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. (SARLET, 1998, p. 167).

Para Canotilho (2002, p. 405):

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Tais direitos estão traduzidos no texto da Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, incisos IV a IX, sob a epígrafe *Dos direitos e deveres individuais e coletivos*, correspondendo ao

(a) direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (liberdade positiva); (b) direito de a liberdade de expressão e informação ser feita sem impedimentos ou discriminações por parte dos poderes públicos (liberdade negativa). Além disso, impõe-se objetivamente aos poderes públicos a proibição de qualquer tipo ou forma de censura. (CANOTILHO, 2002, p. 406).

3.3.2 Direitos fundamentais à prestação

Com a superação do Estado liberal de Direito pelo Estado Social de Direito, *État Providence* ou *Welfare State*, entram em cena os direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos à prestação implicam a ação do Estado. Assim, ao invés de reconduzir a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos – uma prestação de omissão –, como os direitos de defesa, os direitos de prestação proíbem a omissão impondo o fornecimento de prestações.

Esses direitos fundamentais de prestação, designados apenas por direitos sociais, constam dos artigos 6º a 11 e título VIII da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Seguindo a classificação proposta por Farias (2000), os direitos fundamentais de prestação *lato sensu* podem ser subdivididos em dois grupos:

- a) direitos a prestações jurídicas (normativas);
- b) direitos a prestações materiais (fáticas).

Os direitos fundamentais a prestações jurídicas correspondem ao direito que os cidadãos têm de receber, por parte do Estado, prestações jurídicas. Essas prestações jurídicas estatais correspondem à elaboração de normas, prática de atos jurídicos, garantias institucionais, etc.

Os direitos fundamentais a prestações materiais correspondem ao direito que os cidadãos têm de receber, por parte do Estado, prestações materiais. São chamados, também, de “[...] direitos a prestações em sentido estrito [...]” (ALEXY, 1993), “[...] direitos originários a prestações [...]” (CANOTILHO, 2002) ou “[...] direitos sociais por excelência [...]” (ANDRADE, 2001). Essas prestações materiais correspondem ao direito à habitação, à educação, ao trabalho, aos cuidados médicos, à intervenção policial, etc.

3.3.3 Direitos fundamentais de participação

Os direitos de participação, que correspondem ao *status* ativo da teoria de Jellinek, apresentam-se como um misto de características de direitos de defesa e de direitos de prestação. Bobbio (1999 apud FARIAS, 2000, p. 115) afirma que os direitos fundamentais de participação “[...] estão ligados à formação política do Estado democrático representativo e implicam uma liberdade ativa, uma participação dos cidadãos na determinação dos objetivos do Estado [...]”, participação dos cidadãos na formação da vontade estatal.

Os direitos de participação correspondem aos direitos políticos, consistindo, “[...] essencialmente,

na liberdade de associação nos partidos políticos e direitos eleitorais.” (FARIAS, 2000, p. 116).

Esses direitos estão nos artigos 14 a 17 da Constituição Federal Brasileira, sob as epígrafes *dos direitos políticos e dos partidos políticos*.

3.4 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na linguagem usual, colidir significa bater de frente, ir de encontro, chocar-se. No mundo do direito, entende-se colisão como sinônimo de conflito de direitos, ou seja, direitos opostos que oferecem resistência entre si.

A Constituição Federal brasileira é o resultado do trabalho conjunto de atores sociais que transportam uma multiplicidade de ideias, muitas vezes, antagônicas ou contraditórias. O regime democrático por si pressupõe esse pluralismo de interesses, consubstanciado em um texto constitucional. Essa diversidade, oriunda de múltiplas teorias e concepções de Estado e de sociedade, e do papel de cada um, leva, inevitavelmente, ao surgimento de conflitos, de colisões de direitos.

Os direitos fundamentais, como os demais direitos formadores do ordenamento jurídico, são fruto dessa multiplicidade, sendo direitos heterogêneos.

Por outro lado, o conteúdo dos direitos fundamentais é, muitas vezes, aberto e variável, apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou na relação destes com outros valores constitucionais. (FARIAS, 2000, p. 116).

Disso resulta que, na prática, são comuns as colisões envolvendo os direitos fundamentais.

A colisão dos direitos fundamentais pode suceder de duas maneiras: (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). (FARIAS, 2000, p. 116).

3.4.1 Colisão entre direitos fundamentais

Tem-se colisão entre os próprios direitos fundamentais, “[...] quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.” (CANOTILHO, 2002, p. 657). Haverá colisão entre direitos fundamentais *stricto sensu* sempre que direitos fundamentais com titulares distintos se confrontarem entre si. “Assim, por exemplo, a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação (CF, art. 5º, IX) pode entrar em colisão com a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas (CF, art. 5º, X).” (FARIAS, 2002, p. 117).

3.4.2 Colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais

Há colisão entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos quando interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) se contrapuserem a interesses da comunidade, recepcionados, também, pela constituição.

Canotilho (2002, p. 658) atenta para o fato de que “[...] os bens jurídicos de valor comunitário não são todos e quaisquer bens que o legislador declara como bens da comunidade, mas apenas aqueles a que foi constitucionalmente conferido o caráter de ‘bens da comunidade’.”

Exemplos: O bem comunitário *saúde pública* (CF, art. 6º) pode colidir com o direito de livre locomoção (CF, art. 5º, XV); o bem jurídico *patrimônio cultural* (CF, art. 216, parágrafo 1º) pode colidir com o direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII); o bem jurídico *defesa da pátria* (CF, art. 142) pode colidir com o direito à inviolabilidade da liberdade de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximir de atividade de caráter essencialmente militar (CF, art. 5º, VI, e art. 143, parágrafo 1º). (FARIAS, 2000, p. 118).

3.4.3 Formas de solucionar a colisão de direitos fundamentais

A Constituição Federal prevê várias situações que constituem restrições ao exercício dos direitos fundamentais.

Por exemplo, nos termos do art. 5º, XVI, “todos podem reunir-se *pacíficamente e sem armas*, em locais abertos ao público [...]”, o direito de reunião não é absolutamente livre: só existe se os participantes, desarmados, pretenderem discussões pacíficas. Neste exemplo, a restrição é expressa e diretamente prevista pela Constituição. Em outras circunstâncias, o Texto Constitucional não prevê diretamente uma restrição, mas sim a possibilidade de restrição, como no caso do inciso XIII do mesmo art. 5º, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a *lei estabelecer*”. O direito ao exercício profissional pode, então, sofrer limitação, pela imposição legiferante de certos requisitos relativos a uma determinada qualificação profissional, uma vez que o dispositivo constitucional em exame é uma autêntica autorização para que o legislador possa fixá-los. (BARROS, 2003, p. 161).

Assim, quando em uma colisão entre direitos fundamentais algum dos direitos colidentes estiver sujeito à reserva de lei, ou seja, quando houver previsão na Constituição para que aquele direito sofra limitações em determinados casos, o legislador deverá restringi-lo. Entretanto, quando a colisão se apresenta entre direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, a solução deve ser dada pelo Poder Judiciário, ou seja, fica a cargo de juízes ou tribunais.

Conforme foi visto no início deste artigo, as normas jurídicas se apresentam sob duas espécies: regras e princípios. Assim, também, ao se tratar de colisão de direitos, considera-se que existem dois tipos de contradição: o conflito de regras e o conflito de princípios.

3.4.3.1 Colisão de princípios

Segundo Canotilho (2002, p. 1.145), “[...] os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes.” Daí que, em caso de colisão entre princípios, a solução é levar-se em conta o peso ou importância relativa de cada um, “[...] a fim de se escolher qual deles no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro.” (FARIAS, 2000, p. 120).

3.4.3.2 Colisão de regras

Ao contrário dos princípios, a convivência de regras é antinômica, ou seja, “[...] se uma regra tem validade deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos [...]” (CANOTILHO, 2002, p. 1.145), sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Desse modo, quando houver colisão entre duas ou mais regras jurídicas, “[...] apenas uma delas pode ser declarada válida e pertencente ao ordenamento jurídico, pois o sistema jurídico não tolera a existência de regras jurídicas em oposição entre si.” (FARIAS, 2000, p. 119).

Bobbio (1999) escreve que, para a solução do conflito entre regras, são utilizados três critérios: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade. O autor acrescenta que esses critérios não são úteis quando se trata de colisão de direitos fundamentais, revelando as características de cada um dos critérios e a incapacidade destes na solução de conflitos de direitos fundamentais.

O critério cronológico (denominado outrossim de *lex posterior*) é utilizado para solucionar o conflito de regras na hipótese de uma suceder a outra no tempo e verificar-se oposição entre ambas, situação em que prevalece a norma posterior – *lex posterior derogat priori*. Acontece que os direitos fundamentais vêm expressos em nor-

mas contemporâneas albergadas na constituição. O critério hierárquico (chamado outrossim de *lex superior*) é aquele pelo qual se resolve o choque entre duas regras jurídicas, sendo uma delas hierarquicamente superior à outra. Hipótese em que prevalece a norma de valor hierárquico superior – *lex superior derogat lex inferior*. Sucede que não há hierarquia entre os direitos fundamentais. Estes, quando se encontram em oposição entre si, não se resolve a colisão suprimindo um em favor do outro. Ambos os direitos protegem a dignidade da pessoa humana e merecem ser preservados o máximo possível na solução da colisão. O critério da especialidade (também designado por *lex specialis*) é invocado para dirimir o conflito de regras jurídicas incompatíveis, sendo uma geral e outra especial – *lex specialis derogat generali*. Todavia, na colisão de normas consagradoras de direitos fundamentais, ambas são gerais. (FARIAS, 2000, p. 119-120).

3.4.3.3 Colisão de direitos fundamentais

Mesmo quando estão expressos sob a forma de regras, os direitos fundamentais “[...] reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger.” (ALMEIDA, 1998, p. 392). Por serem outorgados por normas jurídicas que possuem as características de princípios, a colisão de direitos fundamentais deve ser solucionada, de forma geral, como se estivesse tratando de colisão de princípios.

A partir disso, a doutrina estabelece passos para solucionar a colisão de direitos fundamentais, os quais consistem em verificar se a norma constitucional realmente protege o exercício do direito da forma como ele está sendo exercido. Se inexistir essa proteção, não haverá colisão de direitos fundamentais, mas apenas “[...] hipóteses que exigem a determinação dos limites imanentes dos direitos envolvidos.” (FARIAS, 2000, p. 121).

Para exemplificar, Andrade (2001, p. 311-312) levanta as seguintes questões:

Poderá ser, por exemplo, o caso da liberdade de expressão ou de imprensa, quando se oponha à intimidade da vida privada, ao direito ao bom nome e à reputação, ao segredo de justiça, à segurança nacional, ao respeito pelas instituições ou à moral pública. Em que condições é legítimo que um órgão de comunicação social divulgue fatos da vida íntima de uma figura pública ou opiniões críticas suscetíveis de lesar o bom nome de uma pessoa? Uma revista ou um filme considerados pornográficos deverão ser proibidos? Poderão os jornais divulgar dados que respeitem à segurança do Estado? Poderá advogar-se de forma pública o derrube do governo constituído? Poderá um jornalista entrevistar um preso? Ou um jornal divulgar fatos relativos à investigação de um crime?

A importância em verificar esse primeiro passo existe, pois, nos casos em que a forma e o tipo de exercício do direito invocado não estiver protegido constitucionalmente, já descarta-se a possibilidade de colisão de direitos fundamentais e, conseqüentemente, faz-se desnecessária a preservação do direito mediante processo de ponderação.

Verificada a real existência de colisão de direitos fundamentais, o intérprete-aplicador deve seguir para o segundo passo: ponderar os bens envolvidos na colisão. Para realizar a ponderação, o intérprete-aplicador pode utilizar o princípio da proporcionalidade. Conforme explica Barros (2003, p. 177):

Para prevenir os inúmeros conflitos resultantes de pretensões colidentes, a fim de garantir segurança jurídica nas relações sociais, justifica-se, frequentemente, a edição de leis que restrinjam o exercício dos direitos considerados, sem que, para tanto, exista uma específica autorização constitucional. Nestes casos, tem-se que a coexistência espaço-temporal de direitos pode ser validamente prevenida, desde que a tarefa de concordância prática respeite os limites dados principalmente pelo *princípio da proporcionalidade*.

O princípio da proporcionalidade é um dos mecanismos utilizados para a resolução de colisão de

direitos fundamentais, sendo essencial conhecer seu significado e objetivo para poder aplicá-lo de forma correta, visando à melhor solução para os conflitos. A expressão proporcionalidade traz a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. “Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito.” (ALMEIDA, 1998).

O princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da razoabilidade ou da proibição do excesso, “[...] funciona como parâmetro técnico: por meio dele verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes.” (BARROS, 2003, p. 30).

Stumm (1995, p. 78) assim sintetiza historicamente a origem e o uso do princípio da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade surgiu ligado à ideia de limitação do poder no século XVIII. É considerado uma medida com valor suprapositivo ao Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas. O critério da proporcionalidade compreende, nessa época, a área administrativa e a penal. Nesse sentido, é detentor de raízes iluministas, sendo mencionado por Montesquieu e por Beccaria, ambos tratavam sobre a proporcionalidade das penas em relação aos delitos (PENALVA, 1990, p. 277). No século XIX, a ideia da proporcionalidade íntegra, no direito administrativo, o princípio geral do direito de polícia, manifestando-se na necessidade de limitação legal da arbitrariedade do poder executivo (CANOTILHO, 1991, p. 386). No entanto, só adquire foro constitucional e reconhecimento como princípio em meados do século XX, na Alemanha. O fundamento constitucional do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (*Übermassverbot*) é derivado do Estado de Direito para alguns autores, enquanto para outros decorre dos conteúdos dos direitos fundamentais, ou, ainda, pode decorrer do princípio do devido processo legal.

O princípio da proporcionalidade tem o papel de uma garantia especial,

[...] traduzida na exigência de que toda intervenção estatal na esfera dos direitos fundamentais se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes. (ALMEIDA, 1998, p. 390).

Nesse sentido, “[...] o princípio da proporcionalidade condiciona o exercício da função legislativa, de modo a impedir abuso ou fraude à Constituição por meio de lei.” (BARROS, 2003, p. 76).

3.4.4 Elementos do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade significa, “[...] no âmbito das leis interventivas na esfera de liberdades dos cidadãos, que qualquer limitação a direitos feita pela lei deve ser apropriada, exigível e na justa medida.” (BARROS, 2003, p. 31).

Tomando como referência a concepção estrutural reconhecida pela generalidade da doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é composto por três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se

a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus. (BARROS, 2003, p. 214).

3.4.4.1 Adequação ou idoneidade de meios

Por adequação de meios, entende-se que a medida restritiva de direitos deve ser compatível com a finalidade da lei. O meio escolhido deve contribuir para a obtenção do resultado. Significa dizer que a medida restritiva deve ser apta no sentido de ser capaz de solucionar o conflito, mas, ao mesmo tempo, deve estar em conformidade com os fins que motivaram a sua adoção. Se a medida restritiva não for idônea para a consecução da finalidade perseguida, há de ser considerada inconstitucional.

Note-se que a possibilidade de controle judicial sobre uma relação de causalidade, entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina, por si só já abala a ideia do legislador onipotente, capaz de criar situações desarrazoadas, incoerentes ou até mesmo bizarras. O juiz, por ocasião do controle de uma medida legislativa com repercussão na esfera de liberdade do cidadão, em um primeiro passo procura deduzir a razão de tal intervenção. Desde que tal fim esteja contido entre aqueles que o legitimam, ou, em outras palavras, desde que esteja o legislador autorizado a proceder a restrição naquela situação, deve o magistrado examinar se a medida restritiva é apta a atingir o fim pretendido. (BARROS, 2003, p. 79).

3.4.4.2 Necessidade ou exigibilidade da restrição

A medida restritiva deve intervir em grau mínimo, ou seja, só deve intervir na medida da efetiva necessidade de intervenção. Deve-se invadir o menos possível a esfera de liberdade do indivíduo.

A medida deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo. O atendimento à relação custo-benefício de toda decisão político-jurídica a fim de preservar o máximo possível o direito que possui o cidadão. (STUMM, 1995, p. 79).

Stumm (1995, p. 80 apud CANOTILHO, 2002) chama a atenção para outros elementos que integram o princípio da necessidade:

a) a *necessidade material*, pois o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a *exigibilidade* temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.

Não basta, ao juiz, apenas apontar que o meio escolhido pelo legislador não é o menos lesivo. “O juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos consequências graves, entre os vários meios adequados ao fim colimado.” (BARROS, 2003, p. 82).

Acresce aduzir que o juízo acerca da exigibilidade de uma medida restritiva não se dará senão pela valoração complementar no caso concreto, que envolve uma avaliação sobre o grau de afetação do destinatário, em função do meio eleito. Haverá aqui, portanto, uma margem de livre apreciação do juiz que nem por isso retira o seu caráter objetivo, antes se explica em função da própria natureza da ciência do direito. O que se pretende apenas registrar é que o processo de avaliação da *necessidade* de uma medida legal restritiva de direito é controlável e pode ser, em inúmeras situações, respaldada por provas, já que, assim como em relação ao subprincípio da

adequação, está ligada à otimização de possibilidades fáticas. (BARROS, 2003, p. 83).

3.4.4.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O princípio da proporcionalidade estrita tem por fim verificar se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à sua carga coativa.

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a ideia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A ideia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada. (BARROS, 2003, p. 84-85).

Quanto maior for a restrição sofrida por um princípio, maior deverá ser a satisfação do outro.

Os princípios *prima facie* possuem sempre pesos relativos e pela necessidade de otimizar as possibilidades jurídicas, eles só podem ser restringidos à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para a aplicação do outro. (STUMM, 1995, p. 81).

Assim, pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, mesmo quando o juiz considera adequada uma determinada restrição e reconhece a inexistência de outro meio menos gravoso para alcançar o resultado pretendido, ele não está aceitando uma providência que seja muito onerosa para o atingido.

Há situações em que é plenamente possível identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa

concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro. (BARROS, 2003, p. 85).

Enquanto o princípio da necessidade se volta a otimizar as possibilidades fáticas, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito envolve a otimização de possibilidades jurídicas.

3.4.5 Crítica ao princípio da proporcionalidade

Embora muitos estudiosos defendam o caráter imprescindível do princípio da proporcionalidade como forma de controle da aplicação da lei, e também da sua própria criação, principalmente quando estão em pauta medidas que restringem direitos fundamentais, tal aceitação não é unânime na doutrina, havendo quem entenda inaplicável o princípio da proporcionalidade em sede constitucional.

Em linhas gerais, as críticas acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade em sede de direito constitucional residem na violação ao princípio da separação de Poderes e na possibilidade de uma nivelção dos direitos fundamentais, acarretando uma insegurança jurídica.

Sobre as críticas, Barros (2003, p. 219) ressalta que:

A primeira objeção é facilmente refutável, porque a verificação da existência de um fundamento racional em uma relação meio-fim tendente a restringir direitos não implica sindicância sobre o mérito do ato legislativo. A legislatura é a instância legítima para normar a vida em sociedade: os limites da sua atuação são dados pelas determinantes heterônomas entre as quais se encontra o *princípio da proporcionalidade* que cobra a menos intervenção possível no âmbito dos direitos fundamentais. Ao Judiciário apenas incumbe, em sede de controle das leis, impedir que a lei inconstitucional produza seus efeitos.

O segundo argumento tem uma maior razão de ser, porque o manejo indevido do princípio também pode levar a injustiças. Mas não pode ser óbice definitivo. Afinal, mais injusta é a aplicação automática e indiscriminada da lei. Algumas medidas de reforma na jurisdição constitucional podem minimizar esses reflexos negativos, como a adoção da vinculação dos precedentes (*stare decisis*). Por outro lado, somente a manipulação concreta do princípio da proporcionalidade pode conduzir a teorias e máximas específicas acerca da restrição dos direitos, que irão pautando as condutas dos juízes.

4 CONCLUSÃO

As normas de direitos fundamentais possuem as características de princípios; assim, impõem uma otimização (aproveitamento máximo de sua capacidade), com graus de concretização variáveis de acordo com a situação fática e jurídica. Dessa forma, os direitos fundamentais não são como as regras, ou seja, não obedecem à lógica do “tudo ou nada”, não trazem consigo decisões definitivas. A partir disso, diante de um caso concreto, os direitos fundamentais, assim como os princípios, admitem ponderação entre os valores que resguardam, a fim de alcançar melhor desfecho para a situação fática.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição cidadã, os direitos fundamentais ganharam espaço tanto no texto da Carta Magna quanto nos fundamentos orientadores do sistema jurídico brasileiro. Disso decorre que a doutrina constitucional pátria vem se ocupando, cada vez mais, do estudo das questões concernentes aos direitos fundamentais.

Por ser fruto de uma multiplicidade de ideias inerentes ao próprio regime democrático, a Constituição Federal brasileira traz diversas divergências em seu texto; assim, também, os direitos fundamentais apresentam-se de forma heterogênea, sendo comum, no exercício dos direitos fundamentais, o choque en-

tre eles ou entre esses direitos e outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Esse “choque” entre direitos fundamentais é denominado pela doutrina por colisão de direitos fundamentais. A colisão entre direitos fundamentais não sujeitos à restrição (reserva de lei) deve ser solucionada a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade que, mediante seus elementos, mostra-se eficaz para tal fim.

Pelo princípio da proporcionalidade, faz-se uma ponderação entre os valores resguardados por cada um dos direitos colidentes, a fim de descobrir

qual direito deve ser restringido e qual deve ser o grau de restrição, de forma que se preserve, ao máximo, cada um dos direitos, posto que têm conteúdo fundamental ao indivíduo.

Não obstante as críticas ao princípio da proporcionalidade (violação à separação de poderes e nivelção dos direitos fundamentais), o cânone da proporcionalidade é plenamente viável, devendo ser aplicado sempre que se fizer necessário, a fim de que se alcance a segurança jurídica indispensável ao sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. Uma reflexão sobre o significado do princípio da proporcionalidade para os direitos fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 3, n. 30, 1998.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

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

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília, DF: Ed. UnB, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 33. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

Recebido em 9 de dezembro de 2008

Aceito em 19 de fevereiro de 2009

