

## Apontamentos sobre Colisão entre Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade

Notes on the Collision between Fundamental Rights and the Proportionality Principle

Apuntes Sobre la Colisión entre Los Derechos Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad

Recebido: 12/03/2022 | Revisado: 19/03/2022 | Aceito: 20/03/2022 | Publicado: 27/03/2022

**Daniele Alves Moraes**

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5536-3376>

Universidade Estadual de Minas Gerais, Brasil

E-mail: [daniele.moraes@uemg.br](mailto:daniele.moraes@uemg.br)

### Resumo

O aumento da complexidade das relações sociais e as modificações da concepção do Estado, aliados ao ideal democrático dominante, exigiram a previsão e a proteção, na nossa ordem constitucional, de grande quantidade de Direitos Fundamentais. Assim, novos problemas surgiram para a efetivação destes direitos e para a determinação da correta aplicação de cada um deles. A jurisdição constitucional e a ponderação de interesses para a solução de conflitos entre Direitos Fundamentais atuam no sentido de garantir e efetivar os Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. A pesquisa se deu pelo método dedutivo, correspondendo à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. Logo em seguida será utilizado o método argumentativo-dialético, sob a forma de lógica da persuasão. Através deste método, buscar-se-á a compreensão do fenômeno jurídico que se pretende estudar, ou seja, analisar as posições doutrinárias sobre o tema para concluir que a jurisdição constitucional e a ponderação de interesses através do princípio da proporcionalidade para a solução de conflitos entre Direitos Fundamentais são instrumentos que garantem a supremacia da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional; Direitos fundamentais; Colisão; Princípio da proporcionalidade.

### Abstract

The increase in the complexity of social relations and the changes in the conception of the State, together with the dominant democratic ideal, required the anticipation and protection, in our constitutional order, of a great number of Fundamental Rights. Thus, new problems arose for the realization of these rights and for the determination of the correct application of each one of them. The constitutional jurisdiction and the balance of interests for the resolution of conflicts between Fundamental Rights act in the sense of guaranteeing and effecting the Fundamental Rights foreseen in the Federal Constitution of 1988. The research was by the deductive method, corresponding to the discursive extraction of knowledge from general assumptions applicable to specific assumptions. Next, the argumentative-dialectical method will be used, in the form of a logic of persuasion. Through this method, we will seek to understand the juridical phenomenon that we intend to study, that is, to analyze the doctrinal positions on the subject to conclude that the constitutional jurisdiction and the balance of interests through the principle of proportionality for the solution of conflicts between Fundamental Rights are instruments that guarantee the supremacy of the Federal Constitution.

**Keywords:** Constitutional Jurisdiction; Fundamental law; Collision; Proportionality principle.

### Resumen

El aumento de la complejidad de las relaciones sociales y los cambios en la concepción del Estado, aliados al ideal democrático dominante, exigieron la provisión y protección, en nuestro orden constitucional, de un gran número de Derechos Fundamentales. Así, surgieron nuevos problemas para la realización de estos derechos y para la determinación de la correcta aplicación de cada uno de ellos. La jurisdicción constitucional y la ponderación de intereses para la solución de conflictos entre Derechos Fundamentales actúan en el sentido de garantizar y realizar los Derechos Fundamentales previstos en la Constitución Federal de 1988. La investigación se realizó por el método deductivo, correspondiente a la extracción discursiva del conocimiento a partir de premisas generales aplicables a hipótesis concretas. Luego se utilizará el método argumentativo-dialéctico, en forma de lógica de persuasión. A través de este método se buscará la comprensión del fenómeno jurídico que se pretende estudiar, es decir, analizar las posiciones doctrinarias sobre el tema para concluir que la jurisdicción constitucional y la ponderación de intereses a través del principio de proporcionalidad para la solución de conflictos entre Derechos Fundamentales son instrumentos que garantizan la supremacía de la Constitución Federal.

**Palabras clave:** Jurisdicción Constitucional; Derechos fundamentales; Colisión; Principio de proporcionalidad.

## 1. Considerações Iniciais

A jurisdição constitucional deve operar no sentido de garantir e efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Direitos Fundamentais se traduzem como o núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana e a Constituição é o lugar adequado para positivizar as normas asseguradoras dessa pretensão. Sua concretização é assegurada pelo Estado, que deve garantir que o indivíduo, exercendo seus direitos fundamentais, não sofra restrições ilegítimas.

Ocorre que em algumas situações o indivíduo poderá sofrer uma restrição legítima no exercício de seus direitos fundamentais. Como exemplo dessa restrição tem-se a colisão entre direitos fundamentais, isto é, quando um direito fundamental, em uma mesma situação, entra em choque com outro direito fundamental. Doutrina e jurisprudência pátria ainda não chegaram a um consenso pacífico para a solução deste problema.

O presente trabalho propõe-se a apresentar uma possível solução para o problema da colisão entre direitos fundamentais, enfatizando a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da jurisdição constitucional das liberdades.

O trabalho apresentará uma breve consideração acerca da jurisdição constitucional, dos Direitos Fundamentais e suas dimensões. Logo após será apresentada a ponderação de interesses através do princípio da proporcionalidade para a solução de conflitos entre Direitos Fundamentais como instrumento que garante a supremacia da Constituição Federal.

## 2. Metodologia

A pesquisa se deu pelo método dedutivo, correspondendo à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. Logo em seguida será utilizado o método argumentativo-dialético, sob a forma de lógica da persuasão. A pesquisa é de natureza qualitativa e utiliza como suporte metodológico a obra de Adriana Soares Pereira. (2018).

## 3. Jurisdição Constitucional

A Constituição, como fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias, estabelece o fundamento de validade das leis e atos normativos. Este entendimento traduz a supremacia da Constituição sobre todas as normas, ou seja, todas as normas devem se adequar, conformar com a Constituição, pois ela é o grau máximo do direito positivo. (Veloso, 2013, p. 18).

Ocorre que esta supremacia constitucional somente será alcançada se de fato existir um sistema eficiente de defesa da Constituição, para que ela sempre prevaleça quando em conflito com leis e atos normativos. O controle de constitucionalidade se traduz nesse sistema de defesa da Magna Carta, garantindo a harmonia de todas as normas com a Constituição.

O controle jurisdicional de constitucionalidade, além de garantir que nenhuma norma entre em conflito com a Constituição, assegura também que sejam evitados excessos, abusos e desvios de poder, possibilitando assim as liberdades públicas, a cidadania, os direitos e garantias fundamentais (Velosos, 2013, p. 18)

Portanto, a existência de uma jurisdição constitucional caracteriza-se tão importante quanto a própria Constituição, pois possui a dupla função de fiscalizar sua aplicação e de protegê-la de eventuais atos normativos que atentem ao seu conteúdo formal e material. Significa afirmar que, sendo a Constituição o fundamento de validade do ordenamento e da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a “condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”. (Streck, 2002, p. 96)

As discussões sobre jurisdição constitucional têm origem no famoso julgamento do caso *Marbury x Madison* nos EUA (1803), quando a Suprema Corte deste país anunciou a superioridade hierárquica da Constituição sobre as demais leis e do consequente poder dos juízes e tribunais de não aplicar normas infraconstitucionais contrárias à Lei Maior, apresentando o

modelo de controle difuso de constitucionalidade que é atualmente utilizado em vários países.

Depois, com os ensinamentos de Hans Kelsen sobre a posição hierárquica suprema da Constituição em relação às outras normas jurídicas, foram surgindo ideias sobre o controle concentrado de constitucionalidade e a jurisdição constitucional ganhou destaque. Surgiram em diversos países, Tribunais Constitucionais com o intuito de combater a incompatibilidade vertical das normas infraconstitucionais com a Constituição, como é o caso do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

A jurisdição constitucional brasileira realiza o controle difuso e concentrado das normas.

Ocorre que, mesmo que essencial para a supremacia da Constituição e equilíbrio do ordenamento jurídico, o controle da constitucionalidade não é suficiente para garantir a efetividade dos princípios do Estado Democrático de Direito, que tem como finalidade, expressa no preâmbulo da Constituição “... assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança...”

A garantia ao respeito aos direitos e liberdades fundamentais é o cerne do regime constitucional, além de ser imprescindível para a concretização substancial dos princípios democráticos. Assim surge o que a doutrina chama de jurisdição constitucional das liberdades.

Canotilho (2002, p. 86) afirma ser a justiça constitucional um “complexo de atividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes”.

A jurisdição constitucional pode ser definida como a atividade judicial de defesa da Constituição, mormente pelo desempenho do controle de constitucionalidade e pela proteção processual dos direitos fundamentais, pressupondo conseqüentemente a rigidez constitucional e a existência de uma corte criada para tal fim. (MORAES, 2000, P. 47)

Tratar do tema jurisdição constitucional provoca a discussão sobre o controle de constitucionalidade e sobre a tutela dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente protegidos, por meio de um Tribunal Constitucional, ou por via difusa, em que os demais órgãos do Poder Judiciário têm legitimidade para promover a composição de lides nas quais incidam tais matérias.

#### **4. Breves Considerações Acerca dos Direitos Fundamentais**

Os direitos fundamentais fornecem elementos para a compreensão do Estado de Direito e da própria democracia. A afirmação de que os direitos fundamentais são o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico de um Estado em um determinado tempo, remonta à uma longa história com origens no direito natural. É necessário “compreender que os direitos fundamentais não são sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica”. (Mendes, 2007, p. 221).

O cristianismo apresentou a ideia de dignidade única do homem, que necessita de uma proteção especial. Robert Alexy (Mendes, 2007, p. 221) lembra da declaração de igualdade em São Paulo (Gálatas, 3, 28): “Não há judeu, nem grego, não há varão, nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus”.

As teorias contratualistas, nos séculos XVII e XVIII, enfatizaram a submissão da autoridade política à primazia que se atribuía ao indivíduo perante o Estado.

Nesse período começa a ser cogitada a noção de universalidade dos direitos naturais, que culminou na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem, em 1789 na França, quando se dá a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem.

Os direitos fundamentais assumem posição definitiva na sociedade, se reconhece que o indivíduo tem direitos e deveres perante o Estado, e os direitos que este possui em relação aos indivíduos são no sentido de melhor cuidar das

necessidades dos cidadãos. Mesmo não podendo ser caracterizados como direitos homogêneos, os direitos fundamentais apresentam elementos em comum relativos aos princípios, características e métodos interpretativos. Apresentam em comum o princípio da universalidade, o princípio da igualdade e o princípio de acesso à justiça e da garantia da tutela jurisdicional efetiva.

De acordo com Ferrajoli os direitos fundamentais são aqueles direitos subjetivos que universalmente correspondem a “todos” os seres humanos como dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; compreender por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (de benefícios) ou negativa (de não sofrer lesões) atribuída a um sujeito por uma norma legal; e por “status” a condição de um sujeito, também previsto por uma norma jurídica positiva, como presunção de sua adequação a ser titular de situações jurídicas e / ou autor dos atos que são o exercício dessas (2004, p. 37).

Através do princípio da universalidade pode-se afirmar que a titularidade dos direitos fundamentais está pulverizada por todos os sujeitos de direito.

O princípio da universalidade por diversas vezes é confundido com o princípio da igualdade, mas estes são princípios distintos. A universalidade adota um critério meramente quantitativo, estabelece quem são os destinatários da norma de direito fundamental, ao passo que a igualdade pressupõe critério qualitativo, impondo que a incidência da norma se dê da mesma forma a todos os seus destinatários.

A Constituição brasileira não faz distinção entre os dois princípios, estando ambos consubstanciados no mesmo preceito (art. 5º, caput). Por este dispositivo legal, estão suscetíveis às normas de direitos fundamentais todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

O princípio da universalidade decorre da própria natureza e historicidade dos direitos fundamentais, que surgiram com o papel de preservar a dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos. Desde o início de sua história, os direitos fundamentais ressaltam a tendência universal, englobando todos os seres humanos.

Ao lado do princípio da universalidade, e com ele semelhante, conforme acima referido, figura o princípio da igualdade ou isonomia, que deve ser observado tanto no momento da criação quanto no momento da aplicação do direito.

O princípio da igualdade por sua vez, deve ser observado no momento de criação e de aplicação dos direitos, parte de um conceito filosófico de que todos os homens são iguais, cabendo ao direito respeitar e viabilizar essa igualdade através das normas jurídicas e dos mecanismos de garantia. A igualdade surge indissociável da própria liberdade individual, haja vista ser um pressuposto para a “uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico”. (Canotilho, 2002, p. 446).

De acordo com o princípio da garantia da tutela jurisdicional efetiva, tem-se a proteção institucionalizada aos direitos fundamentais, assegurando o acesso ao direito e aos tribunais a todo indivíduo.

Com a aplicação efetiva desses três princípios, universalidade, igualdade e acesso à justiça, o Estado garante a devida proteção aos indivíduos, através de seus órgãos jurisdicionais, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais.

Então, através da jurisdição constitucional das liberdades, o Poder Público exerce a atribuição de fazer valer os direitos fundamentais, assegurando a prevalência de sua integridade diante de lesão ou ameaça de lesão.

E para garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais, muitas vezes será necessário recorrer aos remédios constitucionais. Eles serão utilizados como instrumentos de defesa em face de possíveis violações aos preceitos constitucionais, restaurando o equilíbrio anterior.

Entre os remédios constitucionais brasileiros podemos citar o habeas corpus (art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), o habeas data (art. 5º, LXXII), a ação popular (art. 5º, LXXIII), a ação civil pública (art. 129, III) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF (art. 102, §1º).

Além dos remédios constitucionais, o art. 60, § 4º, IV, CF/88 afirma que os direitos fundamentais são protegidos do poder reformador por meio da elevação de seu status a cláusulas pétreas, não podendo ser modificados. Os direitos fundamentais possuem quatro características elementares, são elas: historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade.

Com exceção da historicidade, essas características decorrem do fato dos direitos fundamentais serem direitos personalíssimos, eles são inerentes à dignidade da pessoa humana, não se revestem de caráter econômico-patrimonial, são insuscetíveis de transmissão a título gratuito ou oneroso, sendo vedado qualquer ato no sentido da disposição de sua titularidade.

O indivíduo pode até deixar de exercê-los, mas a exigibilidade dos direitos fundamentais nunca será prejudicada em razão da inércia.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais vivem em constante transformação, e seus conteúdos variam de acordo com o momento histórico e com a cultura do povo que os consagrou.

A interpretação das normas de direitos fundamentais deve levar em conta as concepções de Estado, democracia e cidadania.

De acordo com Paulo Bonavides (2003, p. 605), citando Konrad Hesse, na interpretação das normas constitucionais, e, conseqüentemente, na interpretação dos direitos fundamentais, não se deve observar somente as regras tradicionais, pois significaria desvirtuar o fim da interpretação. Os direitos fundamentais devem ser interpretados de acordo com métodos modernos da nova hermenêutica, denominados concretizador ou concretista, o qual explica que o sentido da norma só poder ser extraído em sua completude diante da situação subjetiva, vedada a interpretação restritiva, levando em consideração, sobretudo o caráter histórico desses direitos.

O método concretista, por ser utilizado na esfera da jurisdição constitucional das liberdades, atende aos princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, da interpretação conforme a Constituição, da unidade da Constituição e da razoabilidade.

#### **4.1 As Dimensões dos Direitos Fundamentais**

De acordo com Paulo Bonavides (1998, P. 514-531) foi Karal Vasak, em aula inaugural em 1979, nos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, quem bem delimitou o desenvolvimento das diversas categorias de direitos. Em um primeiro momento, têm-se os direitos fundamentais de primeira geração, que são os que dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, traduzindo o valor liberdade. Os de segunda geração resultam da Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX, com o nascimento da classe operária e tinham como objetivo a igualdade de oportunidades, valorizando a dignidade da pessoa humana, com garantia de alimentação, Saúde e amparo aos idosos, traduzindo o valor de igualdade. Os direitos de terceira geração tratam do valor fraternidade. Originam-se da noção de um mundo globalizado (mudanças na comunidade internacional, sociedade de massa, crescente desenvolvimento tecnológico e científico) objetivando o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz, à propriedade em relação aos bens comuns da humanidade e à comunicação. Chega-se já a mencionar os direitos de quarta geração que compreenderiam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

Os ideais consagrados com a Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, são representados e identificados pelas gerações de direitos fundamentais. A primeira geração de direitos fundamentais é identificada pelos direitos individuais de liberdade, a segunda geração se identifica com os direitos sociais, ou seja, a igualdade. Por sua vez, a terceira geração se relaciona com a fraternidade, que corresponde aos direitos difusos e coletivos.

A terminologia geração não é a mais adequada, pois transmite a ideia de que cada geração é substituída por outra, o

que não ocorre em absoluto. A melhor doutrina vem utilizando a expressão dimensão, que transmite a ideia de coexistência, ou seja, cada nova dimensão dos direitos fundamentais harmoniza-se com a já existente, sem obstá-la, em um processo qualitativamente cumulativo, aberto e mutável.

Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 60) afirma que identificar as dimensões dos direitos fundamentais com os ideais da revolução francesa não é adequado, pois os ideais da revolução francesa não fazem referência ao princípio da dignidade da pessoa humana e nem à vida.

Continuar a empregar apenas os ideais da revolução francesa para identificar os direitos fundamentais seria negar-lhes sua evolução, seu desenvolvimento no sentido de acompanhar as mudanças da sociedade. Atualmente fala-se em direitos fundamentais de quarta dimensão, que não encontram referências nos ideais da revolução francesa.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão são conceituados pelo professor Paulo Bonavides (2003, p. 571) como resultado da globalização dos direitos fundamentais, de forma a universalizá-los institucionalmente, citando como exemplos o direito à democracia, à informação, ao comércio eletrônico entre os Estados.

Na verdade, as diversas dimensões dos direitos fundamentais correspondem a gerações de movimentos revolucionários: desde as revoluções liberais contra o absolutismo até as Constituições deste século, incluindo a italiana de 1948 e a espanhola de 1978, nascidas no contexto da resistência ao fascismo. (Ferrajoli, 2002, p. 54).

As dimensões dos direitos fundamentais traduzem o resultado de reivindicações concretas decorridas de situações onde ocorreram violações ou ameaças a bens elementares do ser humano em um dado momento histórico. A teoria dimensional dos direitos fundamentais não indica apenas o caráter cumulativo do processo evolutivo e a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas “afirma sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, no âmbito do moderno direito internacional dos direitos humanos”. (Sarlet, 2018, p. 51)

Os direitos de primeira dimensão inauguraram o movimento de constitucionalização dos direitos fundamentais. Surgem no momento histórico em que dominava o pensamento liberal-burguês, possuem caráter individualista, se traduzem nos direitos civis e políticos, tais como o direito à vida, à nacionalidade, entre outros. Constituem a dimensão de direitos fundamentais mais expressiva e consolidada globalmente.

A titularidade dos direitos de primeira dimensão pertence ao indivíduo, são oponíveis ao Estado, correspondem a uma prestação negativa do Poder Público, configurando direitos de oposição ou de resistência, que procuram evitar a intervenção estatal na esfera da vida privada.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão decorrem do constitucionalismo antiliberal do Estado Social do século XX. São consagrados nas Constituições que surgiram após a segunda guerra mundial. Abrangem os direitos sociais, econômicos, culturais e as chamadas liberdades sociais, tendo estrita conexão com os princípios de igualdade e justiça social. Exigem uma conduta positiva do Estado, a fim de proporcionar sua efetivação.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais representa os direitos difusos e coletivos, cuja titularidade não se concentra mais no indivíduo e pertence à toda coletividade. São eles os direitos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à autodeterminação dos povos. Despontam num momento histórico, no qual o homem compreende que a qualidade de vida e a solidariedade entre os seres humanos, independente de etnia, são tão importantes quanto à liberdade e a igualdade.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são extremamente heterogêneos e complexos, e a proteção, muitas vezes, revela-se ineficaz quando realizada somente no plano nacional, exigindo também uma garantia internacional, o que leva a se pensar em globalização do direito. Para garantir a efetividade dos direitos fundamentais de terceira dimensão não basta a proteção do Estado nacional, é preciso buscar uma proteção globalizada, internacional. Existe uma tendência na doutrina moderna mundial em reconhecer a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão, que representam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Os direitos fundamentais de quarta dimensão decorrem da globalização política na

esfera da normatividade jurídica, correspondendo à fase última de institucionalização do Estado social. (BONAVIDES, 2003, p. 571)

## 5. Colisão entre Direitos Fundamentais

A colisão entre direitos fundamentais assemelha-se ao conflito entre princípios. Do mesmo modo que o princípio, o direito fundamental apresenta conteúdo abrangente e abstrato, informativo da atuação do poder público, sendo possível capturá-lo apenas diante do caso concreto posto. A colisão entre regras (entendidas como subgêneros da norma jurídica) é solucionada no plano de validade da norma, em conformidade com os critérios cronológico (*lex posterior derogat priori*), hierárquico (*lex superior derogat lex inferior*) e da especialidade (*lex specialis derogat generali*). A aplicação das regras decorre da simples subsunção.

Por outro lado, a colisão de princípios (aqui também entendido como espécie do gênero norma jurídica) está localizada em plano axiológico, não podendo haver preponderância de um sobre o outro, mas sim a ponderação dos interesses jurídicos em conflito, com a intenção de harmonizá-los para então alcançar uma solução.

A princípio, os direitos fundamentais são ilimitados. Contudo, são duas as hipóteses em que sofrem limitação legítima: no caso de elaboração, baseada em exigência constitucional, de norma restritiva de direito fundamental e quando um ou mais direitos fundamentais colidem entre si (colisão *stricto sensu*) ou com outro princípio constitucional (colisão *lato sensu*).

Cumprido ressaltar que não existe hierarquia entre direitos fundamentais, por ser incompatível com sua natureza e função no Estado Democrático de Direito.

No sistema brasileiro Constitucional, como sistema rígido que é, existe hierarquia entre algumas normas constitucionais, evidenciadas pela proteção de alguns dispositivos sob a forma de cláusulas pétreas. Porém, essa hierarquia entre as normas constitucionais não se aplica entre os direitos fundamentais, que gozam da mesma proteção no bojo da Constituição.

De acordo com José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 730), os direitos fundamentais possuem a qualidade da “supraconstitucionalidade”, ou seja, são superiores às outras normas jurídicas. Contudo não possuem essa superioridade entre si.

Se o direito à vida fosse sempre superior aos demais direitos, não seria admitido pela legislação pátria o aborto em caso de estupro, já que inexistiria risco de vida à mulher e ao feto. Nesse caso conflitam dois direitos fundamentais: o direito à vida do feto e o direito à honra da mulher vítima da violência, tendo o legislador, ao ponderar os interesses jurídicos em questão, optado por prestigiar a honra da mulher em detrimento da vida do feto.

O STF, seguindo a orientação das cortes constitucionais italiana, alemã, portuguesa, francesa, espanhola e norte americana, posicionou-se no sentido de não admitir hierarquia entre os direitos fundamentais, gozando todos da mesma proteção constitucional.

O entendimento de que os direitos fundamentais estão todos no mesmo patamar constitucional, leva à conclusão de que os valores envolvidos na situação concreta devem ser confrontados, fazendo uso de um juízo de razoabilidade no sentido de extrair o conteúdo dos direitos fundamentais conflitantes para harmonizá-los, mesmo que dada as circunstâncias apresentadas um prepondera sobre os demais.

### 5.1 O princípio da proporcionalidade

De todo princípio emana uma força vinculante que limita em maior ou em menor grau as atividades do poder público. O princípio da proporcionalidade figura como instrumento controlador do Poder Público, na medida em que impõe elementos

de ordem subjetiva e objetiva, embasados na razão, bom senso, equilíbrio e justiça, para aferir legitimidade aos atos estatais, seja na esfera executiva, legislativa ou judiciária.

De acordo com Alexandre Freitas Câmara (1998, p. 42) “a garantia substancial do devido processo legal pode ser considerada como o próprio princípio da razoabilidade das leis”. Isso porque, ao assegurar que o devido processo legal é princípio de incidência não apenas processual, mas igualmente importante no âmbito do direito material, foi inaugurada uma discussão acerca da possibilidade de exame meritório dos atos emanados pelos agentes estatais, traduzindo uma ideia de razoabilidade e racionalidade, uma noção de ponderação entre os meios empregados pelo poder público e os fins almejados, de forma a proporcionar solução adequada e menos onerosa à sociedade.

Willis Santiago Guerra Filho (2001, p. 269) identifica no princípio da proporcionalidade a norma fundamental que garante a unidade lógico-substantiva da ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático, tendo como função hermenêutica “a de hierarquizar, em situações concretas de conflito, todos os demais princípios a serem aplicados, fornecendo assim, a unidade e consistência desejadas”.

A proporcionalidade, no Estado Democrático de Direito, surge como pilar do direito constitucional moderno, funcionando como a medida da legitimidade dos atos do poder público, evitando medidas arbitrárias e desarrazoadas.

A Constituição brasileira não traz expressamente em seu bojo o princípio da proporcionalidade. Ele se encontra de forma implícita na Constituição, especialmente na conjugação de outros princípios, como o princípio da igualdade e do devido processo legal, possuindo conexão estreita com a legitimidade do Poder Público.

Guilherme Moraes (2000, p. 70), citando Konrad Hesse, ao referir-se à aplicação da razoabilidade no âmbito dos direitos fundamentais, afirma que a limitação a um direito fundamental deve ser adequada na proteção do bem jurídico, necessária para estabelecer o meio mais ameno e proporcional no sentido de fornecer equilíbrio entre o peso e o significado do direito.

Caracterizada a colisão entre direitos fundamentais, cabe ao aplicador da lei fazer uso do método concretista e, através da proporcionalidade ponderar os interesses, os bens jurídicos tutelados, a fim de fornecer a melhor solução.

A ponderação de interesses ou bens, de acordo com Daniel Sarmento (2000, p. 55) “atribui especial relevância às dimensões fáticas do problema”, pressupondo uma coordenação e conjugação dos bens jurídicos conflitantes ou concorrentes, de forma a harmonizá-los nas circunstâncias da situação material, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros.

No tocante à jurisdição constitucional das liberdades, a ponderação de interesses, realizada com base na proporcionalidade, é a técnica mais adequada para resolver conflitos entre direitos fundamentais.

Para que seja feita a ponderação de interesses, deve-se extrair, a partir do caso concreto, o denominado pela doutrina alemã de núcleo essencial da norma (Wesensgehalt). (ALEXY, 2008, p. 348)

O núcleo essencial seria o conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve ser protegido em quaisquer circunstâncias, sob pena de destruir o próprio direito. As restrições aos direitos fundamentais só serão consideradas constitucionais se o núcleo essencial do direito for preservado. Otto Prado, citado por Guilherme Peña de Moraes (2000, p.65), afirma que o núcleo essencial, ou conteúdo essencial, “limita a possibilidade de limitar, isto é, estabelece um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais”.

Leciona Nadia de Araujo (2019, p. 103) que:

Na colisão de princípios, é preciso ponderar o valor de cada um dos envolvidos, sem, contudo, promover a exclusão de qualquer um deles do sistema – ou seja, naquele caso, um princípio cede lugar ao outro, mas continua válido para ser usado no futuro. Com relação às normas. O conflito se desenrola na dimensão da validade, importando a prevalência de uma no afastamento da outra no caso concreto.

Os requisitos para a ponderação dos princípios foram desenvolvidos pela doutrina alemã por meio da proporcionalidade. Esse princípio será utilizado quando princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, estejam em conflito, ou seja, quando em um caso concreto dois princípios potencialmente conflitivos em teoria se apliquem (liberdade de imprensa versus direito à privacidade por exemplo).

Nessa situação três elementos serão analisados para que se possa dar uma resposta ao caso concreto: sua adequação (todo ato deve ser adequado para produzir o resultado desejado); sua necessidade (ou proibição de excesso, ou seja, escolha do meio menos gravoso ao direito fundamental); e sua proporcionalidade em sentido estrito (meio mais vantajoso na promoção do direito fundamental, que represente o menor desrespeito possível aos outros direitos também protegidos pelo ordenamento). (Araujo, 2019, p. 104)

## 6. Considerações Finais

A jurisdição constitucional e a ponderação de interesses através do princípio da proporcionalidade para a solução de conflitos entre direitos fundamentais, atuam no sentido de garantir e efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais são direitos personalíssimos, revestidos de caráter histórico, evidenciados pela sua internacionalização ou globalização, além de desempenharem relevante papel de limitadores e legitimadores das ações do Estado, combatendo o abuso do poder.

São ainda responsáveis por informar o ordenamento jurídico do qual fazem parte, para orientar tanto a produção quanto a aplicação do direito. Possuem a proteção do Estado Democrático de Direito não só contra os atos do Poder Público, mas também contra lesões ou ameaças por parte de terceiros. Como não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, é impossível prever, em abstrato, como será solucionado o problema da colisão entre eles.

Por isso, a jurisdição constitucional das liberdades, entendida como a jurisdição constitucional que tutela os direitos fundamentais, possui método específico para solucionar situações de colisão entre direitos fundamentais, o método concretista ou concretizador.

De acordo com a hermenêutica no âmbito da jurisdição constitucional das liberdades, deve-se ainda destacar a função exercida pelo princípio da proporcionalidade, que propicia um juízo justo, equilibrado e ponderado, com vistas a atender as especificidades que o problema da colisão entre direitos fundamentais apresenta.

A técnica mais adequada para a solução de conflitos entre direitos fundamentais é a ponderação de interesses ou bens, idealizada pela jurisprudência alemã, com base no princípio da proporcionalidade.

## Referências

- Alexy, R. (2008). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (5a ed.), Ed. Malheiros.
- Araujo, Nádia de. (2019) *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. (8a ed.), Thomson Reuters Brasil.
- Ávila, H. B. (2015) A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. 215.
- Barroso, L. R. (1999) *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. (3a ed.), Saraiva.
- Barroso, L. R. (2022) *Curso de direito constitucional contemporâneo*. (10a ed.), Saraiva.
- Bobbio, N. (2002) *A era dos direitos*. Campus.
- Bonavides, P. (2003) *Curso de direito constitucional*. (13a ed.), Malheiros.
- Camara, A. F. (1998) *Lições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Canotilho, J. J. G. (2002) *Direito constitucional e teoria da constituição*. (6a ed.), Livraria Almedina.

- Comparato, F. K. (2003) *A afirmação histórica dos direitos humanos*. (3a ed.), Saraiva.
- Dallari, D. de A. (2003) *Elementos de teoria geral do estado*. (24a ed.), Saraiva.
- Fernandes, B. G. (2021). *Curso de direito constitucional*. (13a ed.), Juspodium: Salvador.
- Ferrajoli, L. (2002) *Derechos y garantías: la ley del mas débil*. (3a ed.), Editorial Trotta,
- Ferrajoli, L. (2004) *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Editorial Trotta,
- Gouvea, M. M. (2003) *O controle judicial das omissões administrativas*. Forense.
- Grau, E. R.; & Guerra Filho, W. S. (2001) *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Malheiros.
- Mendes, G. F., Coelho, I. M., & Branco, P. G. G. (2007). *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva.
- Mendes, G. F. (1999) *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas*. (3a ed.), Saraiva.
- Moraes, G. P. de. (2000) *Direitos fundamentais: conflitos e soluções*. Labor Juris.
- Oliveira, F. C. S. (2003) *Por uma teoria dos princípios: o principio constitucional da razoabilidade*. Lumen Juris.
- Pereira, A. S. (2018) *Metodologia da pesquisa científica [recurso eletrônico] / Adriana Soares Pereira ... [et al.]*. UFSM.
- Sampaio, J. A. L. (Coord.). (2003) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Del Rey.
- Sampaio, J. A. L. (2002) *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Del Rey.
- Sarlet, I. W. (2018) *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Sarmento, D. (2000) *A ponderação de interesses na constituição federal*. Lúmen Juris.
- Silva, V. A. (2002) O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. 798.
- Streck, L. L. (2002) *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Livraria do Advogado.
- Veloso, Z. (2003) *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. (3a ed.), Del Rey.