

Colisão entre direitos fundamentais e formas de solucioná-los.

Eliana Descovi Pacheco

RESUMO: O presente trabalho versa sobre os aspectos mais relevantes dos Direitos Fundamentais e suas colisões, de modo que o estudo efetuado traz em seu contexto compilações a cerca das modalidades de colisões, bem como apresenta as principais formas de solução para os conflitos hoje existentes.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Colisões entre os Direitos Fundamentais; Modalidades de Colisão dos Direitos Fundamentais; Soluções para os choques entre os Direitos Fundamentais; Decisões sobre a Colisão dos Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (2.1 HIPÓTESES DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 2.2 CASUÍSTICA DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 2.3 A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PODERES PÚBLICOS, 2.4 RAZÕES DE OCORRÊNCIA DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 2.5 A PONDERAÇÃO DE BENS UTILIZADA COMO CRITÉRIO DE SOLUÇÃO DE TENSÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 2.6 MODALIDADE DE COLISÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 2.6.1 Colisão com Redução Bilateral, 2.6.2 Colisão com Redução Unilateral, 2.6.3 Colisão com Excludente, 2.7 RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 2.7.1 Tipos de Restrições, 2.7.1.1 Restrições Diretamente Constitucionais, 2.7.1.2 Restrições Indiretamente Constitucionais (Reserva de Lei Restritiva Simples e Qualificada), 2.7.1.3 Restrições a Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário com Expressa Autorização da Constituição, 2.8 LIBERDADE DE IMPRENSA: DIREITO DE INFORMAR OU RESPEITO À VIDA PRIVADA, 2.9 DECISÕES PRETORIANAS RECENTES EM MATÉRIA DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS); CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Entende-se por Direitos Fundamentais, aqueles direitos inerentes à própria condição humana e, que estão previstos pelo ordenamento jurídico. Mas sabe-se, ainda que, é muito difícil encontrar um conceito definitivo do que realmente entende-se por Direitos Fundamentais do Homem, isso tudo, em função da inexistência de um consenso comum entre os estudiosos do assunto.

É difícil estabelecer um conceito específico para os direitos fundamentais, ainda mais pelo motivo de serem usadas várias expressões como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos público subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais da pessoa humana.

SILVA, p. 176, nos fornece as definições de cada um dos respectivos termos referidos a respeito dos direitos fundamentais, aduzindo que:

a) Direitos Naturais: por entender-se que se tratava de direitos inerentes a natureza do homem; direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem. Não se aceita esta definição com muita facilidade, este termo como se sabe a historicidade dos direitos muda constantemente; b) Direitos Humanos: contra essa expressão se tem a teoria em que não é apenas o homem como titular de direitos, pois aos poucos, se vai formar o direito especial de proteção à fauna e à flora; c) Direitos Individuais: dizem-se os direitos do indivíduo isolado, cada vez mais é desprezado esse termo, contudo, é ainda empregado para corresponder aos denominados direitos civis ou liberdade civis. É usada na constituição para exprimir o conjunto de direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e a propriedade; d) Direitos Fundamentais do Homem: esse é o termo mais correto a ser usado, pois além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo, no nível de direito positivo, com prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre, e igual de todas as pessoas. Fundamentais, porque exprime situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza e às vezes nem sobrevive.

Esses são alguns exemplos de termos utilizados para referirem-se aos Direitos Fundamentais inerentes ao Ser humano, isto é, a pessoa humana. Consoante com os ensinamentos de FARIAS, p. 59, "(...) não constitui tarefa simples conceituar direitos humanos. Esta expressão é demasiadamente genérica. As tentativas resultam em definições tautológicas: direitos do homem são os que cabem a ele enquanto homem".

São definições formais que não esclarecem o assunto, e geram ainda mais dúvidas sobre o que realmente significa direito fundamental, neste prisma SCHÄFER, p. 26, para clarear a definição do que seria direito fundamental afirma que:

a expressão direitos fundamentais devem ser reservada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional estatal, enquanto o termo direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por se referir aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando, dessa forma, a validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inquestionável caráter supranacional (internacional).

Tem-se aqui, um entendimento diferenciado entre direitos fundamentais e direitos humanos, o primeiro está relacionado à positivação, ou seja, do que está previsto na

Constituição, enquanto que o segundo refere-se ao direito internacional, isto é, as garantias jurídicas de que o homem tem direito, em relação aos tratados, contratos e convenções entre países, afim de sempre assegurar, em primeiro lugar o direito do homem, enquanto, ser humano.

Conforme os ensinamentos de CANOTILHO, p. 392, em relação a esta classificação que:

(...) pressupõe uma separação talhante entre status negativus e status activus, entre direito individual e direito político, vendo bem as coisas, a distinção em referencia é uma seqüela da teoria da separação entre sociedade e Estado, pois o binômio homem-cidadão assenta no pressuposto de que a sociedade civil, separada da sociedade política e hostil a qualquer intervenção estadual, é por essência, a política.

Outra definição, consoante SCHMITT, p. 105, aduz que:

(...) os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política.

Considera-se, assim que os direitos do homem, mesmo não estando positivados, são subentendidos e, por encontrar-se nessas condições é reforçada a necessidade de seu cumprimento e, também o devido respeito que eles devam receber.

Embora direitos humanos e direitos fundamentais sejam utilizados como sinônimos, SARLET(1) os diferencia, trazendo uma abordagem significativa a respeito do assunto:

O termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com documentos de direito internacional por referir-se aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram a validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Conclui-se, portanto, que apesar de direitos humanos e direitos fundamentais serem usados de forma igual, ambos têm significados diferentes. Entende-se, então, que direitos humanos estão positivados na esfera do direito internacional, enquanto que os direitos fundamentais estão reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional de cada Estado.

Na concepção de CANOTILHO, p. 1378 direitos fundamentais são: "(...) direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa". São caracterizados como individuais, porque pertencem de fato a pessoa, e ao Estado

como titular de direitos, com o dever de proteger o cidadão, deve velar pelo seu cumprimento.

2. A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A colisão de Direitos Fundamentais ocorre quando a Constituição ampara ou resguarda dois ou mais direitos que se encontram em contradição no caso concreto. ANDRADE, p. 220 aponta que "(...) haverá conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta". Têm-se, assim os conflitos de bens jurídicos tutelados.

Segundo STEINMETZ, p. 63 os conflitos ocorrem por que.

(...) não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação in abstracto. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisão in concreto.

Entende-se, portanto, que a ocorrência desse tipo de conflito se dá em razão das normas de direitos fundamentais serem flexíveis quanto a sua efetivação na vida social das pessoas.

2.1 HIPÓTESES DE CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para distinguir os tipos de conflitos que ocorrem é necessário determinar as situações conflitantes. Essas situações se subdividem em três: a concorrência de direitos fundamentais, a colisão de direitos fundamentais e os conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico tutelado.

A concorrência de conflitos entre direitos fundamentais na lupa de CANOTILHO, p. 287:

(...) ela pode se manifestar sob duas formas: a) cruzamento de direitos fundamentais, que acontece quando o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias e; b) acumulação de direitos, hipótese que um determinado bem jurídico, leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais.

Na concorrência dos direitos fundamentais não há, portanto, uma oposição de aspiração jurídica requerida por mais de um titular, há apenas um titular e mais de um direito fundamental expresso que concorrem para subsunção da conduta ou comportamento do titular.

Quanto à segunda situação GAVERA DE CARAN(2) esclarece que "(...) el ejercicio de un derecho fundamental implica una contradicción o uno perjuicio de un bien jurídico protegido por el texto constitucional". A colisão de direitos fundamentais

acontece quando, o exercício de um direito fundamental implica em um prejuízo de outro bem jurídico também protegido pela Constituição.

Por fim, a terceira e última situação são os conflitos entre o direito fundamental e o bem juridicamente tutelado. CANOTILHO, p. 1137 define esses conflitos de duas formas, "(a) entre vários titulares de direitos fundamentais; b) entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado". Portanto, tal colisão, refere-se, a conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais e o choque dos direitos fundamentais propriamente ditos, mas ambas as situações são espécies de colisão.

Essa caracterização figura de duas maneiras segundo a concepção de ALEXY, p. 607, colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo.

Colisão de direitos fundamentais em sentido estrito ocorre, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem conseqüências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais; e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo ocorrem, quando há uma colisão de direitos individuais fundamentais e bens coletivos protegidos pela Constituição.

Nota-se, portanto, que a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e a colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, manifestam-se sob formas de concorrência de direitos fundamentais. Tornando importante, também a análise da casuística da colisão entre direitos fundamentais, que será abordada no próximo tópico.

2.2 CASUÍSTICA DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Operar o direito consiste em aplicar normas válidas em casos concretos e sabe-se, portanto, que existem uma multiplicidade de casos ou situações que se apresentam a quem interpreta e aplica as regras e os princípios que constituem o ordenamento jurídico brasileiro.

Pode-se classificar de muitos modos à infinidade de casos a serem decididos ou solucionados, porém depende do modo com que se adota, do critério que se utiliza para tal classificação.

Para STEINMETZ, p. 67 esta classificação se biparte, ou seja, "(...) os casos rotineiros (também denominados de fáceis ou claros) e casos difíceis ou hard cases (casos difíceis), também denominados de duvidosos". Os casos rotineiros são aqueles que exigem uma simples aplicação da norma jurídica, ou seja, os casos que ocorrem com frequência, e as decisões que se aplicam para todos os casos como, por exemplo, aplicação de multa por infração às normas de trânsito.

Já os casos difíceis ou duvidosos são aqueles cuja decisão final não é obtida com a simples aplicação da norma jurídica e, que necessitam de uma análise mais profunda da interpretação e aplicação da norma consoante ao caso em questão.

Os casos difíceis e duvidosos são infinitamente menos frequentes do que os rotineiros, e existem em todas as áreas dos direitos, mais especificamente no direito constitucional em virtude da singularidade das normas constitucionais.

STEINMEZ, p. 69, sustenta em relação aos casos difíceis ou duvidosos que:

As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis e duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem 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, exige sobre tudo a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação jus fundamental.

Giza-se que o princípio da proporcionalidade é utilizado como método de solução e tem a função primária de preservar direitos fundamentais. Pois, verifica-se que os direitos fundamentais vivem em uma tensão permanente, limitando-se reciprocamente, isto é, ora um prevalecerá em detrimento do outro, ora acontecerá o contrário.

De fato, as normas constitucionais de um modo geral, sobretudo as definidoras de direitos fundamentais, muitas vezes, se encontram em situações conflitantes, daí surge o princípio da proporcionalidade como um instrumento utilizado para melhor solucionar tais conflitos.

2.3 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PODERES PÚBLICOS

Dentro, do tema que abarca a colisão de Direitos Fundamentais é importante mencionar a quem compete criar as regras de solução de tais conflitos.

A questão conduz uma análise sobre a tarefa dos poderes públicos em matéria de colisão de direitos.

Para o doutrinador STEINMEZ, p. 71, o Poder público mais atuante é

(...) o Poder Judiciário. Primeiro, porque, em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao Poder Judiciário compete pronunciar-se sobre qualquer questão, bastando que se invoque a sua apreciação por meio de mecanismos processuais adequados, sendo-lhe, ainda, vedado o non liquet. Segundo, porque a colisão e dá em concreto. Terceiro por mais hipóteses de colisão que possam prever, em abstrato, os legisladores constituinte e ordinário jamais poderão oferecer uma enumeração completa.

Sendo assim, o Poder Judiciário poderá interferir em questões de qualquer natureza, desde que seja invocado por meio de mecanismos adequados, desde que, o fato realmente esteja acontecendo e uma das partes sinta que está sendo prejudicada.

Embora a via judicial seja a mais comum na solução de conflitos, este também pode se dar pela via legislativa, isto por que o legislador pode prever situações de colisões em concreto e prescrever regras de soluções para prováveis choques, ou colisões, que se manifestarão na vida social.

Consoante STEINMEZ, p. 85, no direito brasileiro, são exemplos de soluções pela via legislativa: "(a) o sistema do processo cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela de mérito; b) a lei 7.783/89 (Lei de Greve); c) a Lei 9.296/96 (interceptação telefônica) e; d) as hipóteses legais de exclusão da ilicitude da interrupção da gravidez". Esses são alguns exemplos de soluções de conflitos pela via legislativa.

Além disso, o sistema do processo cautelar e a antecipação da tutela constituem regramento legislativo para solucionar a colisão entre direitos fundamentais à efetividade da jurisdição e à segurança jurídica. Sobre o sistema de processo cautelar pode dizer que

(...) a intervenção do legislador ordinário, disciplinado o processo cautelar, as medidas cautelares e suas liminares, representa na via legislativa destinada a propiciar a convivência mais harmônica possível dos direitos constitucionais dos litigantes propiciando alternativas para a resolução das eventuais colisões (Zavascki, p. 401).

Perante esta situação o legislador buscou formas de amenizar o direito fundamental à efetividade do processo e o direito fundamental à segurança jurídica, em hipótese que esses bens jurídicos se encontrem em rota de colisão.

Quanto ao direito de greve (vide Lei nº. 7.783), STEINMEZ, p. 71 esclarece que:

(...) é um direito social fundamental consagrado pela Constituição em seu artigo 9º. Contudo, o próprio legislador constituinte previu a possibilidade de ocorrência, em situações fáticas, de colisão entre direito de greve e outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos da comunidade e encarregou o legislador infraconstitucional de definir em lei os serviços ou atividades essenciais, bem como dispor sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (CF/88, art. 9º, § 1º). Por isso, em 28 de junho de 1989 entrou em vigência a Lei nº. 7.783.

Aqui neste caso, o legislador prevê que o conflito entre o direito de greve e o direito a propriedade ao prescrever que:

(...) durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividades equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resulte em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas equipamentos,

bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento, (artigo 9º, da Lei nº. 7.783).

Aqui, denota-se que houve uma harmonização entre o direito de greve e o direito do exercício dos serviços ou atividades essenciais.

Quanto à interceptação telefônica, o artigo 5º, inciso XII, consagra como direito fundamental a inviolabilidade das comunicações telefônicas, por isso delegou competência, consoante os esclarecimentos de STEINMEZ, p. 71 ao

(...) legislador ordinário para que estabelecessem, em lei, as hipóteses e a forma segundo as quais o Poder Judiciário, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, poderia determinar a interceptação telefônica. Assim, em 24 de julho de 1996, entrou em vigência a Lei nº. 9.296, estabelecendo as hipóteses de admissibilidade da interceptação telefônica por ordem judicial, bem como a forma de requerimento e da decisão.

A finalidade desta norma, portanto, é indicar as hipóteses em que deverá prevalecer o interesse público sobre o interesse privado, na punição de crime sobre o direito à inviolabilidade da comunicação telefônica.

Por fim, a exclusão de ilicitude da interrupção de gravidez é outro exemplo típico de regra legislativa utilizada na solução de colisão de direitos fundamentais. Com FARIA, p. 168 aprende-se que:

Em determinadas situações, a colisão entre direitos fundamentais, do feto e da mãe, o Legislador brasileiro permite duas formas de aborto legal: o aborto necessário ou terapêutico (Código Penal, art. 128, inciso I), hipótese na qual não há outro meio de salvar a vida da gestante; e o aborto sentimental ou humanitário (Código Penal, art. 128, inciso II), quando a gravidez resulta de estupro.

Quanto aos direitos fundamentais, em situação de conflito, como é o caso da mãe e do feto, onde o legislador permite duas formas de abortamento, o terapêutico e o sentimental. O aborto terapêutico é o caso de resguardar a saúde da gestante e o sentimental é no caso decorrente de violência sexual (estupro).

Poderiam ser arrolados inúmeros outros exemplos, mas esses já bastam para demonstrar que o legislador pode prever, em abstrato, colisões que se darão em concreto, e assim estabelecer regras de solução, ou seja, dizer qual é o direito fundamental que deverá prevalecer e em que circunstâncias.

É importante lembrar que, mesmo que o legislador pretendesse, não conseguiria prever as infinitas possibilidades de colisões que ocorrem em concreto, e que por óbvio, caberá ao Poder Judiciário interpretar e aplicar a regra legislativa aos casos concretos.

Quanto ao Poder Executivo, este não pode dispor ou ditar regras para solucionar os conflitos, no que concerne aos direitos fundamentais, também não poderá restringir direitos por meio de seus atos normativos, nem concretizar limites iminentes.

Neste sentido cabe referir o posicionamento de STEINMETZ, p. 73:

O Poder Executivo não poderá dispor sobre direitos fundamentais, seja mediante atividade normativa primária (medidas provisórias e leis delegadas), seja mediante atividade normativa secundária (regulamentos) ou de outros atos normativos veiculados por meio de portarias, resoluções ou circulares. Embora não esteja explícito na Constituição de 1988, é certo que as medidas provisórias dispor sobre a nacionalidade, cidadania e os direitos individuais, políticos e eleitorais.

É importante notar que, o Poder Executivo não tem, portanto, legitimidade para preceituar acerca da colisão de direitos fundamentais, uma vez que, cabe somente ao Poder Legislativo, prever as possibilidades de Colisões em abstrato e ao Poder Judiciário interpretar e aplicar de maneira adequada a regra legislativa, nos casos concretos.

E, se o Poder Executivo não pode dispor sobre direitos fundamentais por meio de atividade normativa primária, tampouco poderá o fazê-lo através de atividade normativa secundária.

Conforme as afirmações de CANOTILHO, p. 1141 quanto ao Poder Executivo não poder criar regras acerca da colisão de direitos fundamentais,

Note-se que esse juízo de ponderação e esta valoração de prevalência tanto podem efetuar-se logo a nível legislativo (por exemplo: o legislador exclui a ilicitude da interrupção da gravidez em caso de violação) como no momento da elaboração de uma norma de decisão para o caso concreto (ex: o juiz adia a discussão de julgamento perante as informações médicas da eminência de enfarte na pessoa do acusado). O poder executivo está excluído.

Ao Poder Executivo não compete preceituar a respeito dos direitos fundamentais, devido a sua função serem exercida pelo Presidente da República, Governadores e pelos Prefeitos e, estes não têm legitimidade para dispor ou construir regras para tais direitos, principalmente no que se refere à colisão de direitos fundamentais.

2.4 RAZÕES DA OCORRÊNCIA DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os conflitos entre direitos fundamentais ocorrem porque as normas que os regulam se mostram abertas e móveis quanto a sua aplicação na vida social das pessoas.

Cabendo neste sentido mencionar as palavras de LARENZ, p. 575:

Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos, móveis, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada.

Dá-se, então, a colisão de direitos fundamentais em razão de que os direitos não estão dados ou positivados de uma só vez, isto é, eles não se esgotam no plano da interpretação in abstracto.

A descrição de Andrade, p. 220 é precisa e clara neste sentido, onde o autor afirma que "(...) haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta". Assim, a colisão entre direitos decorre da proteção de vários direitos pelo mesmo documento. A seguir, será objeto de análise a ponderação de bens utilizada como critério de solução das tensões entre Direitos Fundamentais.

2.5 A PONDERAÇÃO DE BENS UTILIZADA COMO CRITÉRIO DE SOLUÇÃO DE TENSÕES ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ponderação de bens ou balanceamento surge, conforme demonstram as compilações de STRECK, p. 445, "(...) a necessidade de encaixar o direito ao caso concreto, como meio de solucionar as tensões existentes entre bens juridicamente protegidos". Porém segundo a concepção de CANOTILHO, p. 1109:

O método da ponderação de interesses é conhecido há muito tempo pela ciência jurídica. Nos últimos tempos, porém, a sua relevância tem sido, sobretudo, reconhecida no direito constitucional e no direito do planejamento urbanístico.

O método da ponderação de bens ou "balancing" já era bastante utilizado pelos juristas como meio de resolver conflitos no âmbito jurídico. A referida ponderação consiste em um modelo de verificação de bens aplicados no caso concreto em busca da solução.

Quanto à forma de operacionalização da solução de colisão de direitos fundamentais, STRECK, p. constata que, "(...) deve-se, inicialmente, verificar se efetivamente existe um entrecruzamento desses direitos". Diante desta hipótese, como será examinado, pela técnica da ponderação de bens resultará a solução do conflito.

A título de exemplo, CANOTILHO, p. 1109 compila, dentre outros, um caso de conflitos de direitos constitucionais, a situação

(...) do pintor que coloca seu cavalete de pintura num cruzamento de trânsito particularmente intenso tem, prima facie, o direito de criação artística, mas, a posteriori, a ponderação de outros bens, a começar pela vida e integridade física do próprio pintor e acabar noutros direitos com o exercício da atividade profissional de outros cidadãos, do abastecimento de bens necessários à 'existência' dos indivíduos, levará a impedir que aquele direito se transforme, naquelas circunstâncias, num direito definitivo.

Tais conflitos, portanto são resolvidos pela cautela de bens, ou como narra CANOTILHO, pelas idéias de "ponderação" (Abwägung) ou de "balanceamento" (Balancing).

Dessa forma, LIMA(3) esclarece que:

(...) o interprete empreenderá, concretamente, uma ponderação acerca dos direitos em conflitos optando, naquele caso concreto, pelo bem que possuir maior peso, o que obviamente não implicará na retirada do direito preterido do ordenamento jurídico.

Neste caso o bem que terá maior peso será o do trânsito, vez que é o direito coletivo prevalece sempre frente a um direito individual, qual seja o direito de criação artística do pintor.

2.6 MODALIDADES DE COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partindo-se da premissa de que não existem direitos fundamentais absolutos, surgindo uma situação que se apresentem em posições antagônicas, impõe-se proceder à compatibilização entre eles, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, o qual, segundo STEINMETZ, p. 99 "(...) permitirá, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto (...)", harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos - colisão com redução bilateral - ou de um deles apenas - colisão com redução unilateral -, se inviável a primeira providência. Igualmente, pondera ROLIN(4) narrando que:

(...) em alguns casos de colisão, a realização de um dos direitos fundamentais em confronto é reciprocamente excludente do exercício do outro. Nesta hipótese, o princípio da proporcionalidade indica qual o direito que, na situação concreta, está ameaçado de sofrer a lesão mais grave caso venha a ceder ao exercício do outro, e, por isso, merece prevalecer, excluindo a realização deste (colisão excludente).

Quanto à possibilidade de prevalência de um direito sobre o outro, registrarem-se as palavras de CANOTILHO, p. 161 e 162, que afirma:

(...) a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos devem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso, de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro, ou seja, um direito prefere outro em face das circunstâncias do caso.

Em relação à prevalência de um direito pelo outro se deve observar, consoante o autor retro citado, a conciliação dos dois direitos, mas para que isso acontece deve haver circunstâncias concretas, a fim de que se possa decidir qual o direito que deve prevalecer.

2.6.1 Colisão com redução bilateral

No tocante à colisão com redução bilateral existe a viabilidade de exercício conjunto dos direitos fundamentais, por via de um processo limitativo de ambos. O referido método refere-se ao contemplamento uniforme quanto ao tratamento dos direitos conflitantes.

Um exemplo pode facilitar a compreensão. O proprietário tem o direito de reformar sua casa, como corolário do direito de propriedade e do direito à moradia, previstos nos arts. 5º, inciso XXII, e 6º, caput, da Constituição Federal. Pode acontecer, contudo, que o vizinho daquele ingresse em juízo pleiteando o embargo da obra, sob a alegação de que os ruídos dela decorrentes prejudicam seu sossego durante o dia e seu sono à noite, violando os direitos previstos no art. 5º, X e XI da Constituição(5).

Neste caso, o Juiz poderá conciliar o direito colidido, fixando um horário para a realização da obra durante o dia e vedando-a a noite. Assim, ambas as partes sofrerão uma limitação em seus direitos em benefício da preservação dos mesmos.

2.6.2 Colisão com Redução Unilateral

Na colisão com redução unilateral, é possível o exercício conjugado dos direitos fundamentais, por intermédio da relativização de apenas um deles, sem a qual o outro direito restaria plenamente aniquilado, o mesmo não sendo necessário com a situação inversa. Cabe referir o parecer de STEINMETZ(6)

É o que sucede com a tutela antecipada e com os demais provimentos jurisdicionais de urgência, nos quais contrapõem-se o direito à efetividade da tutela jurisdicional, segundo o qual não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, inciso XXXV, da Lei Fundamental), e o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988).

Ainda dentro deste entendimento cabe transcrever as palavras de THEODORO JÚNIOR, p. 609:

(...) dentro da garantia fundamental do devido processo legal e do contraditório, a garantia normal é a de que a agressão patrimonial do estado sobre a esfera jurídica da parte vencida somente ocorra depois de percorrida a trajetória do procedimento, com ampla discussão e defesa, e, por conseguinte, após a formação da coisa julgada.

Note-se que, embora o autor sugira uma redução proporcional de ambos os princípios, a verdade é que, com a tutela antecipada, a efetividade da tutela jurisdicional não sofre qualquer arranhão, o mesmo não se pode afirmar dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

2.6.3 Colisão Excludente

Na colisão excludente, em que a realização concomitante dos direitos em colisão, incumbe questionar qual direito fundamental está exposto, pois em um caso concreto, a um perigo de lesão mais grave.

Dentro desse prisma cita-se o seguinte exemplo de Colisão Excludente,

Se uma empresa jornalística, com o intento de publicar matéria referente ao câncer de pele, resolve estampá-la com foto rara de um portador desta enfermidade, contra a vontade deste, que retrata com detalhes as lesões provocadas como nenhuma outra, infere-se, com facilidade, que o direito à imagem corre perigo de lesão muito mais grave do que o direito à liberdade de imprensa e o direito à informação, pois a fotografia pode ser substituída por um desenho ou pela foto autorizada de outro portador da mesma moléstia, ainda que não tanto marcante(7).

Todavia, se a matéria pretende revelar a beleza de uma determinada praia, e a empresa jornalística procura ilustrá-la com uma fotografia panorâmica da mesma, na qual aparecem várias pessoas, dificilmente identificáveis, não há como ser acolhido o pedido de tutela inibitória, por uma delas, visando obstar a publicação da foto, com fulcro no direito à imagem, pois, do contrário, o direito à liberdade de imprensa e o direito à informação sofreriam sérios danos ou prejuízos, restando indevidamente restringir, quando não se vislumbra ofensa grave à imagem, causadora de maiores constrangimentos. Agora, é o direito à imagem que cede lugar à liberdade de imprensa e ao direito à informação.

2.7 RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Devido à posição que ocupam no sistema jurídico, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas de hierarquia constitucional ou por normas infraconstitucionais, quando o próprio texto constitucional assim autorizar de forma expressa a restrição. Por isso, as restrições de direitos fundamentais só podem ser diretamente constitucionais ou indiretamente constitucionais. Conforme salienta ROLIM(8)

A restrição de um direito fundamental é uma limitação do âmbito de proteção desse direito fundamental. Um exemplo de restrição de direito fundamental é o art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal em vigor (é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato) alcança todas as hipóteses práticas de se manifestar o pensamento. A proibição do anonimato na referida disposição de direito fundamental constitui uma restrição porque limita a proteção constitucional da manifestação do pensamento àquelas hipóteses em que o titular do direito não omite a sua idade.

Por restrições dos direitos fundamentais, conforme pondera SCHÄFER, p. 61, entende-se:

(...) a limitação ou diminuição do âmbito material de incidência da norma concessiva, tornando mais estreito o núcleo protegido pelo dispositivo constitucional interferindo diretamente no conteúdo do direito fundamental a que a norma vise proteger. Pode,

ainda, serem identificadas duas espécies de restrições: a) restrições estrito sensu: restrições expressas na própria Constituição ou veiculadas através da lei infraconstitucional mediante autorização da Constituição; b) restrições imanentes: restrições que embora não estejam expressamente descritas na Constituição, decorrem da idéia de sistema constitucional, os denominados limites imanentes aos direitos fundamentais.

As restrições destes direitos referem-se à limitação da incidência da lei e são identificáveis duas espécies de restrições, uma que a própria constituição prevê explicitamente e chama-se de restrição estrito sensu, e outra, que embora não esteja expressamente descrita na Carta Magna, vem de um sistema Constitucional.

A concepção de restrição de um direito sugere uma suposição de que existem duas situações bem distintas. Uma delas seria o direito e suas restrições e outra a restrição propriamente dita.

Para STUMM, p. 12, o procedimento de restrição dos direitos fundamentais deve atender a três fases consecutivas.

a) determinação do âmbito de proteção das normas constitucionais, oportunidade em que se procederá à verificação de quais os direitos protegidos e da extensão desta proteção constitucional; b) identificação do tipo, da natureza e da finalidade da medida legal restritiva; c) controle da restringibilidade admitida pela Constituição, uma vez que a intervenção restritiva do legislador somente se justifica quando houver confronto de, pelo menos, um valor constitucional e de um direito fundamental, decorrendo a exigência limitativa deste, o que somente poderá ser efetuado no caso concreto.

Trata-se, neste caso, de se esclarecer qual é efetivamente o âmbito de proteção da norma Constitucional. Perquirindo-se sobre a sua finalidade e legitimação, de forma expressa na Constituição.

A Constituição brasileira prevê inúmeras circunstâncias que constituem restrições ao exercício dos direitos fundamentais. Como por exemplo, nos termos do art. 5º, inciso XVI(9)

Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

O direito de reunião, portanto, não é absolutamente livre e só existirá se os participantes estiverem desarmados e pretenderem dialogar pacificamente. Neste exemplo, a restrição é expressa e direta e esta prevista pela Constituição Federal.

Em outras circunstâncias, o texto constitucional não prevê diretamente a restrição, mas sim a possibilidade de restrição, como no caso do inciso XIII, do mesmo artigo 5º, o qual prescreve que: (...) é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão,

atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. O direito ao exercício profissional pode sofrer limitações pela imposição de certos requisitos.

Esses direitos são posições jurídicas sujeitas as distintas ponderações em face de situações de colisão de bens ou valores no caso concreto. Existem, ainda, três tipos de restrições, as quais serão a seguir apontadas.

2.7.1 Tipos de restrições

As restrições dos direitos fundamentais conforme o texto Constitucional vigente classifica-se em: restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais (reserva de lei restritiva simples e qualificada) e restrições tácitas constitucionais.

2.7.1.1 Restrições Diretamente Constitucionais

As restrições diretamente constitucionais são aquelas estabelecidas pelo próprio texto constitucional como, por exemplo, as compiladas no art. 5º, inciso IV, da CF/88 - anteriormente mencionado.

Ocorre essa espécie restritiva conforme SCHÄFER, p. 92 e 93 "(...) toda vez que a Magna Carta, ao conceder um direito fundamental, diretamente, consigna restrições ao seu exercício ou efetua delimitação quanto a sua abrangência normativa". Significando que a Constituição confere um direito fundamental e, ao mesmo tempo, estabelece uma delimitação das condições de exercício desse mesmo direito, ou seja, a Constituição assegura e restringe diretamente o direito fundamental.

2.7.1.2 Restrição Indiretamente Constitucional (Reserva de Lei Restritiva Simples e Qualificada)

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas que não se encontram previstas no texto constitucional que confere o direito fundamental, uma vez que a Constituição limita-se a autorizar o legislador a estabelecê-los através de leis infraconstitucionais, como é o caso decorrente do art. 5º, inciso XIII(10).

A Carta Magna estabelece que o direito ao trabalho é livre, mas somente com as qualificações que a lei, assim instituir, isto é, o texto expresso na Constituição que assegura o direito fundamental não se encontra a restrição do direito fundamental garantido, mas somente a previsão de que a lei poderá estabelecer tal restrição.

Para CANOTILHO, p. 1144 a restrição indiretamente constitucional acontece quando,

(...) o preceito constitucional prevê expressamente a possibilidade de limitações aos direitos fundamentais através de lei (reserva de lei restritiva), quer isso significar dois fenômenos distintos: de um lado, cuida-se de uma norma garantia, por reconhecer e garantir um direito fundamental (âmbito de proteção); de outro lado, trata-se de uma

norma de autorização de restrições, por conter um comando autorizativo ao legislador infraconstitucional para estabelecer restrições ao direito protegido.

Em suma, a Constituição garante e restringe ao mesmo tempo o direito fundamental. SCHÄFER, p. 96 refere que "(...) cumpre evidenciar que a autorização constitucional para a lei estabelecer restrições aos direitos fundamentais pode ocorrer de duas formas: reserva de lei restritiva simples e reserva de lei restritiva qualificada".

2.7.1.3 Restrições a Direitos Fundamentais pelo Poder Judiciário com Expressa Autorização da Constituição Federal

Giza-se que a CF/88 autoriza tacitamente tanto o legislativo como o judiciário a impor restrições aos direitos fundamentais com o escopo de resolver ou evitar, no plano da eficácia social, os casos de colisão entre os próprios direitos fundamentais ou o conflito destes com valores comunitários constitucionalmente protegidos (segurança pública, saúde pública, etc.).

Essa terceira hipótese de autorização expressa constitucional para limitação dos direitos fundamentais se alicerça no poder conferido ao Judiciário na qualidade de integrante dos poderes da República. Assim sendo pondera SCHÄFER, p. 102 que:

Com efeito, a peculiaridade dessa espécie de autorização reside no fato que cabe ao Poder Judiciário, no exercício de sua função típica (jurisdição), preencher, no caso concreto, respeitadas as garantias constitucionais, os elementos fáticos e jurídicos autorizadores da mitigação dos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário tem, portanto o dever de adequar a lei ao caso concreto, sempre respeitando as garantias constitucionais.

SCHÄFER, p. 103, cita alguns exemplos de restrições de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, tais como:

(...) inviolabilidade de domicílio, inviolabilidade das comunicações telefônicas, direito de liberdade. No caso da inviolabilidade de domicílio, a restrição encontra-se, no fato de que mediante determinação judicial o domicílio poderá ser violado sem autorização dos moradores; no que se refere à inviolabilidade das comunicações telefônica a restrição a esse direito fundamental, também se encontra na ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; e por fim consoante ao direito de liberdade, a prisão constitui inegavelmente uma restrição ao direito de liberdade.

A principal característica dos direitos fundamentais, portanto, é a inviolabilidade, mas como se pôde perceber existe exceções a esta regra, as quais são impostas pela própria Lei Maior que as ampara e, essas exceções são restrições.

A seguir far-se-á uma análise de uma reportagem em que ocorreu uma colisão de direitos fundamentais onde o Ministro Marco Aurélio manifestou-se a respeito.

2.8 LIBERDADE DE IMPRENSA: DIREITO DE INFORMAR OU RESPEITO À VIDA PRIVADA

Em novembro de 2002, a Revista Jurídica Consulex n.º. 141, enfatizou uma reportagem de bastante pertinência para o estudo em questão, mencionando que de um lado está a liberdade de imprensa, o direito a informar e, de outro lado, o direito do cidadão de impedir que determinadas informações cheguem ao conhecimento do grande público em geral, pois inúmeras vezes a divulgação de determinada matéria implica em desgaste de imagem.

Neste sentido o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello fez a seguinte afirmação de que "entre o valor coletivo e o valor individual, temos que homenagear o coletivo - CONSULEX, 2002". O Ministro foi muito feliz na sua colocação, pois entende-se que no momento que um direito individual entrar em conflito com um direito coletivo, o segundo sempre deve prevalecer em relação ao primeiro. A reportagem da referida revista afirma ainda que:

A Imprensa tem o direito de informar, mas cabe fazê-lo com total responsabilidade, já que a lei pode responsabilizá-los os seus integrantes a responder pelos atos ilícitos cometidos ou por eventuais excessos no desempenho de suas funções.

Nossa Lei Maior, porém assegura a liberdade de manifestação do pensamento em seu art. 5º, inciso IV, mas, veda o anonimato. No entanto a mesma Constituição assegura ao ofendido o direito de resposta, em consonância com a ofensa, além do direito à indenização por dano moral, material ou à imagem.

Importante também referenciar o posicionamento de HABIB(11) em relação a essa colisão de direitos, o qual denota que:

Não se diga que o cidadão, cuja honra esteja sendo ameaçada, diante da possibilidade de vir a ser publicada, determinada matéria detrimetosa à sua reputação, não tenha direito a bater às portas do Judiciário para que este o ampare. Igualmente, não se pode deslembrar que à Imprensa compete informar, cabendo-lhe fazer isso num átimo, sob risco de a ninguém mais interessar a informação veiculada a destempo (CONSULEX, 2002).

Como referido anteriormente, o coletivo sempre prevalecerá em relação ao valor privado, portanto, a imprensa tem o dever de informar e essa informação tem que veicular rapidamente, pois pode deixar de ser notícia e não despertar interesse em mais ninguém.

2.9 DECISÕES PRETORIANAS EM MATÉRIA DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO E À INTIMIDADE.

REPORTAGEM JORNALÍSTICA. NARRATIVA FIEL DOS FATOS OCORRIDOS. DANOS MATERIAIS E MORAIS NÃO CONFIGURADOS. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. Se a matéria jornalística limita-se a narrar fatos que efetivamente aconteceram, há exercício regular do direito à informação, que não sucumbe diante do direito à imagem. Não havendo sensacionalismo ou juízo de valor, a ré atuou lícitamente ao noticiar que o autor fora indiciado e preso temporariamente, legalidade que não se afeta com a posterior absolvição judicial. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível N°. 70009871211, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 01/06/2005). RESPONSABILIDADE CIVIL. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO E À INTIMIDADE. REPORTAGEM JORNALÍSTICA. NARRATIVA FIEL DOS FATOS OCORRIDOS. DANOS MATERIAIS E MORAIS NÃO CONFIGURADOS. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO.(12)

Nesta situação se a matéria jornalística limita-se a narrar fatos que efetivamente aconteceram, há exercício regular do direito à informação, que não sucumbe diante do direito à imagem. Não havendo sensacionalismo ou juízo de valor, a ré atuou lícitamente ao noticiar que o autor fora indiciado e preso temporariamente, legalidade esta, que não se afeta com a posterior absolvição judicial. Sabe-se, que o direito à informação tem maior relevância juridicamente em relação ao direito de imagem, pois a notícia é de interesse coletivo e não pode deixar de ser veiculada.

2. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXISTA. APENADO EM LIVRAMENTO CONDICIONAL. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES. Legalidade da exigência pela autoridade municipal de certidão de antecedentes criminais para verificação da natureza do crime pelo qual o apenado em livramento condicional foi condenado. Aplicação do art. 329 do CTB que se justifica no caso concreto para proteção do interesse público dos usuários de táxi. Colisão de direitos fundamentais (direito ao trabalho lícito do apenado em livramento condicional e proteção da segurança dos usuários de táxi). DECISÃO REFORMADA. AGRAVO PROVIDO POR MAIORIA. VOTO VENCIDO DO RELATOR. (Agravo de Instrumento N°. 70006884647, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 25/09/2003). Legalidade da exigência pela autoridade municipal de certidão de antecedentes criminais para verificação da natureza do crime pelo qual o apenado em livramento condicional foi condenado. Aplicação do art. 329 do CTB que se justifica no caso concreto para proteção do interesse público dos usuários de táxi. Colisão de direitos fundamentais (direito ao trabalho lícito do apenado em livramento condicional e proteção da segurança dos usuários de táxi). Aqui deve se levar em consideração o artigo 6º, da Constituição Federal, que garante aos cidadãos o direito ao trabalho, norma que por si só demonstra a ilegalidade do ato que indeferiu a expedição da licença para que o agravado pudesse desempenhar a profissão de motorista de táxi.

Faz-se, aqui a materialização do princípio que obriga o Poder Público a zelar pela segurança da população brasileira. Entretanto, o interesse público relacionado à reabilitação do egresso do sistema prisional deve se sobrepôr à regra que prevê a apresentação de certidão negativa criminal perante o órgão de trânsito, pois é notório

que a falta de trabalho agravará ainda mais a situação do ex-detento, levando-o, inclusive, a voltar a delinquir, o que em absoluto interessa à sociedade. Prevalecendo, assim, o interesse do Estado em relação aos particulares, os quais fazem o uso de táxi para locomoverem-se.

3. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACAO ORDINARIA QUE OBJETIVA A INTEGRACAO DO PROFISSIONAL MEDICO NO CORPO CLINICO DO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPATORIA INDEFERIDO. SOCIEDADE CIVIL DE CARATER FILANTROPICO NO AMBITO DO DIREITO PRIVADO. DELIBERACAO ASSEMBLEAR QUE NEGA O INGRESSO DO PROFISSIONAL MEDICO EM SEU CORPO CLINICO. COLISAO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. EXEGESE DO ART. 5º DA CF/88 C/C COM O ART. 16, INCISO I E § 1º, DO CODIGO CIVIL. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº. 70003684396, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 05/06/2002).

Não há dúvida, que esse último caso revela uma colisão entre direitos fundamentais. Todavia, entende-se que a questão da liberdade prescinde da decisão tomada pela assembléia hospitalar, uma vez que se trata de uma sociedade civil de direito privado. Ainda, porque o direito à igualdade reclamada pelo agravante também transita por uma via de mão-dupla, ou seja, o seu direito encontra limitação na esfera de direitos da entidade hospitalar ante a deliberação da assembléia do corpo clínico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim destaca-se a importância do princípio da proporcionalidade na resolução das colisões entre direitos fundamentais. O referido princípio é oriundo do direito alemão e decorre diretamente do princípio da legalidade, sendo mais compatível, portanto, com os direitos brasileiros, compreendendo-se seu conteúdo e alcance a partir do advento do Estado de Direito, com ligação ao princípio da constitucionalidade. Sendo que este aponta os direitos fundamentais que estão descritos na Constituição que rege todo ordenamento jurídico vigente. Contudo, para o doutrinador STEINMETZ, p. 150: "(...) a procedência do princípio não é recente, surgiu no Direito Administrativo de polícia prussiano, no século XIX, estendendo-se, em seguida, para todo o Direito Administrativo e, finalmente, para o Direito Público em geral".

Observa-se que é de grande relevância gizar que o princípio da proporcionalidade tem relação de potencialização com o princípio da constitucionalidade, uma vez que com o advento da Constituição de Weimar e os conceitos teóricos sobre a conformação do Estado de Direito, ligava-se com o princípio da legalidade.

Após a Segunda Guerra Mundial, o princípio da proporcionalidade vinculou-se diretamente com o princípio da constitucionalidade, que segundo BONAVIDES, p. 410 deslocou-se para "o respeito dos direitos fundamentais o centro e gravidade da ordem jurídica".

Diante da observância do princípio da proporcionalidade, os direitos fundamentais passam a ser respeitados com tamanha intensidade que coloca limites aos poderes do legislador, ficando impedido de violar esferas de direitos protegidos pela Constituição. Não se pode olvidar, no entanto, que o legislador atua a partir dos limites impostos pelo constitucionalismo, destacando o papel do Judiciário no controle dos atos legislativos perante a Constituição vigente, buscando soluções mais justas aos casos concretos. Conforme as palavras do doutrinador Trentin, p. 201:

Notadamente, esse princípio tem larga aplicação no âmbito do direito administrativo, de forma a exigir que o administrador público monitore suas ações sempre visando o interesse público, bem como, aplica-se ao processo legislativo, uma vez que o legislador somente poderá impor restrições a direitos fundamentais que guardem relação de pertinência e adequação com o interesse público protegido.

Quanto à forma de operacionalização do princípio em caso de colisão de direitos fundamentais, deve-se inicialmente, verificar se efetivamente existe um ponto conflitante entre esses direitos. Havendo tal hipótese, como será examinado, pela técnica da ponderação de bens resultará certamente na solução do conflito.

Dessa forma, o intérprete empreenderá, concretamente, uma ponderação acerca dos direitos em conflito optando, naquele caso concreto, pelo princípio que possuir maior peso, o que obviamente não implicará na retirada do direito preterido do ordenamento jurídico. Como afirma BARROS, p. 207, "(...) o princípio da proporcionalidade tem de ser entendido na estrutura dos direitos fundamentais e somente deve ser aplicado em virtude da busca da maximização da proteção constitucional".

Não se pode olvidar, a obrigatoriedade da motivação de toda e qualquer decisão judicial configura-se em uma exigência do Estado Democrático de Direito, uma vez que, consoante RIGAUX, p. 253:

O respeito dessa exigência pelo magistrado da causa é uma das pedras angulares do controle da legalidade dos atos jurisdicionais, sendo possível a incidência de métodos de controle (recursos às instâncias superiores, p. ex.) que tendem a "garantir a correção do raciocínio seguido pelo juiz da causa", constituindo-se a essência do contraditório processual.

Infere-se que a exigência constitucional da necessidade de fundamentação em toda e qualquer decisão judicial afasta o discricionarismo, anexando racionalidade ao processo decisório, em que a solução das colisões entre princípios, que são mandados de otimização, deve ocorrer no plano do peso, à evidência, quando não se tratar de direito com reserva de lei restritiva ou tenha seu âmbito material de incidência diminuído, de forma expressa, pela própria Magna Carta.

A relevância do princípio constitucional da proporcionalidade é assinalada por BONAVIDES, p. 396 que adverte:

(...) o princípio da proporcionalidade não padece de lesão sem que ocorra dano irreparável à natureza e integridade do sistema constitucional. A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos.

Constata-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade, constitui-se em um importante instituto para as soluções dos conflitos, ou seja, é um mecanismo indispensável para filtragem constitucional à disposição do judiciário para que assuma o seu relevante papel concretizador dos direitos fundamentais, fazendo um efetivo controle das atividades restritivas a esses direitos, bem como pelo exame da validade normativa infraconstitucional, possa impedir a violação do texto constitucional, e assim impedir a aniquilação de direitos fundamentais autorizada pela Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón de Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Ed. Almedina, 1987.

BARROS, Suzana Toledo. O Princípio da Proporcionalidade das Leis Restritivas de Direito Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 5º Ed. São Paulo, Malheiros, 1995.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7º Ed. São Paulo Malheiros, 1997.

BRASIL. Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho, Legislação Trabalhista e Previdenciárias. Organizador Nelson Mannrich; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais - 6º Ed. Ver., Atual e Ampl. - Editora Revista dos Tribunais, 2005 -(RT- mini - códigos).

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição. Apresentação Marçal Justen Filho; Prefácio Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro Ed. Renovar, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. Ed. Saraiva, São Paulo, 1999.

CONSULEX. Revista Jurídica. Ano VI - nº 141 de 30 de novembro de 2002. Ed. Consulex.

HABIB, Sérgio. Professor de Direito Processual Penal na UFBA e Direito Penal no UniCeub, Mestre em Direito Público da União Junto ao STJ e STF. CONSULEX, 2002.

LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. Tradução de José Lamago, 3º Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

RIGAUX, François. A Lei dos Juízes. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000.

ROLIM. Luciano Sampaio. Uma Visão Crítica do Princípio da Proporcionalidade. Advogado em Recife, 2002. <http://www.jusnavegandi.com.br>. Disponível em 25 de julho de 2005.

SCHÄFER. Jairo Gilberto. Direitos Fundamentais, Proteção e Restrições. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 21º Ed. Revista e Atualizada nos Termos da Reforma Constitucional (até a emenda constitucional nº. 38, de 12.06.2002). Malheiros Editores, 2002.

STEINMETZ. Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade. Ed. Livraria do advogado, Porto Alegre, 2001.

TRENTIN. Lorivan Antônio Fontoura. A Importância do Constitucionalismo na Realização dos Direitos Fundamentais. Dissertação de Mestrado, UNISINOS, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de Tutela e a Colisão de Direitos Fundamentais. Ajuris, Porto Alegre, V. XXII, nº. 64, julho de 1995.

Notas:

* Eliana Descovi Pacheco, Graduanda em Direito pela Universidade de Cruz Alta/RS (UNICRUZ). [Voltar]

1 - SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Livraria do Advogado, 2001, p. 31. [Voltar]

2 - CARA, Juan Carlos Gavera de. Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: La Garantía del Contenido esencial de los derechos fundamentales. Ed. Almedina,

1994, p. 289. "Um exercício de um direito fundamental implica em um prejuízo de um bem jurídico protegido pelo texto constitucional". [Voltar]

3 - LIMA, George Marmelstein. Direito Fundamental à Ação. Juiz Substituto. <http://www.mundojuridico.com>. <http://www.google.com.br>. [Voltar]

4 - ROLIM. Luciano Sampaio. Uma Visão Crítica do Princípio da proporcionalidade. Ed. 2002 (Advogado Recife). Vide site: <http://www.Jusnavegandi.com.br> [Voltar]

5 - ROLIM. Luciano Sampaio. Uma Visão Crítica do Princípio da proporcionalidade. Ed. 2002 (Advogado Recife). Vide site: <http://www.jusnavegandi.com.br>. [Voltar]

6 - STEINMETZ, Wilson Antônio. Op Cit. 2001. [Voltar]

7 - ROLIM. Luciano Sampaio. Uma Visão Crítica do Princípio da proporcionalidade. Ed. 2002 (Advogado Recife). Vide site: <http://www.Jusnavigandi.com.br> [Voltar]

8 - ROLIM. Luciano Sampaio. Uma Visão Crítica do Princípio da proporcionalidade. Ed. 2002 (Advogado Recife). Vide site: <http://www.Jusnavigandi.com.br> [Voltar]

9 - BRASIL. Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho, Legislação Trabalhista e Previdenciária/ Organizador Nelson Mannrich; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais - 6. ed. Ver., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. - (RT-mini-códigos). [Voltar]

10 - Artigo 5º, inc. XIII da Constituição Federal: É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. [Voltar]

11 - HABIB, Sérgio. Professor de Direito Processual Penal na UFBA e Direito Penal no UniCeub, Mestre em Direito Público da União junto ao STJ e STF. [Voltar]

12 - Vide site: <http://www.tj.rs.go.br> disponível em dia 4 de agosto de 2005. Autora Marilene Bolzanini Bernardi, julgado em 01 de junho de 2005. Jurisprudências nº. 1, 2 e 3. [Voltar]

Disponível em:

<<http://www.apriori.com.br/cgi/for/viewtopic.php?t=8813&f=22&sid=5a022c29133c7a7528922397cf4e5108>> Acesso em: 20 out. 2008.