

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

Collision between fundamental rights

Victor Ricardo de Oliveira¹, Antonio da Silva Pereira Neto², Filipe Rossatti³, Ivan Iury Klitzke⁴, Vinicius de Oliveira Zucolotto⁵

¹Professor do curso de Direito da Faculdade da Região Serrana-FARESE, email: victorricardo@professorfarese.com.br

²Aluno do 4 período do curso de Direito da Faculdade da Região Serrana-FARESE, email: antonioneto@soufarese.com.br

³Aluno do 4 período do curso de Direito da Faculdade da Região Serrana-FARESE, email: filiperossatti@soufarese.com.br

⁴Aluno do 4 período do curso de Direito da Faculdade da Região Serrana-FARESE, email: ivanklitzke@soufarese.com.br

⁵Aluno do 4 período do curso de Direito da Faculdade da Região Serrana-FARESE, email: viniciusoliveira@soufarese.com.br

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar a constituição dos direitos fundamentais e suas circunstâncias colidentes, bem como identificar as teorias que concorrem para a solução de tal conflito em casos concretos, visto que o assunto é relevante no meio acadêmico e importante na aplicação da justiça aos casos analisados.

A fim de se fazer a análise pretendida sobre o entendimento da colisão entre direitos fundamentais e a resolução de um caso concreto foram apresentados os conceitos que cercam o tema, a saber: os direitos fundamentais principiológicos, o núcleo essencial do Direito Fundamental, o âmbito da proteção normativa e os conceitos de “harmonização” de Canotilho (além do princípio da Unidade) e o de “ponderação”, de Alexy. Ademais, foi realizado o exame de casos que espelham a postura da Suprema Corte (STF) quando do julgamento desses casos.

MATERIAL E MÉTODOS

Para alcançar o objetivo proposto foi feita abordagem com aplicação de método dedutivo, partindo de conceitos gerais para chegar a conclusões lógicas sobre o tema. O método de pesquisa bibliográfica se deu por doutrinas de docentes da área do direito constitucional, bem como pesquisa a legislações e jurisprudências referentes ao tema discutido.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O conceito acerca de direitos fundamentais teve a sua gênese no século XVIII, com o surgimento das constituições escritas que pretendiam se contrapor aos excessos do absolutismo monárquico, como é o caso da Constituição Francesa de 1791. Nesse contexto histórico, na passagem do absolutismo para o liberalismo, ganham força os direitos norteados pela ideia de “liberdade”, constituindo o que se convencionou chamar de “primeira geração dos direitos fundamentais”. Contudo, a história não é estanque e se pauta pelo dinamismo, sendo assim, a grande desigualdade econômica verificada após a Primeira Guerra Mundial trouxe à tona a luta pela “igualdade”, como se verifica na Constituição do México de 1917 e na Constituição Alemã de 1919; configurando a “segunda geração dos direitos fundamentais”, que traz em seu bojo o reconhecimento dos direitos sociais, econômicos e culturais. Na esteira das catástrofes

humanitárias provocadas pela Segunda Guerra Mundial, houve a busca da garantia da “dignidade humana”, trazendo à luz a “terceira geração dos direitos fundamentais”, conforme se observa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 10 de dezembro de 1948.

Em se falando em direitos fundamentais, faz-se necessário abordar o conceito de direitos fundamentais principiologicos, que são caracterizados por apresentarem semântica aberta, isto é, demandam solução a ser criada para o caso concreto, tais quais o direito à honra e à igualdade. Estes direitos estão previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, e apresentam fluidez semântica, necessitando de criação de norma para a aplicação em casos concretos, partindo dos fatos que envolvem os referidos casos. Nesse afã, deve-se entender que os princípios devem ser tratados de maneira diversa em relação ao que ocorre com as regras. Dessa forma, os direitos fundamentais devem ser tratados sob o mesmos critérios que os princípios.

Para Alexy (2008), eles devem ser ponderados, para que quando um direito fundamental for evidenciado, em detrimento de outro, mantenha-se o âmbito de proteção normativa. Nesse mesmo sentido, Silva (2010) explica que o âmbito de proteção de um direito fundamental é, portanto, “tudo aquilo que é protegido pela norma constitucional, englobando inúmeras condutas, situações e posições jurídicas, as quais estão sujeitas a restrições”; assim sendo, compreende-se que a proteção aos direitos fundamentais deve ser garantida pela constituição e contemplar fatores diversos. Em tal contexto, salienta-se que o núcleo do direito fundamental, isto é, o âmbito inviolável e intrínseco a este direito, deve ser respeitado e protegido nas decisões sobre um caso concreto.

Corroborando tal entendimento, Canotilho (1993), traça o lineamento geral do princípio da harmonização, que em seu entender, não deve divorciar-se dos princípios da unidade e efeito integrador, uma vez que se imbricam. Denomina-o também de “princípio da concordância prática”, porque impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. Encontra guarida no campo nos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos), que revela a ideia de igualdade de valores dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.

A técnica da ponderação é um instrumento argumentativo de grande importância para a solução das colisões de direitos fundamentais, esse pertinente método de lógica jurídica está associado à visão civil-constitucional do ordenamento brasileiro. A realização dessa técnica consiste na pesagem de direitos fundamentais no caso concreto, remetendo aos estudos do jurista alemão Robert Alexy, que desenvolveu algumas premissas que são imprescindíveis para o sopesamento de direitos constitucionais. Dessa forma, faz-se importante a exposição dessas premissas de Alexy.

Inicialmente, o jurista alemão demonstra o entendimento de que os direitos fundamentais têm, na maioria das vezes, a estrutura de princípios, senão vejamos:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, 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. (ALEXY, 2008, p. 90).

Dando seguimento, já na próxima etapa, é do conhecimento comum que o ordenamento jurídico brasileiro é regido pelos valores constitucionais, como também que os direitos

fundamentais não são absolutos. Diante do exposto, podem ocorrer com determinada frequência colisões entre esses princípios, o que, - indubitavelmente -, ocasionará também restrições em ambos, quanto aos valores tutelados conflitantes no caso concreto.

Nesse caso, faz-se necessária a distinção entre o conflito de regras e a colisão dos princípios. No primeiro, uma regra se sobrepõe a outra se valendo do método tudo ou nada; já nos princípios, ocorre certa relativização entre eles no caso concreto, uma vez que princípios com peso maior devem prevalecer sobre princípios com peso menor. Contudo, não anulam completamente o outro, como ocorre nas regras.

Inaugurada a colisão, como próxima premissa o aplicador do Direito deve fazer uso da técnica da ponderação. A sua aplicação nada mais é do que a solução do caso concreto de acordo com a máxima da proporcionalidade. Dessa forma a técnica da ponderação significa de forma bem pragmática uma proporcionalidade ou razoabilidade, a ser realizada sobre os princípios em debate, sendo observados com devida atenção todos os fatores fáticos que impulsionaram tanto a colisão, quanto a iminente conclusão sobre o caso concreto debatido em questão.

Por último, realiza-se a pesagem, que deve ser fundamentada em uma argumentação jurídica rígida e objetiva, para que não venha a se tornar arbitrária e irracional. Ou seja, deve ser bem clara e definida a fundamentação de enunciados de preferências em relação a determinado valor constitucional.

Finalmente, cabe a consideração do próprio Robert Alexy sobre o tema:

Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma “reserva do possível” no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma solução da vinculação. (ALEXY, 1999, p. 79).

Conquanto os estudiosos do Direito se dediquem ao escrutínio das teorias sobre a colisão dos direitos fundamentais, há situações nas quais este assunto gera celeumas intensos e acabam ganhando espaço na mídia e chegando à roda de discussão de pessoas leigas no assunto. Logo, é preciso atentar para a jurisprudência. Para compreender melhor a aplicação da ponderação, utilizaremos os casos concretos a seguir, decididos pelo STF.

O primeiro caso utilizado como exemplo decide sobre uma autorização para um candidato realizar a prova de concurso público em horário diferente do que havia sido determinado pela comissão do certame, devido a sua crença religiosa. Desse modo, os direitos que entraram em conflito foram o da isonomia e o de liberdade religiosa, pois todos os candidatos têm o direito de ter a prova aplicada de forma igual, sem nenhuma distinção e de forma que nenhum dos participantes tenha vantagens sobre os outros. Porém, em casos excepcionais, é necessário que as provas sejam aplicadas em datas diferentes para candidatos com crenças religiosas que não permitem atividades em certas datas ou horários específicos.

Assim, a decisão do STF se fundamenta na ideia de que nenhuma pessoa deve ser oprimida por conta de sua religião; pois ir contra isso fere a ideia de respeito à diversidade religiosa. Dessa maneira, o STF permitiu que as provas fossem aplicadas em datas ou horários diferentes do que havia sido estipulado inicialmente, desde que haja uma manifestação prévia do candidato e que ela seja fundamentada e plausível e que essa alteração não prejudique o restante dos candidatos.

Abaixo o teor da decisão em comento:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENDIDA AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE ETAPA DE CONCURSO PÚBLICO EM HORÁRIO DIVERSO DAQUELE DETERMINADO PELA COMISSÃO ORGANIZADORA DO CERTAME POR FORÇA DE CRENÇA RELIGIOSA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM CONFLITO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. MÉRITO. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IGUALDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A tessitura constitucional deve se afastar da ideia de que a laicidade estatal, compreendida como sua não-confessionalidade, implica abstenção diante de questões religiosas. Afinal, constringer a pessoa de modo a levá-la à renúncia de sua fé representa desrespeito à diversidade de ideias e à própria diversidade espiritual. 2. No debate acerca da adequação de atividades administrativas a horários alternativos em respeito a convicções religiosas, deve o Estado implementar prestações positivas que assegurem a plena vivência da liberdade religiosa, que não são apenas compatíveis, como também recomendadas pela Constituição da República, a teor do inciso VII do art. 5º, CRFB, que assegura a “prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”, bem como do art. 210, §1º, CRFB, o qual dispõe que o “ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. 3. A separação entre Igreja e Estado não pode implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião na sua esfera privada. O princípio da laicidade não se confunde com laicismo. O Estado deve proteger a diversidade, em sua mais ampla dimensão, dentre as quais inclui a liberdade religiosa e o direito de culto. O limite ao exercício de tal direito está no próprio texto constitucional, nos termos do inciso VI do art. 5º. 4. A fixação, por motivos de crença religiosa do candidato em concurso público, de data e/ou horário alternativos para realização de etapas do certame deve ser permitida, dentro de limites de adaptação razoável, após manifestação prévia e fundamentada de objeção de consciência por motivos religiosos. Trata-se de prática a ser adotada pelo Estado, na medida em que representa concretização do exercício da liberdade religiosa sem prejuízo de outros direitos fundamentais. 5. Recurso extraordinário não provido, fixando-se a seguinte tese: “Nos termos do art. 5º, VIII, da CF, é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital por candidato que invoca a escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarretem ônus desproporcional à Administração pública, que deverá decidir de maneira fundamentada.”

(RE 611874, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-068 DIVULG 09-04-2021 PUBLIC 12-04-2021)

No segundo caso analisado, o conflito presente é do direito de liberdade de expressão contra a honra de terceiro, que nesse caso seria a sociedade. O caso se baseia nas declarações feitas por um Ministro de Estado durante sua atuação, que seriam supostamente ofensivas à honra. A decisão final foi fundamentada na tese de que em um conflito entre o direito de liberdade de expressão de um agente público contra a honra de terceiro, o que deve prevalecer é o interesse público, coletivo.

Abaixo, o teor da referida decisão:

LIBERDADE DE EXPRESSÃO – AGENTE POLÍTICO – HONRA DE TERCEIRO. Ante conflito entre a liberdade de expressão de agente político, na defesa da coisa pública, e honra de terceiro, há de prevalecer o interesse coletivo, da sociedade, não cabendo potencializar o individual.

(RE 685493, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 14-08-2020 PUBLIC 17-08-2020)

Conforme espelham as decisões do STF, compreende-se que mesmo os direitos fundamentais têm limite quando colidem com outro direito igualmente fundamental, cabendo ao Judiciário fazer o devido estudo e definir qual direito deve prevalecer, sem - entretanto -, solapar o outro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em conta que os direitos fundamentais constituem uma conquista coletiva que se ocorreu através dos últimos séculos, deve-se ter em mente a sua condição de inacabamento, de constante construção e aprimoramento. Seria temerário supor que qualquer destes direitos fosse absoluto e não pudesse ser passível de redimensionamento quando entrasse em conflito com outro de igual essência.

Portanto, a lida com as especificidades da colisão entre direitos fundamentais se apresenta como um desafio ao qual teóricos do Direito, magistrados e a própria sociedade são convocados, a fim de que todos possam ter confiança de que seus direitos serão garantidos sem que os direitos de outros sejam desprezados.

Nesse sentido, o presente estudo contribui para a teoria e para a prática ao trazer novo insight sobre o tema à partir da abordagem proposta. Recomenda-se que estudos futuros sejam replicados superando-se a limitação deste trabalho ao aplicar a análise proposta em diversos julgados, à partir de corte epistemológico preestabelecido.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático**. Revista de direito Administrativo, v. 217, p. 67-79, 1999.

_____, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Nadia Castro. **Colisão de direitos fundamentais e ponderação**. Meritum, revista de Direito da Universidade FUMEC, 2010.

BESSA, Leandro Sousa. **Colisões de direitos fundamentais: propostas de solução**. In: Congresso Nacional do CONPEDI. 2006. p. 301-302.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **A natureza principiológica dos direitos fundamentais e a proteção do seu conteúdo essencial**. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 7, n. 11, p. 152-174, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1993.

CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais.** Cadernos da Escola de Direito, v. 1, n. 1, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos.** 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

GOMIERO, Bruno. **A ponderação de interesses na constituição federal brasileira.** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005.

LANE, Renata. **O entendimento do STF em alguns casos de colisão de direitos fundamentais.** Monografia de conclusão de curso da Escola de Formação. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed. São Paulo. Malheiros, 2010.