

# COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

## MARCIO AGUIAR FOLONI

Advogado na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil. Cursando Master in Business Administration (MBA) em Gestão Empresarial.

## RESUMO

Longe de quereremos esgotar o assunto tratado, bem como estabelecer conclusões absolutas sobre toda a problemática levantada em relação ao mesmo, este trabalho tem o intuito de apontar as soluções para o fenômeno da colisão de direitos fundamentais, passando pela necessária análise do princípio da proporcionalidade, haja vista tratar-se de tema atual e que, por vezes, não é tratado de forma científica pelos intérpretes e aplicadores do direito.

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

## ABSTRACT

Far from wanting to exhaust the subject, as well as establish absolute conclusions about the whole issue raised in relation to the same, this work is intended to provide the solutions to the phenomenon of collision of fundamental rights, passing the necessary analysis of the principle of proportionality, once it is current theme and that, sometimes, is not treated in a scientific way by interpreters and executors of the law.

**Keywords:** Collision. Fundamental rights. Principle of proportionality.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Colisão de Direitos Fundamentais e a sua solução. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

## 1. Introdução

Os direitos fundamentais, assim considerados aqueles que consagram direitos à liberdade e à igualdade com o escopo de promover e proteger a dignidade da pessoa humana, positivados na Constituição, além das características da fundamentalidade, historicidade, universalidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, inalienabilidade e concorrência, são marcados pela *relatividade (limitabilidade)*, o que importa dizer que não são absolutos, encontrando limites em outros direitos igualmente protegidos pelo texto maior.

Considerando essa importante premissa, há de se ressaltar a possibilidade de que existam choques, colisões, entre direitos fundamentais, isto é, dois ou mais direitos igualmente válidos no plano abstrato entram em conflito num determinado caso concreto.

A solução dessas colisões não encontra resultado satisfatório na hermenêutica tradicional, devendo ser estudada à luz da teoria dos princípios, lembrando que, hodiernamente, numa visão pós-positivista, restou pacificado que os princípios são, ao lado das regras, espécies de normas jurídicas.

Segundo a doutrina, a solução pode vir estampada na própria Constituição. Porém, caso não o venha, há a necessidade de se aplicar a técnica da ponderação, ganhando relevo ímpar na aplicação deste método o princípio da proporcionalidade em suas três vertentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Destarte, tem o presente trabalho a finalidade de apresentar um estudo sobre as formas de resolução das colisões de direitos fundamentais baseado em lições doutrinárias e jurisprudenciais.

Salienta-se que, considerada a finalidade do presente artigo, não adentraremos na

questão específica da teoria dos direitos e garantias fundamentais (terminologia, evolução, classificação, natureza, distinção entre direitos e garantias, destinatários, eficácia e aplicabilidade das normas definidoras desses direitos, eficácias vertical e horizontal, limites dos limites, relação dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana, características, etc).

## 2. 2. Colisão de Direitos Fundamentais e a Sua Solução

Consoante acima mencionado, uma das características dos direitos fundamentais é a sua limitabilidade (relatividade), o que importa dizer que *não existem princípios absolutos*, uma vez que todos encontram limites em outros princípios também consagrados na Constituição (*cedência recíproca*).

Com consequência, pode-se afirmar que só há liberdade onde existe restrição à liberdade, isto é, para que as liberdades possam conviver entre si, devem ter caráter relativo.

Embora sofram limites, deve-se sempre observar a *máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos*, compatibilizado-a com a sua *mínima restrição*. Aqui entra em cena o *princípio da concordância prática ou harmonização*, segundo o qual os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir harmonicamente na hipótese de eventual conflito, devendo-se evitar o sacrifício total de um princípio em face de outro, haja vista inexistir hierárquica entre princípios.

Ressalte-se que, embora não exista direito fundamental mais relevante do que o direito à vida, pois este é necessário para que todos os demais direitos fundamentais sejam exercidos, nem mesmo ele (direito à vida) é considerado absoluto.

Nesse diapasão, assevera Bulos que:

“(...) inexistente hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo art. 5º, XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarado na forma do art. 84, XIX. Corroborava esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão. Há que se distinguir ser humano de pessoa humana. O embrião é ser humano, ser vivo, obviamente. Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana. Ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria as pessoas e aos fetos em geral. Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo (STF, Pleno, ADPF 54, rel. Marco Aurélio, decisão: 12-4-2012)”<sup>1</sup>.

Considerando-se essa característica (*limitabilidade ou relatividade*), a qual indica que não existe direito fundamental absoluto, pode existir, no caso concreto, *colisão de direitos*, cuja solução vem estampada na própria Constituição ou, em assim não sendo, deverá o intérprete decidir qual prevalecerá, utilizando-se da técnica denominada *ponderação*.

Ocorre a colisão de direitos fundamentais quando dois ou mais direitos abstratamente

<sup>1</sup> BULOS, Uadi Lammêgo, *Constituição Federal Anotada*, Editora Saraiva, 10ª Edição, pág. 97.

válidos entram em confronto diante de um caso concreto. Nesse caso, um deve ceder frente ao outro, o que não significa que um deles será declarado inválido.

Para Lenza, em caso de colisão de direitos fundamentais:

“A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade *versus* desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição”<sup>2</sup>.

Costuma-se classificar a colisão em duas espécies:

- a. *Colisão em sentido impróprio* (ou *em sentido amplo*): envolve direitos fundamentais e/ou princípios e valores constitucionalmente relevantes;
- b. *Colisão autêntica* (ou *em sentido estrito*): ocorre entre direitos fundamentais. Esta colisão pode se dar entre direitos fundamentais diferentes ou entre os aspectos positivo e negativo de um mesmo direito fundamental.

Frise-se que somente se pode falar em colisão quando os direitos são exercidos dentro do âmbito de proteção constitucional (*limites imanes*), pois, do contrário, estaremos diante de *conflito aparente*. Portanto, só existe autêntica colisão de direitos fundamentais quando um direito atinge diretamente o âmbito de proteção de outro direito.

Acerca dos limites imanes e da celeuma sobre a sua determinação em abstrato ou em concreto, doutrina Novelino:

“Os chamados *limites imanes* estão relacionados ao âmbito de proteção constitucional dos direitos fundamentais, sendo justificados pela existência de ‘limites originários ou primitivos’ impostos a todos os direitos que colocassem em risco bens jurídicos necessários à existência da comunidade (‘cláusula da comunidade’). Tais limites poderiam ser imanes da ordem social, da ética ou *constituídos por direitos dos outros*.

A questão objeto de controvérsias está em saber se tais limites podem ser determinados abstratamente, através da interpretação (*a priori*) ou se apenas diante do caso concreto, seria possível identificá-los por meio da ponderação (*a posteriori*). José Carlos Vieira de Andrade adota o entendimento de que é necessário distinguir, abstratamente, os ‘bens ou esferas de ação abrangidos e protegidos pelo direito’ das demais ‘figuras e zonas adjacentes’. Nesse caso, a determinação dos *limites imanes* ou *intrínsecos* estaria relacionada ao problema da interpretação, excluindo-se, em abstrato, *a priori*, aquilo que não faz parte do conteúdo do direito, também em função de outros preceitos constitucionais. Segundo o autor português, embora não se deva admitir um modelo ‘pré-formativo’, ‘que sustente a recondução à hipótese normativa constitucional de todas as limitações possíveis’, deve ser admitida uma interpretação que permita restringir o âmbito de proteção da norma *a priori*, excluindo-se *de plano* os conteúdos constitucionalmente inadmissíveis, ainda que não estejam expressamente ressalvados. Esta delimitação teria a vantagem prática de evitar que se considere como uma *colisão* de direitos situações em que o conflito é apenas aparente, além de assegurar de forma plena o núcleo essencial (‘domínio garantido’) dos outros direitos e bens da comunidade. Se um direito é excluído *a priori*, o resultado só pode ser a afirmação total do outro. De acordo com esta concepção os limites imanes podem ser expressos, quan-

<sup>2</sup> LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, Editora Saraiva, 16ª Edição, pág. 962.

do formulados em outros preceitos, ou *implícitos*, quando somente determináveis através da interpretação.

Adotando posicionamento diverso, Canotilho defende que os limites imanentes devem ser considerados, não como um resultado *interpretativo*, mas ‘de uma *ponderação* de princípios jurídico-constitucionais’, referindo-se ao ‘afastamento definitivo, *num caso concreto*, de uma dimensão que, *prima facie*, caberia no âmbito prospectivo de um direito, liberdade e garantia’.

Esta também é a concepção adotada por Alexy ao sustentar que os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios, ou seja, normas consagradoras de direitos *prima facie* que, em definitivo, podem vir a ser limitados, comprimidos, restringidos ou até sacrificados, segundo um critério de ponderação, para outros valores ou direitos, em situações de conflito. A construção alexyana parte de um ‘âmbito de proteção máximo do preceito, de acordo com as teorias da *hipótese normativa alargada*’.

Nesse modelo, a *limitação* de direitos fundamentais, associada ao método da *ponderação*, toam um sentido bastante amplo, tendente a ‘consumir na colisão de direitos ou de direitos e valores, além dos casos de harmonização, a declaração *a posteriori* dos limites imanentes e a restrição legislativa’. Vieira de Andrade adverte que um dos perigos das teorias *principiológicas* é o enfraquecimento axiológico do sistema reduzindo os direitos fundamentais a *imperativos de otimização*, como se não houvesse, à partida, valores intocáveis<sup>3</sup>.

Nos casos de colisão de direitos, ressalvada a hipótese de a solução encontrar-se prevista na própria Constituição, esta deve ocorrer com base no *juízo de ponderação*.

A ponderação tem sido apontada como o melhor mecanismo para a resolução dos conflitos entre princípios, pois as regras tradicionais de hermenêutica têm se mostrado insuficientes para tanto. Trata-se de uma técnica consistente em sopesar os princípios conflitantes a fim de apurar qual deverá prevalecer no caso concreto.

A técnica da ponderação está intimamente relacionada ao *princípio da concordância prática* ou *harmonização das normas constitucionais*, na medida em que os bens jurídicos conflitantes devem ser harmonizados de forma a evitar o sacrifício de um em detrimento do outro.

Por conferir amplos poderes ao intérprete/aplicador do direito, é indispensável estabelecer parâmetros a fim de evitar o *subjetivismo*, o *decisionismo*, o *casuismo*, o que implica em odiosa *insegurança jurídica*.

O procedimento utilizado na ponderação, segundo Novelino<sup>4</sup>, é estruturado em três etapas, quais sejam:

- a. identificação das normas referentes ao caso e seu agrupamento de acordo com a direção para a qual apontam;
- b. análise das circunstâncias do caso concreto e suas repercussões;
- c. ponderação propriamente dita, consistente em atribuir o peso relativo aos elementos e estabelecer a intensidade da preferência de cada grupo de normas.

Na ponderação de interesses tem extrema relevância o *princípio da proporcionalidade*, a partir do qual devem ser controladas todas as restrições entre os princípios em choque no caso concreto.

No Brasil, a maioria dos doutrinadores e da jurisprudência não distingue as expressões “proporcionalidade” e “razoabilidade”, tratando-as como se idênticas fossem, apesar de existir

<sup>3</sup> NOVELINO, Marcelo, *Direito Constitucional*, Editora Método, 2ª Edição, págs. 244/245.

<sup>4</sup> NOVELINO, Marcelo, *Direito Constitucional*, Editora Método, 2ª Edição, pág. 245.

quem defenda a distinção.

Távora e Alencar destacam que:

“Há entendimento de que o princípio da proporcionalidade não se identifica com o princípio da razoabilidade. Enquanto o princípio da razoabilidade é denominação que representa uma norma jurídica consistente em um cânone interpretativo que conduza o jurista a decisões aceitáveis, o princípio da proporcionalidade, de origem germânica, representa um procedimento de aplicação/interpretação de norma jurídica tendente a concretizar um direito fundamental em dado caso concreto. Os que entendem razoabilidade e proporcionalidade como expressões sinônimas, contornam a diferença entre um fenômeno de aplicação do direito que requer o perpassar por três etapas (proporcionalidade = necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), de outro fenômeno que assim não exige, haja vista que tem o condão de orientar o intérprete a não aceitar como válidas soluções jurídicas que conduzam a absurdos (razoabilidade)”<sup>5</sup>.

Nesse aspecto, pode-se afirmar que a principal distinção entre a nomenclatura varia de acordo com a formação dos autores que tratam do assunto. No direito germânico, fala-se em proporcionalidade; de outra banda, o direito norte-americano refere-se à razoabilidade.

Contudo, majoritariamente entende-se que não há diferença de conteúdo, apenas de nomenclatura.

A expressão “proporcional” é encontrada em vários dispositivos constitucionais (ex: direito de resposta proporcional ao agravo), mas o princípio, em si, não está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil. Trata-se, portanto, de um princípio implícito, abstraído de norma expressa.

Existem três teorias principais que falam sobre a origem deste princípio:

- a. está implícito no sistema de direitos fundamentais. Se tais direitos foram criados para limitar o poder do Estado, este não pode praticar atos desproporcionais. Qualquer medida estatal que não seja proporcional será violadora de direitos fundamentais. É um entendimento pouco usado no Brasil;
- b. vem do regime germânico: o princípio da proporcionalidade seria deduzido do princípio do Estado de Direito;
- c. pode ser deduzido da cláusula do devido processo legal, em seu caráter substantivo, ou seja, deriva do art. 5º, LIV, da Constituição. É o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que se pode constatar, *exempli gratia*, do julgamento da ADI 173/DF.

O que importa frisar no presente estudo é que o princípio da proporcionalidade é de aplicação compulsória nos casos de colisões de direitos fundamentais, visto que a partir dele se instrumentaliza o sopesamento de tais direitos, emprestando ao caso concreto uma solução adequada à luz da necessária harmonização da Constituição.

Com a finalidade de tentar densificar o princípio da proporcionalidade, ele foi subdividido em três subprincípios:

- a. Adequação;
- b. Necessidade;
- c. Proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que:

“O princípio da proporcionalidade em sentido amplo alberga a ‘exigência de

---

<sup>5</sup> TÁVORA, Nestor & ALENCAR, Rosmar Rodrigues, *Curso de Direito Processual Penal*, Editora Podivm, 4ª Edição, págs. 67/68.

adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado' (Suzana de Toledo Barros)". (RMS 29290/MG)

Pelo subprincípio da *adequação*, também denominado *idoneidade* ou *conformidade*, os meios devem ser adequados aos fins, quando as medidas adotadas são aptas a alcançar os objetivos desejados. Traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade pretendida, porque, se não for apta para tanto, deve ser considerada inconstitucional. Dessa maneira, o meio escolhido deve atingir o objetivo perquerido.

O subprincípio da *necessidade* (*indispensabilidade* ou *menor ingerência possível*) exige que o meio utilizado para se alcançar o fim almejado seja o menos oneroso possível. Acaso exista mais de um meio idôneo, a escolha deve recair naquele que é menos gravoso ao exercício do direito fundamental.

Lenza ensina que "a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa"<sup>6</sup>.

O seu pressuposto é o de que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra tanto quanto eficaz, menos gravosa, contudo.

A verificação da necessidade da medida deve ser realizada levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, devendo sempre o intérprete estar guiado pelos princípios constitucionais.

Por fim, "A *proporcionalidade em sentido estrito* está vinculada à verificação do custo-benefício da medida, aferida por meio de uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. A interferência na esfera dos direitos dos cidadãos só será justificável se o benefício trazido for maior que o ônus imposto. Neste caso, meio e fim são equacionados mediante um *juízo de ponderação*, para que sejam pesadas as 'desvantagens do meio em relação às vantagens do fim'"<sup>7</sup>.

O subprincípio em questão (proporcionalidade em sentido estrito) refere-se a um sistema de valoração, haja vista que, ao se garantir um direito, é necessário limitar outro, concluindo-se que o direito protegido tem valor superior, no caso concreto, ao restringido.

Necessário frisar, entretanto, que essa atividade ponderativa não deve estar iluminada somente pelo subjetivismo do aplicador do direito. Este deverá, sempre, realizar a escolha, fundamentadamente, à luz dos princípios constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 603.583/RS, no qual se discutiu a constitucionalidade do exame aplicado pela Ordem dos Advogados do Brasil para o exercício da advocacia, assim se manifestou sobre os requisitos do princípio da proporcionalidade:

"O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção

<sup>6</sup> LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, Editora Saraiva, 16ª Edição, pág. 159.

<sup>7</sup> NOVELINO, Marcelo, *Direito Constitucional*, Editora Método, 2ª Edição, pág. 81.

para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*)”.

Acerca da ponderação de interesses e aplicação do princípio da proporcionalidade, ir-retocáveis são os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes insculpidos no seu voto vista proferido no julgamento do RE 349.703/RS, o qual debateu a constitucionalidade da previsão de prisão para o depositário nos casos de alienação fiduciária em garantia:

“(…) a alienação fiduciária é contrato em que figuram o devedor-fiduciante, que aliena a coisa em garantia, mas permanece com sua posse direta; e o credor-fiduciário, que adquire a propriedade resolúvel do bem, mantido em sua posse indireta. O instituto tem dupla finalidade: a) propiciar às instituições financeiras (fiduciário) garantia especial, com todos os meios processuais a ela inerente, para a satisfação do crédito; b) conceder ao consumidor (fiduciante) melhores condições para a aquisição de bens duráveis.

Na condição de sujeitos ativo e passivo da relação contratual, fiduciante e fiduciário possuem obrigações recíprocas. Se o fiduciante paga a dívida, o que importa em implemento da condição resolutiva, o fiduciário perde a condição de proprietário e é obrigado a restituir o domínio do bem alienado em garantia. Por outro lado, se o fiduciante se torna inadimplente, cabe ao fiduciário – possuidor de todos os direitos e pretensões que lhe correspondem pela condição de proprietário, ainda que não-pleno, do bem – optar por um dos seguintes meios para garantia do crédito:

se o devedor entrega o bem, pode o credor-fiduciário aliená-lo a terceiros (venda extrajudicial) e aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver (§4º do art. 1º do Decreto-Lei nº 911/69);

pode também o credor ajuizar ação de busca e apreensão para a retomada da posse direta do bem (art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69);

se o bem alienado não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, poderá o credor requerer a conversão do processo de busca e apreensão em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil (art. 3º do Decreto-Lei nº 911/69);

pode o credor, ainda, optar pelo ajuizamento de ação de execução (art. 5º do Decreto-Lei nº 911/69).

Segundo Moreira Alves, o Decreto-Lei nº 911/69, ao aludir a esses meios, não privou o credor de se valer de outros meios, como a ação de reivindicação de posse ou a ação de reintegração de posse.

Em suma, o credor é livre para escolher quaisquer desses meios, como acentuam Orlando Gomes e Moreira Alves.

Assim, como esclarece Waldirio Bulgarelli, o credor-fiduciário, no caso, as instituições financeiras, *‘a seu alvedrio e a seu talante escolhem a que melhor couber na oportunidade, para sempre se ressarcir, jamais perdendo, do que resulta que, neste país, a atividade do crédito – ao contrário do que ocorre no resto do mundo – passa a ser uma atividade em que não há risco para o banqueiro.’*

Não bastassem essas garantias creditórias postas à disposição do fiduciário, o Decreto-Lei nº 911/69, em seu art. 1º, que altera o art. 66 da Lei nº 4.728/65 (Lei do Mercado de Capitais) equipara o devedor-fiduciante ao depositário, *‘com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal’*,

dando ensejo à interpretação, hoje vigente no Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o fiduciante inadimplente torna-se 'depositário infiel' e, por força do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, está sujeito à prisão civil<sup>8</sup>.

Novamente seguindo as palavras de Waldirio Bulgarelli:

*'Ao infeliz fiduciante (devedor) resta bem pouco, posto que nunca se viu tão grande aparato legal concedido em favor de alguém contra o devedor. Assim, não pode discutir os termos do contrato, posto que, embora 'disfarçado' em contrato-tipo, o contrato de financiamento com garantia fiduciária é efetivamente contrato de adesão, com as cláusulas redigida pela financeira, impressas, e por ele impostas ao financiado; não é sequer, o devedor, um comprador que está em atraso, posto que, por 'um passe de mágica' do legislador, foi convertido em DEPOSITÁRIO (naturalmente, foi mais fácil enquadrá-lo, por um Decreto-Lei, entre os depositários, do que reformar a Constituição, admitindo mais um caso de prisão por dívidas), terá direito, se já pagou mais de 40% (quarenta por cento) do preço financiado, a requerer a purgação da mora, em três dias; terá direito ao saldo do bem vendido pela financeira depois de descontado todo o rol de despesas, taxas, custas, comissões etc., fato que dificilmente virá a ocorrer; trate, por isso, o devedor de jamais se atrasar e nunca, mas nunca, pense em não pagar sua dívida, posto que o mundo inteiro ruirá sobre si, e fique feliz se não for preso.'*

Diante desse quadro, não há dúvida de que a prisão civil é uma medida executória extrema de coerção do devedor-fiduciante inadimplente, que não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*), em sua tríplice configuração: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito.

Como é sabido, a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contradição, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. Uma lei será inconstitucional, por infringente ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, diz o *Bundesverfassungsgericht*, 'se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas'.

Portanto, a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objeti-

---

<sup>8</sup> Trata-se de posição ultrapassada. De fato, prescreve a Súmula Vinculante n. 25 que "É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".



vo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*).

(...)

Como ensina Alexy, 'o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: *quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*'.

A colisão entre liberdade do devedor e patrimônio do credor resolve-se, no caso concreto, em prol do direito fundamental daquele. A prisão civil do fiduciante só se justificaria diante da realização de outros valores ou bens constitucionais que necessitem de maior proteção tendo em vista as circunstâncias da situação concreta, como, por exemplo, o valor da assistência familiar no caso da prisão do alimentante inadimplente. Não, porém, nas hipóteses em que vise à mera recomposição patrimonial do credor-fiduciante.

Tem-se, aqui, o primado da liberdade individual."

Destarte, o intérprete/aplicador do direito, em caso de colisão de direitos fundamentais, deve verificar se a solução encontra-se prevista no Texto Maior, e, caso a resposta seja negativa, impõe-se que realize um juízo de ponderação para verificar, no caso concreto, qual direito prevalecerá sobre o outro. Entra em cena, aqui, o princípio da proporcionalidade, o qual obriga a verificação da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida restritiva.

### **3. Conclusão**

Os direitos fundamentais, relativos que são, por vezes entram em rota de colisão no caso concreto.

A solução desta colisão pode vir sacramentada no próprio texto constitucional. Contudo, caso não haja previsão constitucional nesse sentido, deverá o intérprete e/ou o aplicador do direito resolver o conflito.

Com o escopo de evitar o subjetivismo, o decisionismo, o casuísmo, o que implica em insegurança jurídica, exige-se do intérprete a utilização de critérios científicos para a resolução das colisões entre direitos fundamentais.

Assim sendo, neste estudo restou demonstrado que, levando-se em consideração o *princípio da harmonização das normas constitucionais*, as tensões surgidas concretamente entre direitos fundamentais devem ser resolvidas com base na técnica da *ponderação*, através da aplicação do *princípio da proporcionalidade*, em suas três vertentes, quais sejam, *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

#### 4. Bibliografia

ALEXY, Robert; SILVA, Luis Virgilio Afonso da (trad.). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Adriano, MASSON, Cleber & ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos Esquemático*. 2 ed. São Paulo: Método, 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 20 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVELINO, Marcelo, *Direito Constitucional*, 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TÁVORA, Nestor & ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*, 7. ed. Salvador: Podivm, 2012.