

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: Cedência recíproca com ênfase na visão de J. J. Gomes CANOTILHO

Marcio Fernando Moreira MIRANDA¹

Márcia da Cruz GIRARDI²

Vilmária Cavalcante Araújo MOTA³

RESUMO

O presente artigo faz uma análise crítica sobre a colisão de direitos fundamentais na ótica de J. J. Gomes Canotilho, na busca pelo entendimento da importância desses direitos na construção do Estado Democrático de Direito e na efetivação desses direitos por parte do cidadão, tendo como norte, a crítica da teoria da ponderação e do uso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, de natureza bibliográfica e teórica. Tendo como ênfase uma análise crítica-teórica acerca da colisão dos direitos fundamentais e os métodos hermenêuticos utilizados para a solução desses conflitos de interpretação jurídica no âmbito do Direito Constitucional. A partir desta análise crítica pode-se concluir que os métodos hermenêuticos auxiliam o intérprete e o aplicador dos direitos, em caso concreto, solucionando a colisão de direitos através de um olhar descritivo e concretizador. Utilizaram-se três métodos de colisão: a colisão bilateral de direitos; a colisão unilateral de direitos e a colisão de exclusão de direitos.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos Fundamentais. Colisão de Direitos Fundamentais. Canotilho. Direito Constitucional. Direito.

ABSTRACT

This article makes a critical analysis about the collision of fundamental rights in the optical J.J. Gomes Canotilho in the search for understanding of the importance of these rights in the construction of the democratic rule of law and the terms of these rights by the citizens, with the north, criticism of the theory of reflection and the use of the principles of proportionality and reasonableness. It is a qualitative research, literature and theoretical nature. With the emphasis on a critical-theoretical analysis about the collision of fundamental rights and hermeneutical methods used for the solution of conflicts of legal interpretation under the Constitutional Law. From this review it can be concluded that the hermeneutical methods help the interpreter and applicator 'rights in the case, solving the collision of rights through a descriptive and concretizing look. They used three methods collision, the bilateral collision rights; unilateral collision rights and the rights of exclusion collision.

KEYWORDS

Fundamental rights. Collision Fundamental Rights. Canotilho. Constitutional right. Law.

¹ Doutorando em Direito pela Faculdade Autónoma de Direito (FADISP). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Administração pela Faculdade de Estudos Administrativos (FEAD). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes e Docência Superior pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Professor em cursos de Graduação e de Pós-Graduação em Direito. E-mail: marciosts@hotmail.com.

² Doutoranda em Direito pela Faculdade Autónoma de Direito (FADISP). Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Mestre em Administração pela Faculdade de Estudos Administrativos (FEAD). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes e em Docência Superior pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Professora em cursos de Graduação e de Pós-Graduação em Direito.

³ Revisora textual do artigo. Doutoranda em Direito pela Faculdade Autónoma de Direito - FADISP em São Paulo/SP, Mestra em Administração na linha de pesquisa Gestão Pública pela Faculdade de Estudos Administrativos - FEAD em Belo Horizonte/MG (2014), Especialista em Direito Processual pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES em Montes Claros/MG (2001), Graduada em DIREITO pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES em Montes Claros (1999); Professora em cursos de Graduação e Pós-Graduação.

1. INTRODUÇÃO

Desde o início da conceituação dos direitos fundamentais como normas-regras superiores e sua hierarquia como princípios humanitários e fundamentais presentes na atual Constituição Federal de 1988, se discute a colisão desses valores dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A partir desse enfoque descritivo e crítico que nasce a necessidade de usar princípios hermenêuticos de interpretação tais como: o da proporcionalidade e o da razoabilidade.

A ideia de colisão de direitos fundamentais e o uso da hermenêutica jurídica como instrumento de ponderação desses princípios, excluindo um em detrimento de outro, é uma das questões mais imprescindíveis dentro da discussão doutrinária vigente e, é neste sentido, que este artigo vem abordar essa problemática, verificando, se os métodos hermenêuticos e os princípios de proporcionalidade e da razoabilidade bem como a teoria da ponderação podem resolver esta questão e salvaguardar os direitos fundamentais do cidadão.

Bonavides¹ indaga “que é a proporcionalidade e a razoabilidade como princípios hermenêuticos que são necessários para solucionar a colisão de direitos fundamentais, devido a sua importância no qual se fundamenta as normas no direito constitucional contemporâneo em face de seus mais recentes progressos doutrinários?”.

As premissas destes princípios estão contidas no binômio meio/fim, onde se busca controlar os excessos e deixar que os direitos fundamentais alcancem a todos os cidadãos.

Os direitos fundamentais sempre foram tratados como normas naturais supremas ou como direitos naturais do homem. Os direitos fundamentais marcam o início da amplitude de direitos que cada cidadão passa a exercer dentro do Estado Democrático de Direito. Esses direitos naturais, juspositivos e ditos, fundamentais do homem passam por um choque envolvendo uma nova interpretação hermenêutica constitucional. Seriam esses direitos supremos e inabaláveis? O homem cidadão teria realmente a efetividade desses direitos? Haveria conflito entre os direitos fundamentais como princípios e os direitos

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.356.

humanos? Essas respostas são os pontos cruciais dessa análise crítica sobre a visão de J.J. Gomes Canotilho neste breve ensaio científico.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais nascem com a própria existência humana, como a vida, a liberdade e a propriedade, nas palavras de Fabio Konder Comparato²:

Para a análise de qualquer direito fundamental faz-se necessário, inicialmente, delimitar o seu âmbito, ou núcleo de proteção, e, se for o caso, fixar, de maneira precisa, as restrições ou limitações a esses direitos, pois o exercício dos direitos individuais pode, muitas vezes, dar ensejo a conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos.

Os direitos fundamentais possuem o papel de restringir o poder do Estado, dando limitação ao poder e garantia ao exercício dos direitos do homem. Entretanto, não se confundem com os direitos humanos, como dignidade humana, bem comum, paz mundial e respeito às etnias. Para Canotilho³ aqui reside à colisão de direitos fundamentais e princípios humanitários.

Na visão de Vidal Serrano Nunes Júnior e Luiz Alberto David Araújo⁴, direitos fundamentais podem ser conceituados como a “(...) categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões”.

Para Roberty Alexy⁵, os direitos fundamentais são normas fundamentais para a existência do ser humano. Em suma, são regras básicas do ordenamento jurídico democrático. Segundo lição de J.J. Gomes Canotilho⁶, recepcionando a doutrina de Robert Alexy⁷, a fundamentalidade de um direito se relaciona com sua especial dignidade no ordenamento jurídico.

Portanto, quando falamos de direitos fundamentais e direitos humanos,

2 COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 357.

3 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999

4 NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano ; ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

5 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996, S. 75 f. traduzido por COMPARATO in. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p.56.

6 *op. cit.* p. 518.

7 *op. cit.* p. 57.

não quer dizer que ambos sejam iguais. Os direitos humanos representam os direitos do ser humano, da humanidade. Eles constituem princípios da dignidade humana.

Ressalta-se isso nas palavras de Alexy citado por Gilmar Ferreira Mendes⁸, onde registra a diferença entre princípios e regras:

Segundo a definição básica da teoria dos princípios, princípios são normas que nos permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nestes termos, mandatos de otimização (*Optimierungsgebote*). O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Regras são normas que são aplicáveis ou não-aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no contexto fático e juridicamente possível. São postulados definitivos (*definitive Gebote*). A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção.

A Colisão entre direitos fundamentais e princípios normativos dos direitos humanos pode acarretar uma má interpretação normativa e doravante acarretar em uma anacronia hermenêutica.

Os direitos fundamentais representam o Estado democrático de direito e seus fundamentos para a cidadania do ser humano. Seu “eu” como indivíduo dentro do Estado Democrático de Direito.

Ronald Dworkin⁹, divergindo da teoria positivista jurídica de Hans Kelsen, sustenta a tese segundo a qual, a configuração das normas como princípios ou como regras é uma atividade cognoscitiva, em que existem características estruturais ou morfológicas que diferenciam uma espécie da outra. Ao valorizar a função dos princípios, Dworkin¹⁰ realiza uma importante diferenciação entre regras e princípios, definindo que ambos estão inseridos na categoria normas jurídicas. O autor enfatiza que as regras não têm função diferenciada dentro do sistema jurídico, pois caso ocorra colisão entre duas regras, uma delas irá substituir completamente a outra.

8 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 365.

9 DWORKIN, Ronald. M. (1999a). *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2013. p.45.

10 *Ibidem*. p.46.

Assim, explica Dworkin¹¹ que:

(...) princípios num sentido genérico, incorporando, para além dos princípios *stricto sensu*, políticas (*policies*) ou outros *standards* normativos. Isto especialmente quando procura destacar a dicotomia entre regras e princípios (...). Apenas para esclarecermos os conceitos, no entanto, devemos indicar que ele considera política (*policy*) como o tipo de standard que estabelece uma meta a ser atingida, geralmente uma melhora em alguma característica econômica, política, ou social da comunidade.

Ao contrário, se dois princípios colidem, o intérprete deverá, analisando o caso concreto, aplicar preferencialmente um deles, através da ponderação, mas o princípio requerido não perderá a eficácia e poderá ser utilizado em outras hipóteses.

Para ele, a distinção é obtida a partir de valores intrínsecos na norma, que podem ser aplicados dentro da ideia de “tudo ou nada”. Assim, Dworkin¹² diz:

A distinção é de natureza lógica. As regras são aplicadas num modelo de “tudo-ou-nada”. Se os fatos narrados na hipótese da regra se concretizar, então a conseqüência prevista deverá ser concretizada pelas autoridades competentes. Desta forma, duas regras que tenham a mesma hipótese e estabeleçam conseqüências contraditórias não podem permanecer no sistema. Uma delas deve ser necessariamente expulsa, pois, tratando-se de regras, não há qualquer maleabilidade.

É nesse impasse que nasce a colisão entre direitos fundamentais e princípios humanitários. Afinal, os direitos fundamentais podem se sobrepor em relação aos princípios humanitários? Essa resposta é dada pelo professor Sarmiento¹³ :

Para se aferir o núcleo ou âmbito de proteção de um direito fundamental não há uma regra geral, exigindo, para cada direito fundamental, um procedimento. Pode-se afirmar que a definição do âmbito de proteção exige uma análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

- a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção;
- b) a verificação de possíveis restrições contempladas, expressamente, na constituição e identificação de reservas legais de índole restritiva.

11 DWORKIN, Ronald. M. (1999b), *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University. São Paulo: Saraiva, 2013. p.22.

12 *Ibidem*, p. 22.

13 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002. p.34.

Cabe ao aplicador do direito e ao hermenauta verificar o caso concreto, para depois incidir a norma jurídica adequada. (direito fundamental ou princípios humanitários).

3. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais de valor humano ou humanitário seguem a lógica de preservar a natureza humana e com isso, os direitos fundamentais do homem cidadão. Esses princípios são consagrados na nossa Constituição em diversos artigos (art.1º, inc. III art.5º, inc. XXXV art. 170 e outros). São considerados como fundamentos da República Federativa Brasileira e como princípios basilares do ordenamento jurídico internacional.

As regras constitucionais são consideradas como comandos do Estado em que determinada Constituição está regendo e em vigência. As regras são fundamentais para a organização do Estado e de suas estruturas.

Robert Alexy¹⁴ determina que:

(...) direitos fundamentais têm o caráter de regras ou o de princípios. Na primeira decisão fundamental tratava-se disto: se direitos fundamentais são direitos; objeto da segunda é o que eles são como direito. Não só a solução do problema da colisão senão também as respostas a quase todas as questões da dogmática dos direitos fundamentais geral dependem desta decisão fundamental. Isso esclarece a intensidade e a amplitude da discussão. Aqui devem bastar algumas observações à tese que a teoria dos princípios dos direitos fundamentais oferece a melhor solução do problema da colisão.

No entendimento de Alexy¹⁵, há uma distinção entre princípios e regras constitucionais que levam a evidenciar a aparente colisão entre direitos fundamentais e princípios que poderão ser solucionados pela teoria da ponderação. Para ele:

14 ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. p. 74. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 7 de dezembro de 1998. Disponível em: <file:///C:/Users/ACER/Downloads/47414-93378-1-PB.pdf>. Acesso em 29.06.2016.

15 *Ibidem*. p.75.

[...] a definição standard da teoria dos princípios, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas. Estas são determinadas, ao lado, por regras, essencialmente por princípios opostos. As colisões de direitos fundamentais supra delineadas devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação.

O professor Bonavides¹⁶ nos aduz que:

[...] é a Constituição que contém um sistema aberto de princípios e regras que vão orientar todo um sistema. [...] Neste ponto, é interessante analisar a distinção doutrinária existente entre princípios e regras. Afinal, quando nos deparamos com duas regras que aparentemente incidem sobre uma determinada hipótese fática, contrariando-se – a chamada antinomia-

Para Dworkin, em *Taking Rights Seriously*, ele coloca a distinção entre regras e princípios que ao ver pode ser aplicada para sustentar a ideia de que os princípios não se contrapõem, mas apenas, concorrem entre si. Assim, a aplicação, no caso concreto, de um deles em detrimento do outro, não invalida qualquer um deles dentro do direito, diferentemente do que acontece com as regras. Os princípios podem conviver ainda que sejam, em último caso, afastados em determinadas ocasiões. Explica Dworkin¹⁷ que:

[...] os princípios têm uma dimensão de peso, isto é, cada um dos princípios que possa influenciar a decisão é sopesado e, em seguida, o juiz deve escolher qual deles irá prevalecer sem que qualquer deles perca sua força em razão dessa escolha. Naturalmente, segundo a lógica da teoria apresentada no *Império do Direito*, essa escolha entre princípios deveria refletir nossa prática jurídica em sua melhor luz.

Assim, é fundamental distinguir os princípios e as regras constitucionais

¹⁶ BONAVIDES. *Op. Cit.* p.126.

¹⁷ DWORKIN. *Op. Cit.* p.22.

para depois evitar a colisão entre os direitos fundamentais e\ou princípios fundamentais. Para isso, Norberto Bobbio¹⁸ diz que:

[...] a questão é solucionada pelos três critérios clássicos apontados e aceita quase universalmente, ou seja, o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialidade. Deste modo, no caso de duas regras em conflito, aplica-se um desses três critérios, tendo como resposta três regras: a colisão por exclusão, a colisão por redução bilateral ou a colisão por redução unilateral.

Os princípios e as regras constitucionais devem conviver pacificamente e serem utilizados para harmonizar as estruturas da Constituição e a organização do Estado, bem como, possibilitar o exercício, em caso concreto, dos direitos do cidadão.

Para Canotilho¹⁹ não há colisão entre princípios e que em cada caso concreto um deles deve ser aplicado para solucionar o conflito aparente entre eles:

No caso de colisão de princípios constitucionais, porém, não se trata de antinomia, vez que não se pode simplesmente e aleatoriamente afastar a aplicação de um deles. Pois do ponto de vista jurídico, é forçoso admitir que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, isto é, todas as normas têm igual dignidade.

Portanto, no caso de colisão de direitos fundamentais aplica-se uma das regras de interpretação hermenêutica a serem aludidas a seguir, e, em caso de conflito aparente de princípios aplica-se aquele mais próximo da dignidade da pessoa humana.

4. DA COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA VISÃO DE CANOTILHO.

A colisão de direitos fundamentais e princípios humanitários podem ser resolvidos através de princípios hermenêuticos e regras de interpretação constitucional aplicadas pelo intérprete e pelos Supremos Tribunais Constitucionais. Vejamos o que nos ensina o professor Luís Roberto Barroso²⁰:

18 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Brasília, DF: Unb, 1996, p. 354.

19 CANOTILHO. *Op. Cit.* p. 56.

20 BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. R. *Dir. Adm. Rio de Janeiro*, 232:141-176, *Abril/Jun.* 2003. p.145.

O Princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) é visto como parâmetro de controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e/ou judiciais. A doutrina costuma examiná-lo sob o prisma de seus três elementos (ou sub-princípios): a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Não preenchendo a norma qualquer desses três elementos ou não se conformando com eles o ato administrativo ou judicial produzido pela respectiva autoridade, deverá ser considerado inconstitucional, por violação ao Princípio da Proporcionalidade.

Assim, para podermos interpretar se um direito fundamental, como a vida, a liberdade, a igualdade ou a propriedade é superior a um princípio humanitário ou de humanidade, tais como o bem estar social, a justiça social, a dignidade humana e a função social são necessários ponderar a norma constitucional em cada caso concreto, e depois, dentro da proporcionalidade de cada caso aplicar um ou outro direito fundamental.

A questão não é deixar de aplicar a norma fundamental ou retirar um princípio humano, mas evitar a colisão de direitos fundamentais e princípios humanitários.

Para Gilmar Mendes²¹:

A doutrina destaca dois tipos de colisões: em sentido estrito e em sentido amplo. A primeira refere-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais. A segunda envolve os direitos fundamentais e outros princípios ou valores, constitucionalmente protegidos, que visam a assegurar interesses da comunidade.

Essas duas regras são necessárias para iniciar a solução de conflitos de normas fundamentais que fora iniciada pelo ilustre professor J.J. Gomes Canotilho. Esse conflito aparente de norma fundamental e princípio humanitário pode ser solucionado dentro da própria interpretação hermenêutica do aplicador dos direitos e em cada caso concreto.

Para finalmente, dirimir qualquer conflito entre direitos fundamentais e princípios humanitários ou de fundamento constitucional, atender princípios de interpretação hermenêutica.

21 MENDES. *Op. Cit.* p. 56.

O professor Nunes Junior e Araújo²² explicam que:

A técnica da ponderação consiste em apurar os pesos ou a importância relativa que devem ser atribuídos a cada elemento em disputa, a fim de se escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá menos restrição do que o outro. Ressalvando-se que na produção dessa solução deve o intérprete nortear-se pelo princípio da proporcionalidade.

Portanto, no caso de colisão de direitos fundamentais e princípios de natureza humanitária ou de essência humana, faz necessária a opção de preferência de um direito sobre o outro oposto, ou de um princípio sobre um direito em que se perguntem, inicialmente, todos os valores constitucionais pré-questionados pelo intérprete e, num juízo de ponderação, aplicam-se ao caso concreto os princípios constitucionais específicos, neste foco, os da proporcionalidade e da razoabilidade.

5. MODALIDADES DE COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dentro das modalidades de colisão de direitos fundamentais e acerca de formas para resolver essas divergências interpretativas, aplicam-se três regras básicas:

1ª Regra: Colisão com redução bilateral

2ª Regra: Colisão com redução unilateral

3ª Regra: Colisão com excludente

5.1. COLISÃO COM REDUÇÃO BILATERAL

A colisão com redução bilateral é aquela que possibilita uma diminuição da carga valorativa de ambos os direitos fundamentais, para possibilitar à aplicação de ambos no caso concreto, dando aos titulares dos direitos o exercício de ambos os direitos. Nas palavras de Seinmetz²³:

(..) permitirá, por meio de juízos comparativos de ponderação dos

22 NUNES JÚNIOR; ARAÚJO. *Op. Cit.* p.65

23 STEINMETZ. *Wilson Antônio. Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.p.99.*

interesses envolvidos no caso concreto (...), harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos - colisão com redução bilateral - ou de um deles apenas - colisão com redução unilateral -, se inviável a primeira providência.

A ideia é diminuir ambos os valores de cada direito fundamental para que se encontre o equilíbrio da regra - princípio básica. (igualdade concreta).

Ensina Steinmetz²⁴ um exemplo simples de aplicação dessa regra:

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

A colisão com redução bilateral tem sua resolução neste princípio da proporcionalidade.

5.2. COLISÃO COM REDUÇÃO UNILATERAL

A colisão com redução Unilateral é aplicável quando se inviável a primeira regra, neste caso, diminui-se apenas um dos valores fundamentais, ou regra - princípio para que seja efetivado o direito fundamental. Veja o que nos diz Steinmetz²⁵:

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

A colisão de com redução unilateral dar-se-á sempre quando é possível o exercício conjugado dos direitos fundamentais, por intermédio da relativização

24 CANOTILHO. *Op. Cit.* p. 100.

25 *ibidem.* p. 100.

de apenas um deles, sem a qual o outro direito estaria plenamente aniquilado, o mesmo não sendo necessário com a situação inversa.

5.3. COLISÃO EXCLUDENTE

A colisão excludente é aquela que para ocorrer a efetivação de um direito fundamental deverá anular-se o outro, verificando-se seu valor em detrimento do outro, é a ideia do peso do seu valor. Nas palavras de Canotilho²⁶ que afirma:

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

Canotilho nos alerta que cada valor tem seu peso e que o aplicador do direito fundamental deve se ater a essa carga valorativa antes de excluir um direito em detrimento de outro mais importante em cada caso concreto. A ideia é defendida por Schäfer²⁷ que entende como:

[...] a limitação ou diminuição do âmbito material de incidência da norma concessiva, tornando mais estreito o núcleo protegido pelo dispositivo constitucional interferindo diretamente no conteúdo do direito fundamental a que a norma vise proteger. Pode, ainda, serem identificadas duas espécies de restrições: a) restrições estrito sensu: restrições expressas na própria Constituição ou veiculadas através da lei infraconstitucional mediante autorização da Constituição; b) restrições imanentes: restrições que embora não estejam expressamente descritas na Constituição, decorrem da ideia de sistema constitucional, os denominados limites imanentes aos direitos fundamentais.

Esse entendimento cria o sistema de restrições de valores constitucionais, excluindo um direito em detrimento de outro com carga valorativa maior, mas

26 CANOTILHO. *Op. Cit.* p.161.

27 SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais, Proteção e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 61.

depende de aplicação em cada caso concreto.

Para Steinmetz²⁸ o procedimento de restrição dos direitos fundamentais deve atender a três fases consecutivas:

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

Assim, o intérprete e aplicador do direito em caso concreto não irá permitir o choque de valores fundamentais, excluindo aquele com menor carga valorativa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após este presente estudo, verifica-se que a colisão de direitos fundamentais na visão de Canotilho foi sendo questionada para evidenciar um conflito aparente entre direitos fundamentais e princípios humanitários de ordem internacional, mas a ideia de colisão entre direitos fundamentais e sua aplicação em caso concreto dar-se-á por uma falta de concordância prática e pela ausência da técnica da ponderação.

É notório saber que os direitos fundamentais são essenciais para a harmonia entre o Estado e seus cidadãos, e que a colisão desses direitos em caso concreto, afeta a vida social, dando ao aplicador do direito um problema de interpretação constitucional.

Assim, é importante a utilização de técnicas de interpretação utilizando três regras básicas para evitar a antinomia entre os direitos e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na busca da solução desses aparentes conflitos hermenêuticos.

As três regras de colisão de direitos fundamentais (colisão por exclusão,

²⁸ *Ibidem*. p.101.

colisão com redução unilateral e colisão com redução bilateral) podem solucionar este aparente conflito entre direitos basilares para a sociedade. Já a colisão aparente entre princípios fundamentais pode ser solucionada pela da teoria da ponderação, onde um princípio exclui o outro deste que este seja de carga valorativa maior (ideia do peso maior em detrimento ao de peso menor).

Essa ideia dar-se-ia pelo valor da dignidade da pessoa humana, sobre qualquer outro valor jurídico principiológico. Os princípios fundamentais esculpidos na Carta Magna de 1988 seriam fundamentais para a existência do cidadão, desde que, respeitado a essência do fundamento da República contido no artigo 1º, inciso III.

Portanto, no caso de colisão de direitos fundamentais aplica-se uma das regras de interpretação hermenêutica, e, em caso de conflito aparente de princípios aplica-se aquele mais próximo da dignidade da pessoa humana.

7. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 1996, S. 75 f. traduzido por COMPARATO in. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. **R. Dir. Adm.** Rio de Janeiro, 232:141-176, Abril/Jun. 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7. ed. Brasília, DF: Unb, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina.1999.
- COMPARATO, Fábio Konder, **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DWORKIN, Ronald. M. (1999a), **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2013.
- _____. (1999b), **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Harvard Uni-

versity. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2002.

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

STEINMETZ. Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

Recebido em: 25/05/2016

Primeira revisão: 01/06/2016

Aprovado em 05/07/2016