

# COLISÃO ENTRE NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O RESTABELECIMENTO DA PAZ JURÍDICA

Daniele Parmegiane<sup>1</sup>

Camila Rossini Vidal<sup>2</sup>

Resumo: Diversas são as problemáticas enfrentadas pela jurisdição e no que tange a teoria dos direitos fundamentais também existem discussões, como no caso de colisão entre estes direitos. Há várias teorias que buscam a resolução desta problemática, dentre elas a teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, que consiste na distinção entre regras e princípios e a aplicação do princípio da proporcionalidade, cujos princípios parciais são o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Diante disso, pretende-se estudar métodos de pacificação dos conflitos entre direitos fundamentais e do restabelecimento da paz jurídica. Inicialmente, trata-se da origem e fundamentos históricos-filosóficos dos direitos fundamentais, em seguida, aborda-se a distinção entre regras e princípios no âmbito dos direitos fundamentais, e por fim, estuda-se os métodos de resolução dos conflitos entre direitos

---

<sup>1</sup> Mestranda em Teoria Geral do Direito e do Estado no Programa de Estudos Pós-graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha - Marília (UNIVEM), bolsista na modalidade Bolsa de Estudos CAPES/PROSUP. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2015-2017). Advogada. Graduação em Direito (2010-2014) pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade Paulista Unip, campus Assis/SP (2015). Pós Graduada em Formação de Profissional para o Ensino Superior pela Faculdade de Ensino Superior do Interior Paulista Faip, campus Marília/SP (2018). Pós Graduada em Direito do Trabalho pela Universidade Paulista Unip, campus Assis/SP. Mestranda em Direito, área de concentração: Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Advogada.

fundamentais. O método utilizado foi o dedutivo, com base em técnicas de dados bibliográficos, legislativos, jurisprudencial, documental, via internet, entre outros.

Palavras-Chave: direitos fundamentais; colisão de direitos; princípio da proporcionalidade; regras; paz jurídica.

## COLLISION BETWEEN RULES OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE RESTORATION OF LEGAL PEACE

Abstract: There are many issues facing jurisdiction and fundamental rights theory also includes discussions, as in the case of a collision between these rights. There are several theories that seek to solve this problem, among them the theory of fundamental rights, which consists of the distinction between rules and principles and the application of the principle of proportionality, whose partial principles are that of adequacy, necessity and proportionality in the strict sense. In view of this, we intend to study methods of pacification of conflicts between fundamental rights and the restoration of legal peace. Initially, it deals with the origin and historical-philosophical foundations of the fundamental rights, then it is addressed the distinction between rules and principles in the scope of the fundamental rights, and finally, the methods of resolution of the conflicts between fundamental rights. The method used was deductive, based on bibliographic, legislative, jurisprudential, documentary, internet, and other data techniques.

Keywords: fundamental rights; collision of rights; principle of proportionality; rules; legal peace.

## INTRODUÇÃO



s direitos fundamentais são elementos essenciais para a ordem jurídica-constitucional, eis que representam o reconhecimento e promoção de condições mínimas para uma vida digna.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 possui a previsão de diversos direitos fundamentais em seu texto, caracterizando uma verdadeira intenção de transformar a sociedade.

No entanto, além de positivizar muitos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 também fortalece o Poder Judiciário com a disposição sobre o princípio da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça, bem como com a ampliação do rol de legitimados para ingressar com as ações de controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e outras disposições.

Desta maneira, ante o extenso rol de direitos fundamentais no texto constitucional aliada ao Poder Judiciário fortalecido, houve o aumento da judicialização dos direitos. Mas, a partir da aplicação dos direitos fundamentais em determinadas situações fez surgir a colisão ou conflito entre eles, dando margem a problemática para o intérprete ao decidir qual deve prevalecer no caso concreto.

Neste sentido, há teorias que buscam solucionar tal problemática, como a denominada teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, que consiste na distinção entre regras e princípios, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que este corrobora para uma teoria adequada sobre as restrições e colisões a direitos fundamentais, contribuindo, assim, para o restabelecimento da paz jurídica.

Sendo assim, pretende-se estudar métodos de pacificação dos conflitos entre os direitos fundamentais, especialmente mediante o estudo das teorias desenvolvidas por Robert Alexy e Dworkin, analisando a aplicação do princípio da proporcionalidade, com a verificação das suas sub-regras, quais sejam,

adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de buscar um restabelecimento da paz jurídica de forma legítima e ponderada.

Como ponto de partida, aborda-se a teoria dos direitos fundamentais no que diz respeito a sua origem e fundamentos históricos-filosóficos, em seguida, trata-se da distinção entre regras e princípios em matéria de direitos fundamentais, e, por fim, analisa-se os métodos de pacificação nos casos de colisão entre regras e princípios em matéria de direitos fundamentais e o restabelecimento da paz jurídica.

Mediante as questões postas, propõem-se utilizar o método dedutivo e técnicas de coleta bibliográfica, legislativa, jurisprudencial, documental, via internet, entre outros.

## 1 ORIGEM E FUNDAMENTOS HISTÓRO-FILOSÓFICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Brega Filho (2002, p. 3) a base dos direitos fundamentais surgiu com a reunião de várias fontes, dentre elas o cristianismo, o direito natural, constitucionalismo, e o socialismo, sendo o ponto de encontro entre estas fontes a luta pela limitação e controle dos abusos do próprio Estado e suas autoridades constituídas.

O cristianismo influenciou na base dos direitos fundamentais, em razão da afirmação de que toda pessoa possui um valor intrínseco, pregando a igualdade entre todos os homens independentemente de cor, etnia, sexo ou cultura. No século XIII, Tomas de Aquino, disseminava a supremacia da lei eterna (aquela que somente Deus reconhece), estando abaixo dela a lei divina (declarada pela igreja) e a lei natural (proveniente da natureza humana e descoberta pela razão humana) e mais abaixo, a lei humana (aquela positivada pelo legislador) (BREGA FILHO, 2002, p. 5).

De acordo com SARLET (2012a, p. 37-38) embora não

se reconheça que tenha sido na antiguidade que tenham surgido os primeiros direitos fundamentais, não pode ser negado que a religião e a filosofia foram inspirações para os ideais jusnaturalistas, especialmente no que tange a concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de direitos naturais e inalienáveis.

Ainda nos dizeres de Sarlet (2012a, p. 38):

Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina tendo sido feito a imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica, grego-romana e do cristianismo advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus).

Neste diapasão, como primeiras formas de preocupação com os direitos fundamentais, temos o Código de Hamurabi, em 1690 a.C, quando se consagrou alguns direitos comuns a todos os homens, entre eles, o direito a vida, a propriedade, a honra, a dignidade e prevalecendo a supremacia da lei em relação aos governantes (BREGA FILHO, 2002, p. 4).

No direito romano, pode-se considerar como fonte remota dos direitos fundamentais, a Lei das Doze Tábuas, promulgada pela pressão da plebe para proteger seus direitos. Contudo, jamais tais relatos históricos são considerados como reconhecimentos dos direitos fundamentais (BREGA FILHO, 2002, p. 4-5).

Na Inglaterra, no século XIII, surgiu um dos mais famosos documentos, denominada de Magna Carta, outorgada por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, e representou um progresso para os direitos fundamentais porque reconheceu os direitos do homem contra o Estado, mas preocupava-se especialmente com os direitos dos proprietários de terras, visando, para tanto, impedir a ação do Estado, contra certa classe de cidadãos (BREGA FILHO, 2002, p. 6-7).

A partir do século XVI, a doutrina do direito natural ou jusnaturalista inicia seu desenvolvimento, e veio a contribuir

para a teoria do direito fundamental porque pregava a existência dos direitos fundamentais, naturais, superiores e limitadores do poder do monarca (BREGA FILHO, 2002, p. 6-7).

Todavia, a teoria jusnaturalista ganha maior destaque, especialmente a partir dos séculos XVII e XVIII, por meio das teorias contratualistas, isto porque reconheceram que o homem possui o poder de organizar o Estado e a sociedade conforme sua vontade e razão. Assim, paralelamente ao desenvolvimento da teoria jusnaturalista ocorre uma laicização do direito natural, que levou ao jusnaturalismo iluminista do século XVIII (SARLET, 2012a, p. 39-40).

Desta forma, passada a Idade Média, houveram algumas transformações sociais, que desencadeou em declarações de direitos, dentre elas temos a Declaração de Direitos, em 1689, denominada Bill of rights em decorrência da Revolução Puritana ou Gloriosa na Inglaterra, de 1688, pois impôs limites ao poder dos governantes e garantia dos direitos de todos cidadãos (SARLET, 2002, p. 42-43).

Além disso, tivemos a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, que basicamente se preocupava com a estrutura de um governo democrático e com o sistema de limitação de poderes (SILVA, 2017. p. 156).

E, posteriormente, em 1787, adveio a primeira Constituição escrita da humanidade, a Constituição Federal dos Estados Unidos da América, que não possuía qualquer declaração de direitos inicialmente, mas por meio de emendas foram inseridos direitos básicos dos cidadãos (SILVA, 2017, p. 157-158).

Em 1789, deu-se a Declaração Francesa, decorrente da Revolução Francesa, e é considerada a mais importante e famosa declaração dos Direitos fundamentais, denominada de Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que reconheceu os direitos da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência a opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal, princípio da reserva legal e anterioridade

da lei penal, princípio da presunção da inocência, liberdade religiosa e a livre manifestação de pensamento (BREGA FILHO, 2002, p. 11).

As declarações de direitos fundamentais referidas não estavam inseridas nas Constituições escritas efetivamente, mas a ideia de constitucionalismo em conteúdo de direitos fundamentais se fortaleceu, reconhecendo-se a necessidade de inclusão de um rol mínimo dos direitos fundamentais nas Constituições.

A Constituição Francesa de 1791, trouxe algumas formas de controle estatal, mas foi com a Constituição de 1793 que a França melhor regulamentou os direitos fundamentais (BREGA FILHO 2002, p. 12).

Diante de alguns fatores sociais e econômicos decorrentes da revolução industrial e a expansão do capitalismo, as Constituições da época reconheceram vários direitos sociais, econômicos e culturais, direitos que se caracterizavam pela promoção aos indivíduos de direitos à prestações sociais estatais, como saúde, educação, saúde, educação, entre outras. Neste sentido, vale destacar a Constituição alemã, de 1919, conhecida como Constituição Weimar, que assegurou educação gratuita para toda a população, criou um sistema de seguros no qual a maioria dos trabalhadores contribuiria para a conservação da saúde e da capacidade de trabalho (BREGA FILHO, 2002, p. 13-14).

Nesta época, outras constituições também se preocuparam com os direitos sociais, como a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição Russa, por exemplo (BREGA FILHO, 2002, p. 15).

Após a devastação proporcionada pela Segunda Guerra Mundial, viu-se que a proteção dos direitos fundamentais não poderia ficar adstrita a cada Estado, porque revela-se num interesse internacional. Neste sentido, em defesa da paz mundial, em 10 de dezembro de 1948, Estados se reuniram e criaram a Assembleia Geral das Nações Unidas que promulgou a Declaração Universal dos Direitos do Homem (BREGA FILHO, 2002, p.

16).

Segundo Brega Filho (2002, p. 16) essa declaração visava proteger o estrangeiro frente ao Estado em que se encontrava e também objetivava proteger o nacional contra eventual opressão em seu próprio Estado e por fim, tinha a finalidade de consagrar o ideal de direitos universais.

Para o Brasil, um documento importante foi o Pacto de San José da Costa Rica, que reafirmou o propósito de consolidar a democracia, um regime de liberdade pessoal e a justiça social. O Brasil aderiu-se em 1992 (BREGA FILHO, 2002, p. 18).

Visto esta evolução do direito, percebe-se que se deu a internacionalização e universalização dos direitos fundamentais, havendo a necessidade de documentos internacionais que reconhecessem e previssem meios de proteger os direitos fundamentais, dando-se o socialismo.

Todavia, vale ressaltar que conforme preconiza Canotilho (1993, p. 500) é comum a divisão histórica no processo de desenvolvimento dos direitos fundamentais em duas épocas, a primeira diz respeito a um momento anterior a *Virgínia BUI of Rights e à Declaration des Droits de Vhome et du Cytoyen*, configurada por uma certa cegueira aos direitos dos homens, e outra época posterior a estes documentos assinalada pela constitucionalização ou positivação dos direitos do homem em documentos constitucionais.

Cumprir dizer também que além destes fundamentos históricos a teoria dos direitos fundamentais também se fundamenta filosoficamente em dois princípios de grande importância para o direito, quais sejam: a dignidade da pessoa humana e o Estado de Direito.

Para Sarlet (2012b, p. 101-102):

[...] a dignidade da pessoa humana, na condição valor (e princípio normativo) fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), muito embora – importa salientar- nem todos os direitos fundamentais (pelo



menos no que diz com os direitos expressamente positivados na Constituição Federal de 1988) tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana.

Desta forma, nota-se que para o autor o princípio da dignidade da pessoa humana atua como base e fundamento do sistema de direitos fundamentais, uma vez que confere unidade de sentido para a prática e proteção dos direitos fundamentais, na medida em que serve de parâmetro para a interpretação e integração das normas de direitos fundamentais e das demais normas do ordenamento jurídico.

Quanto ao Estado de Direito pode ser compreendido no artigo primeiro, caput, da Constituição Federal de 1988 (CF-88) e resumido como o Estado de poderes limitados. Nesse sentido, Silva (2012, p. 114-115) adverte que o conceito original de Estado de Direito abrange três características: a) submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da lei; b) separação de poderes; c) enunciado e garantia dos direitos individuais.

Assim, pode-se dizer que o Estado de Direito servia de apoio aos direitos do Homem, todavia, a concepção inicial de Estado de Direito evoluiu e seu conteúdo progrediu, dependendo seu significado da própria ideia que se tem de direito (SILVA, 2017, p. 115).

Convém destacar ainda, uma observação feita por Canotilho (1993, p. 506) no que diz respeito a teoria dos direitos fundamentais, visto que este faz algumas indagações como:

Dentro dos quadros constitucionais será legítima a escolha livre entre as várias teorias dos direitos fundamentais? Terá a constituição eleito uma dessas teorias? Sendo a nossa Constituição uma constituição compromissória, não será defensável uma síntese dialéctica, topicamente adaptada aos vários problemas suscitados pelos direitos fundamentais? (CANOTILHO, 1993, p. 506).

Neste interim, para responder a tais perguntas, o autor inicia abordando as diversas teorias dos direitos fundamentais, sendo a primeira, a teoria liberal, que pressupõe que os direitos fundamentais são direitos do particular frente ao Estado, sendo

essencialmente direitos de autonomia e de defesa (CANOTILHO, 1993, p. 506).

A segunda teoria é a da ordem dos valores em que os direitos fundamentais são valores de ordem objetiva e não como direitos ou pretensões subjetivas (CANOTILHO, 1993, p. 507).

Outra teoria exposta por Canotilho (1993, p. 508) foi a institucional, nesta também se nega uma dimensão exclusivamente subjetiva aos direitos fundamentais, buscando, em verdade, um quadro definidor do conteúdo, sentido e condições de exercício dos direitos fundamentais.

Há também a teoria social em que dispõe que deve ser atribuído aos direitos fundamentais uma tripla dimensão, sendo elas a individual, institucional e dimensão processual (CANOTILHO, 1993, p. 509).

Canotilho (1993, p. 510) dispõe ainda sobre a teoria democrática funcional que acentua o momento teológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático.

E, por fim, Canotilho (1993, p. 510-511) ressalta a teoria socialista dos direitos fundamentais que implica a ruptura com a teoria liberal, pois pressupõe a análise da pré-compreensão antropológica marxista, cuja essência é a de que do homem não é uma abstração inerente ao indivíduo isolado, mas, na verdade, é um conjunto de relações sociais.

Diante do estudo destas teorias Canotilho (1993, p. 511-512) ressalta que é possível concluir que aos direitos fundamentais não se pode atribuir uma única dimensão (subjetiva) ou função (proteção individual e livre do cidadão), visto que são multifuncionais para abranger todas as funções de cada uma das teorias.

Contudo, a escolha livre da teoria dos direitos fundamentais mediante uma adaptação mais adequada ao caso concreto significa não existir uma teoria dos direitos fundamentais conforme a constituição, mas sim várias pré-compreendidas pelo intérprete, sem qualquer pressuposto constitucional vinculante na

interpretação dos direitos fundamentais. Por isso, para a devida compreensão dos direitos fundamentais é importante uma doutrina constitucional dos direitos fundamentais baseada numa constituição positiva e não apenas teórica (1993, p. 512).

## 2 CONCEPÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO REGRAS E PRINCÍPIOS

A base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais consiste na distinção entre regras e princípios. Refere-se a uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Corrobora para uma teoria adequada sobre as restrições e colisões a direitos fundamentais.

A priori, faz-se necessária a discussão em relação a questão terminológica de princípios e regras, enquanto matéria de direitos fundamentais.

A teoria principiológica teve fundamental contribuição com os estudos de Dworkin, quando assenta que as regras e princípios decorrem do positivismo jurídico. O autor faz uma crítica ao positivismo jurídico, como sendo uma teoria em que o indivíduo só possui direitos jurídicos na medida em que estes tenham sido criados por “decisões políticas ou práticas sociais expressas” (DWORKIN, 2002, p. 28).

É nesse contexto que Dworkin explica as regras como sendo as que obrigam o indivíduo ou o abstém de fazer alguma coisa. Assim, regras são aquelas que geram “obrigação jurídica” (DWORKIN, 2002, p. 28) conseqüentemente, na ausência de uma regra jurídica, não existe obrigação jurídica. Assim, o autor explica que as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, se a regra é válida, então é aceita e, se não for válida, nada contribui para a decisão.

Denominado princípio um padrão que deve ser observado, no sentido de ser uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Dworkin (1993, p. 36)

considera princípio no sentido da expressão de objetivo social, isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito. Desta forma, os princípios se juntam aos fundamentos de outros princípios, em uma comparação de peso.

Dando sequência ao pensamento, regras e princípios são espécies de norma e constituem juízos concretos de dever-se, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2015, p. 87).

Nesse sentido, Alexy explica que o critério para distinção entre regras e princípios utilizado com mais frequência é o da generalidade. De acordo com o critério da generalidade, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, possuem, contudo, grau relativamente baixo de generalidade (ALEXY, 2015, p. 87).

Assim, é possível classificar as normas de acordo com o critério da generalidade, sendo que os princípios possuem grau relativamente alto de generalidade, enquanto as regras com reduzido grau de generalidade.

O ponto decisivo da distinção entre regras e princípios apresentado por Alexy (2015, p. 90-91) e que entende por mais prudente, é que as regras são normas que são satisfeitas ou não satisfeitas, assim, se uma regra é válida, então deve-se fazer aquilo que ela exatamente exige. Enquanto os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Nesse ponto de distinção entre regras e princípios apresentado por Alexy, assemelha-se à proposta de Dworkin, e o que diferencia é que Alexy considera princípios como “mandamentos de otimização” (ALEXY, 2015, p. 90), que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das

possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

No mesmo sentido quanto ao reconhecimento de regras e princípios como espécies das normas jurídicas, Santos (2017, p. 7-8) explica que norma jurídica constitui um mandamento a ser observado por todo o Direito, uma vez que traz em seu conteúdo o dever-ser, sendo as regras e os princípios modalidades das normas.

Nesse sentido, Santos (2017, p. 10-11) explica que “Os princípios apresentam uma relação de valoração, ou seja, um “dever-ser”, o estado ideal [...]” e sobre as regras, o autor explica que “Já as regras possuem um aspecto definitivo de condutas que permitem ou proíbem, ou seja, o “ser”. As regras e os princípios devem caminhar juntos, cada qual com a sua função, e se completam entre si.

Com um posicionamento diverso das distinções já apresentadas, para o autor Ávila (2005, p. 32), o conteúdo normativo de qualquer norma, quer seja regra, quer princípio, depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo de aplicação, pela decisão interpretativa.

No que descreveu Ávila (2005, p. 39), a “característica específica das regras (implementação de consequência predeterminada) só pode surgir após sua interpretação”. Desta forma, somente nesse momento é que podem ser compreendidas se, e quais as consequências que, no caso de sua aplicação a um caso concreto, serão supostamente implementadas. É nesse sentido que o autor diz que:

“[...] a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método *tudo* ou *nada* de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas” (ÁVILA, 2005, p. 39).

Constitui-se nesse contexto, segundo Ávila (2005, p. 41), “não ser correto o que Dworkin e Alexy, cada qual a seu modo, que, se a hipótese prevista por uma regra ocorrer no plano dos

fatos, a consequência normativa deve ser diretamente implementada”. O autor citado justifica que de um lado, há casos em que as regras podem ser aplicadas sem que suas condições sejam satisfeitas, e há casos em que as regras não são aplicadas apesar de suas condições terem sido satisfeitas.

Ávila explica, por fim, que o ponto decisivo não é, portanto:

o suposto caráter absoluto das obrigações estatuídas pelas regras, mas o modo como as razões que impõem a implementação das suas consequências podem ser validamente ultrapassadas; nem a falta de consideração a aspectos concretos e individuais pelas regras, mas o modo como essa consideração deverá ser validamente fundamentada – o que é algo diverso (ÁVILA, 2005, p. 42).

Para Ávila (2005, p. 33), não é correto afirmar que um dispositivo constitucional se abstém a um princípio ou uma regra, visto que se deve levar em consideração “as normas constitucionais e os fins e os valores para cuja realização elas servem de instrumento não está concluída antes da interpretação, nem incorporada ao próprio texto constitucional antes da interpretação”.

Nesse sentido, o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencialmente e axiologicamente, sobrejacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio (ÁVILA, 2005, p. 33).

A teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais visa distingui-los em regras e princípios, refere-se a uma chave para a solução de conflitos normativos. Vejamos a seguir métodos de pacificação dos conflitos entre direitos fundamentais e o conseqüente restabelecimento da paz jurídica.

### 3 COLISÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS NO ASPECTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O RESTABELECIMENTO DA PAZ JURÍDICA

Vivenciamos um pluralismo social que possui um conjunto de valores conflituosos, especialmente quando o direito fundamental de um indivíduo entra em conflito com outro direito fundamental, ambos previstos na Constituição Federal brasileira.

Visando analisar a colisão entre regras e princípios em matéria de direitos fundamentais, apresentaremos teorias relevantes a respeito do tema.

Para Dworkin (DWORKIN, 2002, p. 42-43) quando os princípios se cruzam, o que se deve levar em consideração é a dimensão do peso ou importância. Assim, quando os princípios se cruzam aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um, “que peso ele tem ou quão importante ele é” (DWORKIN, 2002, p. 42-43)

No caso de duas regras em conflito, uma delas não dever ser considerada válida. Para isso, Dworkin propõe que “Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero”. As decisões que determinam qual das regras é válida, deve recorrer além das próprias regras (DWORKIN, 2002, p.43).

Desse modo, quando as regras não possuem uma dimensão de importância como os princípios, de maneira que, se duas regras entram em conflito, uma delas será aplicada ao caso concreto e a outra deve ser declarada inválida, em decorrência de critérios tradicionais de hierarquia, cronológico e especialidade.

Em relação a teoria desenvolvida por Alexy (2015, p. 92) quanto a colisão entre regras e princípios em matéria de direitos fundamentais, o autor explica que o conflito entre regras pode ser solucionado por uma cláusula de exceção ou, quando não possível, uma das regras deve ser declarada inválida.

Para exemplificar o caso de conflito entre regras e

solucionado por cláusula de exceção, Alexy apresenta o seguinte caso hipotético da “[...] proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio” (ALEXY, 205, p. 92).

Desta forma, o conflito entre a saída da sala de aula pelo sinal de incêndio e antes do sinal final, deve ser solucionado por meio da inclusão de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio.

Se não for possível aplicar a cláusula de exceção, uma das regras tem que ser declarada inválida e extirpada do ordenamento jurídico. Nesse caso, para solucionar qual regra será considerada inválida, Alexy propõe um acordo de importância de cada regra em conflito (ALEXY, 2015, p. 93).

No caso de colisão entre princípios, Alexy explica que um princípio tem precedência em face do outro sob determinadas condições (ALEXY, 2015, p. 93). Isso porque os princípios possuem pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedente em determinado caso.

Visando solucionar a colisão entre princípios, Alexy (2015, p. 116-117) apresenta a “máxima da proporcionalidade” mais conhecido como princípio da proporcionalidade, que é utilizado predominantemente no ordenamento jurídico brasileiro.

Alexy (2015, p. 116-117) explica que o princípio da proporcionalidade é válido de forma estrita quando as normas de direitos fundamentais têm o caráter de princípios. A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade:

[...] três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2015, p. 116-117)

Nesse sentido, explica Trindade e Neto (2017, p. 1061): Assim, quando dois ou mais comandos de otimização entram em choque, eles devem ser harmonizados a fim de possibilitar a maior concretização de todos, sem excluí-los totalmente. A



adequação e a necessidade passam pelo crivo do faticamente possível (exame fático). Já a proporcionalidade em sentido estrito envolve a análise do juridicamente possível (exame normativo).

É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade mostra sua grande significação no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio da proporcionalidade, é possível analisar a legitimidade das restrições a direitos fundamentais, para verificar se respeitam a justa medida, a proporção entre causa e efeito, entre meio e fim.

São tradicionalmente apontados como elementos da proporcionalidade, em atenção à teoria formulada no Direito alemão: a adequação, a necessidade (exigibilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação corresponde à idoneidade do meio para atingir o fim, sendo que o meio usado para restringir o direito deve ser adequado ao fim que se quer alcançar. A necessidade é a imprescindibilidade de sua utilização, na qual o meio usado para restringir o direito deve ser estritamente necessário ou o meio menos gravoso possível. E a proporcionalidade em sentido estrito se relaciona com a utilização do meio e da mensuração do fim, com o objetivo de averiguar se o ato não utilizou o meio de forma exagerada ou insuficiente.

Quanto ao que sustentam Alexy e Dworkin sobre o conflito normativo entre direitos fundamentais, o autor Ávila (2005, p. 44) diz que é preciso aperfeiçoar esse modo, “Isso porque não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios *possuem* uma dimensão de peso”.

Ávila (2005, p. 44) explica que a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios, podendo estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja “aplicação á preliminarmente havida como automática”.

Quanto ao critério apresentado por Alexy e Dworkin

referente as regras, Ávila (2005, P. 44) diz que ele deve ser repensado, visto que em alguns casos, as regras entram em conflito sem que percam sua validade, e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas. Desta forma, não há como colocar uma regra dentro e outra fora do ordenamento jurídico.

Quando ocorre um conflito concreto entre as regras, Ávila (2005, p. 45) explica que o julgador deverá atribuir um peso maior a uma das duas, em razão da finalidade que cada uma delas visa a preservar. Desta forma, diante de um caso concreto de conflito entre regras, cuja solução, não deve estar no nível de validade, e sim no plano de aplicação, e depende de uma ponderação entre as finalidades que estão sendo discutidas.

O relacionamento entre regras gerais e excepcionais e entre princípios que se imbricam diferem quanto à intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação (ÁVILA, 2005, p. 48).

[...] no caso da relação entre regras gerais e regras excepcionais o aplicador – porque as hipóteses normativas estão entremostradas pelo significado preliminar do dispositivo, em razão do elemento descritivo das regras – possui menor e diferente âmbito de apreciação, já que deve delimitar o conteúdo normativo da hipótese se e enquanto esse for compatível com a finalidade que a sustenta. (ÁVILA, 2005, p. 47).

Já no caso de colisão entre princípios, Ávila explica que o aplicador – “porque, em vez de descrição há o estabelecimento de um estado de coisas a ser buscado – possui maior espaço de apreciação, na medida em que deve delimitar o comportamento necessário à realização ou preservação do estado de coisas” (ÁVILA, 2005, p. 48).

Já na hipótese de relação entre princípios, quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro, para a solução do caso.

E, mesmo que ambos os princípios estabeleçam os

mesmos fins como devidos, nada obsta a que demandem meios diversos para atingi-los. Assim, Ávila assenta que “Nessa hipótese deve-se declarar a prioridade de um princípio sobre o outro, com a conseqüente não-aplicação de um deles para aquele caso concreto” (ÁVILA, 2005, p. 48). E, o autor dá a mesma solução quando o conflito entre regras com determinação de uma exceção, hipótese em que as duas normas ultrapassam o conflito, mantendo sua validade.

Para o autor Santos, quando se trata de colisão entre regras:

[...] a tendência é que uma torne a outra inválida, ou seja, deverá ser considerada revogada, quer de forma tácita ou expressa, uma vez que temos dois dispositivos que tratam do mesmo assunto e que se aplicam na forma de validade ou não, não sendo possível que continuem a existir após o embate (SANTOS, 2017a, p. 20).

Quanto a colisão entre princípios, Santos (2017, p. 20) explica que um prevalece sobre o outro, ante a possibilidade de sua satisfação em graus variados, um deles acabará por deixar de ser aplicado, em preferência sobre o outro, que falar em sua invalidade.

Nesse caso, Santos (2017, p. 21) entende que os princípios são relativos, na medida em que o aplicador deverá realizar uma verificação de ponderação, de sopesamento, diante do caso concreto, analisando qual deverá prevalecer.

Santos (2014, p. 93) entende que “A questão da proporcionalidade e ponderação de direitos fundamentais parece ser a melhor forma de dirimir eventuais conflitos entre tais direitos, ressaltando-se que se núcleo essencial é intangível”. Assim, tal ponderação deve seguir a forma jurisdicional, pois será efetivada por um magistrado, tem em vista a convivência harmônica entre direitos essenciais.

Diversa teoria relacionada à prática jurídica e visando solucionar conflito entre normas jurídicas, estabelece diante de um caso concreto, seja pela falha legislativa ou em busca de direitos

fundamentais, em que o dispositivo legal existente para o caso não se mostra correto, apesar de adequado conforme o conceito de regras jurídicas já analisadas, busca-se uma alternativa, diferente da prevista em lei, afastando a sua aplicação. Tal caso é denominado por Santos como derrotabilidade:

A derrotabilidade é algo concreto no Direito, que vem sendo utilizada sem atentar-se para o fato de que constitui propriedade de uma teoria relacionada à prática jurídica, sem causar qualquer tipo de transtorno à segurança jurídica e ao direito positivo, constituindo, na verdade, uma correção deste último em casos determinados, de modo diverso de convenções previamente estabelecidas e que podem contrariar o ideal de justiça. (SANTOS, 2017, p. 68)

Para o autor, a aplicação da derrotabilidade deve ser motivada e fundamentada, demonstrando as razões da decisão pelo intérprete, de forma a deixar clara a exceção que no caso se apresentou, exceção essa que Santos (2017, p. 69) entende ser “mais como uma característica das regras, as quais tratam de condutas, de forma que, estando presentes seus requisitos, devem ser aplicadas, salvo se houver a presença de uma exceção [...]”. O autor considera a derrotabilidade como uma manifestação de excluir a consequência jurídica de uma regra, tendo em vista a presença de uma exceção a essa regra.

Contudo, vale dizer o princípio da proporcionalidade tem sido utilizado no Brasil como um critério para analisar a constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais, quando entrem em conflito com outros direitos também fundamentais. Visando, desta forma, assegurar a maior eficácia dos próprios direitos, visto não poderem todos, concretamente, serem atendidos absoluta e plenamente.

Quanto da utilização do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes acentua que “Ressalte-se que o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como instrumento para solução de colisão entre direitos fundamentais” (MENDES, 2019, p. 18).

Quando da análise de decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro reconhece “Tem-se aqui, notoriamente, a utilização da proporcionalidade como “regra de ponderação” entre os direitos em conflito, acentuando-se a existência de outros meios de prova igualmente idôneos e menos invasivos ou constrangedores” (MENDES, 2001, p. 19).

Não obstante o Supremo Tribunal Federal tenha adotado o princípio da proporcionalidade, quando da sua aplicação, não observa pormenorizadamente os seus elementos, em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, apenas faz referência ao princípio da proporcionalidade.

Na decisão de Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 117.143, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal fez uso do princípio da proporcionalidade nos seguintes termos: “No que tange à inexistência de violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, peço vênia para transcrever os fundamentos do voto condutor: [...]” (BRASIL, 2013a).

Em decisão no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 609.184, reconheceu ofensa ao princípio da proporcionalidade, apenas mencionando-a, vejamos:

Desse modo, o Tribunal de origem, com fundamento nos fatos e nas provas dos autos, decidiu que o ato de exclusão do ora agravado da Brigada Militar foi ilegal, haja vista que a punição aplicada teria sido excessiva, restando, assim, ofendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (BRASIL, 2013b)

Desta forma, a aplicação do princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado nas decisões judiciais para solucionar conflitos entre direitos fundamentais.

## CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais cumprem papel fundamental na vida social, pois, em razão de seus fundamentos históricos e

filosóficos, como os princípios da dignidade da pessoa humana e o Estado de Direito, garantem o reconhecimento, proteção e promoção de condições mínimas de sobrevivência.

Desta forma, a ideia de constitucionalismo em matéria de direitos fundamentais se fortaleceu, reconhecendo-se a necessidade de inclusão de um rol mínimo dos direitos fundamentais nas Constituições, inclusive internacionalização e universalização dos direitos fundamentais.

O problema surge quando os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente entram em colisão. Restando dúvidas da aplicação de um direito fundamental em detrimento de outro direito fundamental.

Como caminho para solucionar o impasse da colisão entre direitos fundamentais, utilizou-se a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, que consiste na distinção entre regras e princípios. Refere-se, pois, a uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Corroborar para uma teoria adequada sobre as restrições e colisões a direitos fundamentais.

O objetivo de restabelecer a paz jurídica enquanto colisão entre direitos fundamentais, delibou-se em analisar os alvites de autores como Dworkin e Alexy.

O que se tem utilizado de forma majoritária pelo Supremo Tribunal Federal é o princípio da proporcionalidade, como uma regra de interpretação e aplicação do direito, no que diz respeito ao presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais em caso de colisão dos mesmos.

Entende-se que o procedimento decisório pressupõe a existência de valores estabelecidos positivamente em normas do ordenamento jurídico, especialmente aquelas com a natureza de um princípio fundamental. Desta forma, o modo de aplicar o princípio da proporcionalidade deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que consistem nas sub-regras do princípio da

proporcionalidade, no sentido de buscar um restabelecimento da paz jurídica de forma legítima e ponderada em face dos fatos hipóteses a serem considerados.

Tal procedimento deve ser estruturado de forma que garanta a maior racionalidade e objetividade possíveis da decisão, para atender a ideia de justiça, que é inseparável na essência ao princípio com o qual nos ocupamos.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão de decisão de recurso ordinário em decisão em Habeas Corpus*. Habeas Corpus nº 117.143. Jusbrasil. Relatora: Ministra Rosa Weber. 25 de junho de 2013a. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23953669/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-117143-rs-stf/inteiro-teor-111846902?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jan. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão de decisão de agravo regimental no recurso extraordinário*. Recurso Extraordinário nº 609.184. Jusbrasil. Relator: Dias Toffoli. 05 de março de 2013b. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23108536/agreg-no-recurso-extraordinario-re-609184-rs-stf/inteiro-teor-111574039?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 jan. 2019.

- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*/Vladimir Brega Filho. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 136p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista. Coimbra: Libreria Almedina Coimbra, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, BA, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/mendes2.pdf>. Acesso em: 16 de janeiro de 2019.
- SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *A derrotabilidade normativa como mecanismo para um direito penal mínimo: em respeito aos direitos fundamentais e a um estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *A discriminação racial na internet e o direito penal: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação*. Curitiba: Juruá, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012a.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012b.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo* / José Afonso da Silva. 40 ed., ver. e atual. / até a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016. – São Paulo: Malheiros, 2017. 936p.



TRINDADE, André Karan; NETO, João Carneiro Duarte. Os (des)acertos do legislador na “positivação” das teorias de Robert Alexy no direito processual civil brasileiro. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, RS, v. 12, n. 3, 2017, p. 1044-1067. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revista-direito/article/view/29603/pdf> . Acesso em 20 jan. 2019.