

ALGUMAS NOTAS SOBRE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Clèmerson Merlin Clève**
*Alexandre Reis Siqueira Freire***

1.Considerações Iniciais; 2. Colisão de direitos fundamentais; 3. O método Hermenêutico-concretizador e os princípios da interpretação constitucional; 4. Princípio da proporcionalidade e direitos fundamentais; 5. A ponderação de bens como método adequado para solução de colisão de direitos fundamentais; 6. O mestre José Afonso da Silva.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este ensaio tem como *leitmotiv* o estudo do fenômeno da colisão de direitos fundamentais e os critérios utilizados para proporcionar soluções ajustadoras que não importem em excesso na coordenação e combinação dos bens em conflito. A primeira parte do estudo visa à delimitação do conceito operacional de colisão de direitos fundamentais e à circunscrição de categorias cognatas ocasionalmente confundidas com o fenômeno em apreciação. No quadro desta perspectiva, optou-se por escolher o método hermenêutico concretista como aquele mais adequado para a abordagem proposta. Uma outra perspectiva privilegiada consiste na análise do princípio da proporcionalidade como critério necessário para a harmonização e adequação dos direitos fundamentais em situação de conflito. Apela-se ao método de ponderação de bens como via adequada à promoção de solução justa nas colisões entre direitos fundamentais e entre estes e outros bens protegidos constitucionalmente. Por fim, pretende-se demonstrar que a busca por soluções ajustadoras às colisões de direitos fundamentais perpassa pelo manuseio, concomitante, do princípio da proporcionalidade e da técnica de ponderação de bens.

* Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e da UniBrasil. Doutor em Direito Constitucional.

** Mestrando em Direito do Estado com sub-área de concentração em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná e Monitor da cadeira de Direito Constitucional, na mesma Instituição.

2. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, enquanto direitos humanos positivados em uma determinada Constituição, são polimórficos, dotados de conteúdos nucleares prenes de abertura e variação, apenas revelados no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores plasmados no texto constitucional. É que as normas de direito fundamental são dotadas de considerável grau de abertura e dinamicidade ao se apresentarem para sua concretização social.

Resulta então que, em determinadas situações, os direitos fundamentais entram em colisão entre si ou chocam-se com outros bens protegidos constitucionalmente. Nestas situações, está-se diante da colisão de direitos fundamentais, fenômeno que emerge quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência entre os direitos envolvidos¹.

Os direitos fundamentais podem entrar em conflito em situações especiais: nas hipóteses de concorrência de direitos fundamentais e de colisões de direitos fundamentais ou envolvendo direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional.

Tem-se como certo que a concorrência de direitos fundamentais manifesta-se quando um comportamento de um mesmo titular preenche os *pressupostos de fato* de vários direitos fundamentais².

A concorrência de direitos fundamentais poderá decorrer do *cruzamento* de direitos fundamentais, ou seja, o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. O conteúdo destes direitos possui, em certos setores limitados, uma cobertura normativa igual. Uma outra sorte de concorrência surge a partir da *acumulação* de direitos, circunstância em que determinado bem jurídico leva à acumulação de direitos fundamentais em um único sujeito.³

O fenômeno da concorrência de direitos fundamentais ostenta certo grau de dificuldade, a partir do instante em que os direitos envolvidos estão sujeitos a limites distintos. Conquanto inexista consenso acerca dos critérios adequados para

¹ Em relação ao fenômeno da colisão de direitos fundamentais conferir entre outros: STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitos constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1227.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*, *Ibidem*.

CLÊMERTON MERLIN CLÈVE
ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE

a seleção destes limites, tenha-se presente que para Canotilho e Moreira o critério mais apropriado seria o de emprestar “prevalência aos direitos fundamentais menos limitados e de excluir a concorrência quando da presença de normas constitucionais de natureza especial”.⁴

Os conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional ocorrem quando o exercício de direito fundamental ocasiona prejuízo a um bem protegido pela Constituição⁵. Nesta hipótese não se trata de *qualquer valor, interesse, exigência*, imperativo da comunidade, mas sim de um bem jurídico⁶. Bens jurídicos relevantes são aqueles que a Constituição elegeu como dignos de especial reconhecimento e proteção.

Por conseguinte, a colisão entre direitos e bens constitucionalmente protegidos “resulta de a Constituição proteger certos bens jurídicos que podem vir a encontrar-se numa relação de conflito ou colisão concreta com certo ou certos direitos fundamentais”⁷. Desta forma, a proteção de bens jurídicos ampara a restrição de direitos fundamentais com eles colidentes.

Em relação às colisões de direitos fundamentais, estas ocorrem quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência dos direitos envolvidos⁸.

Canotilho considera o conflito existente entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais como hipótese de colisão entre direitos fundamentais. Nesta perspectiva, *conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais* e *colisão de direitos fundamentais* reduzem-se a espécies ou modalidades de *colisão de direitos fundamentais*. Nesta linha, Robert Alexy discrimina colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo⁹.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 138.

⁵ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit. p. 1230.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Op. cit. p. 135.

⁸ Neste sentido conferir: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit. p. 1229. Para o autor: O autor considera existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Em tal situação, não se está a transitar no território do cruzamento ou da acumulação de direitos, mas diante de um autêntico conflito de direitos fundamentais; GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

⁹ ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.217, p.67-79, jul./set.1999.

ALGUMAS NOTAS SOBRE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em *sentido estrito*, a colisão entre direitos fundamentais opera a partir do momento em que o exercício ou realização de um direito fundamental de um titular irradia efeitos negativos sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais coincidentes ou díspares.¹⁰

Por outro lado, a colisão de direitos fundamentais em *sentido amplo* afirma-se quando estão em conflito direitos individuais fundamentais e bens coletivos constitucionalmente protegidos¹¹.

Conforme se extrai das considerações desenvolvidas, os conflitos no sítio dos direitos fundamentais se apresentam sob as modalidades (i) concorrência de direitos fundamentais, (ii) colisão de direitos fundamentais em *sentido estrito* e (iii) colisão de direitos fundamentais em *sentido amplo*.

Cabe, neste momento, eleger critérios a serem utilizados para resolver situações que ensejam colisões de direitos fundamentais e colisão de direitos fundamentais e outros bens constitucionalmente protegidos.

Faz-se opção, nesta ocasião, pela utilização do método hermenêutico constitucional concretista aliado ao princípio da proporcionalidade e ao método da ponderação de bens como critérios necessários a oferecer solução adequada aos conflitos de direitos fundamentais ocasionados no caso concreto.

3. O MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR E OS PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A presente abordagem é tributária da proposta de Konrad Hesse, para quem a leitura do texto normativo se dá, inicialmente, pela *pré-compreensão* de seu sentido através do intérprete. O sentido apreendido das normas constitucionais possibilita ao intérprete uma otimização prático-normativa, concretizando a norma a partir de uma posição histórica específica.

Conforme Konrad Hesse, a interpretação constitucional é concretização, e o ato de interpretar é condicionado à existência de passagens obscuras, que ocasionem dúvidas, reservando-se ao intérprete a determinação do conteúdo material da normativa constitucional.¹² Neste sentido, a interpretação constitucional é imantada de criatividade, restando completo o conteúdo da norma com sua aplicação ao caso concreto. À criatividade exercida pelo intérprete vincula-se a normativa constitucional.

¹⁰ Cf. VIEIRA DE ADRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. Para o autor a “esfera de protecção de um certo direito é constitucionalmente protegido em termos de intersectar a esfera de outro direito ou de colidir com uma norma ou princípio constitucional.”, p. 220.

¹¹ Conferir: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Senã. 2.ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p.79-208.

¹² Cf. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2.ed. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1992.

CLÊMERTON MERLIN CLÈVE
ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o método hermenêutico concretista “vem a realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjetivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: (2) os pressupostos objetivos, isto é, o contexto, actuando o intérprete como o operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete transformando a interpretação em <<movimento de ir e vir>> (círculo hermenêutico).”¹³ Neste sentido, o método hermenêutico concretista se orienta para um pensamento problematicamente direcionado.

O método hermenêutico concretizador, ao desempenhar sua tarefa, reclama o atendimento de alguns pressupostos: a pré-compreensão e o problema carente de solução¹⁴. O intérprete, ao compreender o conteúdo da normativa constitucional, encontra-se vinculado à sua situação histórica, que o condiciona em sua atividade criadora aos seus pré-conceitos e pré-juízos. Desta forma, a compreensão do conteúdo material da norma tem como pressuposto a pré-compreensão do intérprete.

O segundo pressuposto a ser atendido no processo de concretização constitucional é o da existência do problema concreto a resolver. Deverá o intérprete relacionar a norma a ser compreendida ao problema que demanda solução, se pretender determinar seu exato conteúdo. A hermenêutica constitucional, para Konrad Hesse, não existe desvinculada de problemas concretos¹⁵.

Conforme o mesmo autor, a compreensão do problema pressupõe um entendimento igualmente dependente da pré-compreensão do intérprete, que carece de uma fundamentação constitucional. Desta forma, a teoria da Constituição converte-se em condição tanto da compreensão da norma como do problema carente de solução.

O método hermenêutico concretizador exige um procedimento adequado para a concretização das normas constitucionais. Conforme Konrad Hesse, mediante uma atuação de natureza tópica orientada e vinculada pela norma haverão de se encontrar e se provar pontos de vista que, aferidos por meio da criação, sejam submetidos aos jogos de opiniões a favor e contra, buscando fundamentar a decisão da forma mais clara e convincente possível¹⁶. Deverá o intérprete afastar pontos de vistas alheios ao problema, incluindo no programa normativo e no âmbito normativo os elementos concretizantes ofertados pela normativa constitucional¹⁷. Nesse sentido, exercem relevante função no processo concretizador os princípios da hermenêutica constitucional.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitos constitucional*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 220.

¹⁴ STERN, Klaus. *Derechos del estado de la republica federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Para o autor, todo ato de interpretação é um trânsito do abstrato ao concreto. Neste sentido a interpretação é sempre concretização de normas através dos métodos de interpretação, p. 287.

¹⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p.62.

¹⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Op. cit., p. 43.

¹⁷ HESSE, Konrad. Idem, p. 43-44.

ALGUMAS NOTAS SOBRE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O método hermenêutico concretista apresenta um catálogo de princípios que otimizam a atividade de interpretação da Constituição. Tais princípios são imprescindíveis no processo de concretização constitucional. Para Canotilho, “a elaboração de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade da doutrina e praxis jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa.”¹⁸ Em razão da função exercida pelos princípios de interpretação constitucional no processo de solução de colisão de direitos fundamentais torna-se imprescindível a abordagem em espécie dos mesmos.

O *princípio da unidade da Constituição* evidencia sua importância como princípio interpretativo, a partir do instante em que se considera a Constituição como um sistema unitário de normas e procedimentos. Deve o intérprete harmonizar os espaços de tensão entre as normas de natureza constitucional.

Otto y Pardo confere ao princípio da unidade da Constituição o *status* de critério fundamental no manuseio das técnicas de limitação e restrição de direitos fundamentais¹⁹. Em caso de colisão de normas constitucionais deverá o intérprete aferir no caso concreto a solução que preserve o *design* da Constituição.

O *princípio do efeito integrador* relaciona-se com a necessidade de conferir à resolução que põe termo aos conflitos normativos de natureza constitucional critérios que otimizem a integração política e social proporcionando solução que dê continuidade à fórmula da unidade política.

O *princípio da conformidade constitucional* fixa o âmbito da competência funcional atribuída aos órgãos participantes do processo de interpretação da Constituição. Segundo Konrad Hesse “el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas; dicho órgano no deberá modificar la distribución de las funciones a través del modo y de dicha interpretación.”²⁰

O *princípio da eficiência* ou da *interpretação efetiva* imprime à norma constitucional máxima eficácia possível. O princípio da eficiência será invocado como critério interpretativo nas situações em que haja dúvida quanto à melhor interpretação possível, devendo-se optar pelo sentido que lhe confira maior eficácia.

Daí a razão pela qual, quanto aos direitos fundamentais, nas situações que ensejam dúvidas, deve-se eleger a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.

O *princípio da força normativa da Constituição* confere primazia, no âmbito discursivo dos problemas jurídico-constitucionais, aos argumentos que agreguem as

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit. p. 1187.

¹⁹ OTTO Y PARDO, Ignacio de y MARTIN-RETORRILLO, Lorenzo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1998, p. 107-108.

²⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Op. cit. p.47.

CLÊMERTON MERLIN CLÈVE
ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE

normas constitucionais à máxima eficácia possível e atualização normativa. Como se vê, a aplicação do princípio da força normativa da Constituição no âmbito dos direitos fundamentais, otimiza sua eficácia e reforça sua vinculação jurídico-constitucional afastando-os da livre disposição do legislador.

O *princípio da interpretação conforme a constituição* mais que um critério interpretativo, substancia técnica de decisão no controle de constitucionalidade. Segundo Canotilho o princípio da interpretação conforme a constituição “ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma.”²¹ Com efeito, na presença de normas dotadas de conteúdos plurissignificativos busca-se a interpretação que confira um sentido em conformidade com a Constituição.

Por fim, há o *princípio da concordância prática* ou da *harmonização*, que tem por finalidade imprimir aos conflitos entre bens jurídicos soluções de coordenação e combinação, afastando a possibilidade de ocorrência de sacrifícios de uns em relação aos outros. Conforme Konrad Hesse, “ (...) donde se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o incluso abstrata ‘ponderación de valores’, realizar, el uno a costa del otro (...) La fijación de límites deber responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad.”²² No exercício da concordância prática deve-se evitar ao máximo soluções que importem excesso na coordenação e combinação dos bens em conflito.

O espaço de atuação do princípio da concordância prática tem coincidido com o território dos direitos fundamentais, onde exerce atividade de conciliação entre direitos fundamentais conflitantes mediante fixação de limites e condicionamentos recíprocos, proporcionando o afastamento de soluções de sacrifício.

Numa fórmula feliz de Konrad Hesse pode-se dizer que ocorre razoável avanço em relação à tópica pura aplicada à interpretação constitucional. Hesse considera que “procedimento tópico vinculado em coerência com a peculiaridade da Constituição, relacionado ao problema, normativamente dirigido e limitado, que está consciente do significado da (pré)-compreensão, irá chegar por primeiro a resultados sólidos controláveis”²³

Saliente-se que o método hermenêutico concretizador reconhece limites. Neste particular, a hermenêutica constitucional está vinculada a algo estabelecido.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit. , p. 1189.

²² HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Op. cit. p.45-46.

²³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Op. cit. p.68.

ALGUMAS NOTAS SOBRE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os limites da hermenêutica constitucional encontram-se onde findam as possibilidades de uma compreensão adequada do texto da norma ou a partir do instante que um pronunciamento possa entrar em contradição unívoca com o texto da norma.²⁴

Assim, para a hermenêutica constitucional que parte do primado do texto, é o texto constitucional o limite intransponível da atividade hermenêutica.

4. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio da proporcionalidade exerce função primordial na teoria constitucional contemporânea. É de aplicação necessária nas hipóteses de colisão e restrição de direitos fundamentais. Não existe um consenso doutrinário em torno de uma delimitação conceitual. As razões cambiam entre a complexidade intrínseca à natureza do princípio e as oscilações terminológicas e imprecisões conceituais. O princípio da proporcionalidade compreende, como alerta a melhor doutrina os princípios parciais da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*.

O *princípio da adequação* determina, dentro do faticamente possível, o meio eleito para atingir o fim estabelecido, mostrando-se apto e apropriado. O meio escolhido deve ser exigível para o caso concreto, não sendo possível a eleição de outro meio de igual eficácia. O *princípio da proporcionalidade em sentido estrito* exige uma correspondência juridicamente adequada entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio escolhido²⁵. Enfatiza Wilson Steinmetz que o resultado perseguido vincula necessariamente os efeitos produzidos em relação aos direitos fundamentais. Reclama-se na relação meio-fim mútua razoabilidade²⁶.

Gavara de Cara considera que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito “se examina mediante una confrontación entre el objeto de la intervención y el efecto que tiene esa intervención em el derecho fundamental.”²⁷ O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, expressa o equilíbrio resultante do confronto entre vantagens e desvantagens ocasionadas na medida restritiva a direito fundamental necessária à proteção de outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido.

²⁴ HESSE, Konrad. Idem, p. 69.

²⁵ Conferir: ALEXY, Robert. Derecho e Razón Practica. Mexico: Fontamara, 1993, p 33.

²⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Op. cit., p. 152.

²⁷ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley Fundamental de Bonn*. Op. cit., p. 308

CLÊMERTON MERLIN CLÈVE
ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE

Robert Alexy identifica o princípio da proporcionalidade em sentido estrito com o método da ponderação de bens, eis que nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importância de la satisfacción del otro”²⁸. Neste caso, necessário se faz checar a relação de precedência entre os princípios em tensão.

O princípio da proporcionalidade exige uma ponderação dos direitos fundamentais ou bens de natureza constitucional que estão em jogo, conforme o peso a eles atribuído. Conforme Karl Larenz, “ponderar” e “sopesar” implicam apenas imagens, ou seja, não equivalem a grandezas quantitativamente mensuráveis, resultando apenas de valorações que não só devem ser orientadas a uma pauta geral como, de idêntica maneira, a situações concretas problematizantes. Desta forma, a ponderação de bens deve ser realizada no caso concreto mediante um problema a ser resolvido.²⁹

Portanto, é a partir do princípio da proporcionalidade que se opera o “sopesamento” dos direitos fundamentais, assim como dos bens jurídicos quando se encontram em estado de contradição, oferecendo ao caso concreto solução ajustadora de coordenação e combinação dos bens em colisão³⁰.

Na Constituição de 1988, o *princípio da proporcionalidade*, sobre derivar do Estado de Direito (art.1.º), confunde-se com o *princípio do devido processo legal substancial* previsto no art. 5.º, LIV, da CF, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.³¹

Exige o princípio da proporcionalidade, nas hipóteses de restrição legislativa que, no âmbito dos direitos e garantias, qualquer limitação feita por lei ou com base na lei seja adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)³². Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “a exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins)”; “a exigência da necessidade

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 161.

²⁹ LARENZ, Karl. *Metodología da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 575.

³⁰ Conferir sobre o tema: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2.ed.rev. atual. São Paulo: Celso Basto Editor, 2001, p. 63-87. Ver, para tanto, do mesmo autor: *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Basto Editor, 2000. p. 71-87; *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.43-61.

³¹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. Sobre a natureza e fundamentação normativas do princípio da proporcionalidade conferir: STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.155-172; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 112.

³² Conferir acerca do tema: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília Jurídica, 2000.

pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos ‘coactivo’, relativamente aos direitos restringidos” e, finalmente, “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (= princípio da justa medida), significa que uma lei restritiva, *mesmo adequada e necessária*, pode ser inconstitucional, quando adote ‘cargas coactivas’ de direitos, liberdades e garantias ‘desmedidas’, ‘desajustadas’, ‘excessivas’ ou ‘desproporcionadas’ em relação aos resultados obtidos”.³³

Da análise promovida em torno do princípio da proporcionalidade constata-se que, assim como o método hermenêutico concretista, a sua aplicação demanda atuação de outros critérios que devem ser aplicados, conjuntamente, às situações que envolvam colisões de direitos fundamentais.

A par dos critérios outrora mencionados, faz-se opção neste ensaio pelo emprego concomitante do método de ponderação de bens como técnica necessária ao equacionamento das colisões entre direitos fundamentais.

5. A PONDERAÇÃO DE BENS COMO MÉTODO ADEQUADO PARA SOLUÇÃO DE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A ponderação ou balanceamento compreende método hábil a proporcionar solução ajustadora à colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos³⁴.

Deveras, a interpretação apresenta-se na resolução dos conflitos entre direitos fundamentais, como um procedimento destinado a adjudicar sentido à elaboração de uma norma de decisão. Nesta situação, a ponderação é conferida a missão de propiciar equilíbrio aos direitos que estão em estado de tensão. A atividade interpretativa principia por uma reconstrução e qualificação dos interesses contrapostos atribuindo sentido à norma de decisão³⁵. Por outro lado, a ponderação promove a ordenação entre os fatos e a normativa conferindo, desta forma, critérios para a obtenção de uma decisão constitucionalmente adequada.

³³ CANOTILHO, *Direito constitucional*. *Op. cit.*, p. 628.

³⁴ Sobre a temática conferir: SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo, 2001.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. *Op. cit.* Para o autor topografia do conflito é a descrição das modalidades segundo as quais a norma que regula um determinado direito ou interesse incide, num caso específico, no âmbito de direitos ou bens em conflito. A checagem do conflito exige esclarecimento acerca de dois pontos: (1) Em que medida a área de um direito (âmbito normativo) se sobrepõe à área de um outro direito identicamente protegido. (2) O espaço restante aos bens em conflito para além da zona de sobreposição.

CLÊMERTON MERLIN CLÈVE
ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE

Canotilho adverte que a ponderação não é de forma alguma modelo de abertura para uma justiça casuística ou de sentimentos. Afinal, o método de *balancing* é submetido a uma cuidadosa *topografia do conflito* aliada a uma justificação da solução do conflito através do caso concreto.³⁶

A partir da *topografia do conflito* o intérprete poderá, através do *teste de razoabilidade*, checar as áreas pertencentes ao âmbito normativo dos bens envolvidos no conflito. Por intermédio do *teste de razoabilidade* poderá o intérprete aferir o conteúdo valorativo de interesses pretensamente invocados como dignos de proteção. Poderá ser o teste, “um esquema metódico que permite excluir a existência de um verdadeiro conflito de bens pelo facto de um dos direitos invocados não estar ou não se poder considerar ‘enquadrado’ na esfera de protecção de uma norma constitucional”.³⁷

Como se vê, impõe-se o método da ponderação de bens nas situações em que existam pelo menos dois bens ou direitos albergados em normas jurídicas que, em determinadas situações, não possuem suas potencialidades otimizadas. Nessa esteira, “excluem-se, por conseguinte, relações de preferência *prima facie*, pois nenhum bem, é, *prima facie*, quer excluído, porque se afigura excessivamente débil, quer privilegiado porque, *prima facie*, se afigura com valor ‘reforçado’ ou até absoluto”.³⁸ Desta forma, o método da ponderação de bens consiste em técnica capaz de propiciar em um campo de tensão principiológica a escolha do princípio que possui maior peso ou valor.

O método de ponderação de bens pode sugerir a existência de uma hierarquia axiológica e dinâmica entre os princípios em tensão. Uma hierarquia axiológica, eis que confere em justa medida maior ou menor peso ou valor aos princípios colidentes. Dinâmica por se estar diante de relação axiológica mutável que outorga primazia axiológica a uma relação específica podendo inverter-se em situação diversa³⁹.

À guisa de conclusão, cumpre lembrar que a resolução de colisão entre bens constitucionalmente protegidos reclama aplicação do princípio da concordância prática, eis que imprime coordenação necessária a efetivação concomitante dos bens em jogo. O princípio da unidade da Constituição clama otimização eficaz a ambos os bens. Segundo Konrad Hesse, o delineamento dos limites efetuados no caso concreto, deve ser proporcional não podendo extravasar os limites necessários

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Op. cit., p. 1201

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Idem, p. 1203.

³⁹ A diferença do que supostamente propõe: BORGES, José Souto Maior. Pró-Dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. In *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. I 1993; RAWLS, John. *A theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1994, p. 43.

ALGUMAS NOTAS SOBRE COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

à concordância entre os bens jurídicos em colisão⁴⁰. O princípio da concordância prática carece do auxílio do princípio da proporcionalidade como forma de evitar o abandono do princípio da unidade da constituição.⁴¹ Nesse sentido, Friedrich Muller observa que, o princípio da concordância prática formula, nos casos de concorrência e colisão de normas de direitos fundamentais, uma sobreposição parcial de âmbitos de vigência que permite traçar aos bens jurídicos envolvidos, linhas fronteiriças de forma tão proporcional que eles cofundamentem também no resultado a decisão acerca do caso concreto⁴². Prossegue Friedrich Muller, “a otimização de todas as normas e de todos os bens tutelados envolvidos, exigida pelo princípio da concordância prática, não pode indicar positiva, mas só negativamente o objetivo da concretização. A concretização não deve atribuir globalmente, no sentido da ‘ponderação’, o ‘primado’ a uma norma e fazer a outra ‘recuar para o segundo plano’ de forma igualmente global.”⁴³ Mesmo codeterminando o caso concreto como norma de decisão, tão-somente uma das normas que estão em estágio de tensão será inteiramente realizada, selando o destino da norma concorrente à uma posição secundária.

Cumprido concluir afirmando que o método de ponderação de bens, aliado à aplicação do princípio da proporcionalidade, confere soluções ajustadoras aos conflitos entre normas de direitos fundamentais revestidas de princípios⁴⁴.

6. O MESTRE JOSÉ AFONSO DA SILVA

As presentes linhas condensam singela homenagem ao Jurista José Afonso da Silva, exemplo de constitucionalista, homem público, de ser humano, verdadeiro modelo para a nova geração de profissionais do direito.

Curitiba, inverno de 2002.

⁴⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. *Op. cit.*, p. 66-67. O princípio da proporcionalidade expressa “uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que satisfaz o melhor aquela tarefa de otimização, não uma relação entre uma finalidade constante e um meio variável ou vários”.

⁴¹ HESSE, Konrad. *Idem*, p.67. Segundo o autor, idêntica situação ocorre na relação entre concessões e restrições de liberdade jurídico-constitucionais quando é fixado o sentido de uma presunção inicial a favor da liberdade, restando impossível imprimir a essa presunção um princípio de interpretação constitucional.

⁴² MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. rev. trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 86.

⁴³ MULLER, Friedrich. *Idem*, *ibidem*.

⁴⁴ Sobre a relação entre o princípio da proporcionalidade e a ponderação de bens conferir: GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley Fundamental de Bonn*. *Op. cit.*, p. 287 ; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. *Op. cit.*, p. 143-145.

**CLÊMERTON MERLIN CLÈVE
ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Derecho e Razón Practica*. Mexico: Fontamara, 1993.
- _____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997
- _____. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Senã. 2.ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- _____. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.217, p.67-79, jul./set.1999.
- BORGES, José Souto Maior. Pró-Dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. In *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. I, 1993
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitos constitucional*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- _____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed.rev.atual. São Paulo: Celso Basto Editor, 2001.
- _____. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Basto Editor, 2000.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1992.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. rev. trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- OTTO Y PARDO, Ignacio de y MARTIN-RETORRILLO, Lorenzo. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1998.
- RAWLS, John. *A theory of Justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1994.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e principio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VIEIRA DE ARAÚJO, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.