

# Anotações sobre a colisão de direitos no Brasil<sup>1</sup>

Anna Candida da Cunha Ferraz<sup>2</sup>

---

Sumário: Introdução. 1. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2. A incidência de conflitos entre direitos fundamentais. 3. Elementos característicos dos direitos fundamentais. 4. Modalidades de choques ou embates entre direitos fundamentais. 5. Soluções da colisão de direitos à luz da doutrina. 6. Colisão de direitos na jurisdição constitucional brasileira: o direito à vida em colisão com outros direitos fundamentais. Algumas considerações críticas sobre as decisões relatadas. Referências Bibliográficas.

---

## Introdução

Pretende-se neste espaço, forçosamente resumido, traçar alguns aspectos da colisão de direitos que a doutrina e a jurisdição constitucional enfrentam na interpretação e aplicação do texto constitucional em vigor.

Para o exame do tema, tratar-se-á, num primeiro momento, da dimensão que os direitos fundamentais ocupam na Constituição de 1988,

---

<sup>1</sup> Este artigo foi elaborado para ser inserido na Revista da Procuradoria Geral do Estado a ser editada em homenagem à Professora Doutora e Procuradora do Estado da PGE Fernanda Dias Menezes de Almeida. Nesta nota congratulo-me com o Centro de Estudos da PGE pela significativa homenagem a uma das maiores e mais competentes procuradoras de nossa Instituição. Seu conhecimento, seu talento, seu saber jurídico, suas qualidades pessoais e seu caráter foram fundamentais para que a PGE, em seus vários órgãos, em suas inúmeras atividades jurídicas e ao longo de toda uma vida, fosse reconhecida e aclamada. É a Professora Doutora Fernanda digna de nossa admiração e, certamente, merecedora dessa homenagem.

<sup>2</sup> Mestre, Doutora e Livre-Docente e Professora Associada (aposentada) da FADUSP Professora e Coordenadora do Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO – UNIFIEO Procuradora do Estado (aposentada) e Ex-Procuradora-Geral do Estado.

fonte ímpar, por suas características, das possibilidades de conflitos e colisões entre direitos. Na sequência, serão examinadas algumas características dos direitos fundamentais que repercutem na problemática do tema em exame, as modalidades de choques ou embates entre direitos, apontadas em doutrina e, finalmente, alguns exemplos de colisão em caso concreto, em que se cuidará do direito à vida quando envolvidos em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

## 1. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988

A Lei Magna de 1988, entre as constituições brasileiras, é, sem dúvida, a que mais ampliou, em extensão e conteúdo formal e material, o tratamento dos Direitos Fundamentais. Não apenas por introduzi-los no seu pórtico – Título II, logo após o Título que contempla os princípios fundamentais que regem a República Federativa do Brasil – mas pela extensão do catálogo dos direitos consagrados e dos instrumentos voltados para sua proteção jurídica e jurisdicional. “De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância”, observa Ingo W. Sarlet<sup>3</sup>.

Nesse amplo rol de direitos vêm contemplados os chamados direitos de 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup> geração ou dimensão. Alguns direitos, relacionados como de 4<sup>a</sup> geração aparecem no texto constitucional brasileiro, às vezes como princípios referenciais; outras, como objetivos a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil e pelo Estado Democrático de Direito que configuram nossa ordem constitucional.

Como é do conhecimento geral, os direitos da pessoa humana – inicialmente sob a rotulação de direitos individuais – são tomados pela doutrina, como forma aproximada para a compreensão de seu desenvolvimento e positivação jurídica, nas chamadas três gerações (ou três dimensões) de direitos, nomenclatura originariamente inspirada por Karel Vasak (a partir do lema da Revolução Francesa – *Liberté, égalité e fraternité*).

---

3 SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Décima edição revista, atualizada e ampliada Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 63

A primeira geração compreende os direitos civis e políticos ou as chamadas liberdades clássicas, cuja principal característica sempre mencionada pela doutrina é seu caráter negativo, tomado este no sentido de que tais direitos pressupõem a abstenção ou a não interferência do Estado no espaço da autonomia individual. Liberdades ou direitos ditos formais, que realçam, sobretudo, o princípio da liberdade. A abstenção ou não interferência do Estado não exclui, por necessário, a atuação do Poder Estatal para o fim de proteger o exercício desses contra o próprio Estado e contra particulares.

Na Constituição Brasileira de 1988 tais direitos estão sediados, primordialmente, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo I – Dos Direitos individuais e coletivos (art. 5º e seus 78 incisos e 4 parágrafos) e no Capítulo III estão consagrados os direitos políticos (artigos 14 a 16) e os direitos decorrentes da nacionalidade (artigos 12 e 13).

Os direitos de segunda geração (os chamados direitos econômicos, sociais e culturais) reconhecidos mais precisamente a partir do século XIX, se identificam com as liberdades positivas, isto é, os direitos que são não apenas oponíveis ao Estado, mas que dele exigem atuação real e efetiva no sentido de lhes dar concreção e possibilitar-lhes efetivo uso.

Tais direitos correspondem ao segundo lema da Revolução Francesa, acima citado, destacando-se como seu fundamento o princípio da igualdade.

Na Carta Magna de 1988 estão localizados, de modo expresse, no Capítulo II do Título I, em seus artigos 6º a 11, sendo certo que no artigo 6º são indicados 09 (nove) direitos sociais básicos ( educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados), e, a partir do art. 7ª até o artigo 11, vem disciplinados, de modo específico, os desdobramentos do direito social ao trabalho que ocupam, no artigo 7º, o *caput* e 34 incisos e parágrafo, no art. 8º, *caput* e 08 incisos e parágrafo, art. 9º, *caput* e 2 parágrafos, e artigos 10 e art. 11. Ao todo, este capítulo contém, como visto, além do *caput*, 46 disposições relacionadas ao direito ao trabalho ou Direito do Trabalho.

Além dessa normativa cabe lembrar que os direitos fundamentais individuais e coletivos e os direitos sociais povoam vários outros Títulos e normas ao longo do texto constitucional.

Assim, os direitos econômicos, que têm como fundamento o direito individual a várias liberdades (a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão art. 5º, XIII; a liberdade de associação, 5º, XVII e seguinte; o direito à propriedade, 5º XXII e seguintes, dentre outros), têm sua projeção no Capítulo da Ordem Econômica e Financeira, cujo artigo 170, *caput*, fundamenta o desenvolvimento dessa Ordem na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (desdobramento da liberdade econômica acima mencionada).

Os direitos culturais, que também têm como base os direitos individuais e coletivos, arrolados no art. 5º, recebem tratamento constitucional na Seção I (Da Educação) na Seção II, (Da Cultura), inseridas no Capítulo III da Ordem Social, além de poderem ser identificados em outros desdobramentos constitucionais que envolvem o direito à cultura (ciência e tecnologia, por exemplo, artigos 218, 219).

Os direitos de terceira geração ou de **novíssima dimensão**, que alcançam relevo no último quartel do século XX, são aqueles que “materializam poderes de titularidade coletiva, atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais”<sup>4</sup>. Tais direitos têm como fundamento o princípio da fraternidade ou da solidariedade, princípio este que poderá ser extraído, inclusive, do disposto no artigo 3º, inciso I que contempla os objetivos da República Federativa do Brasil.

Na ordem constitucional brasileira aparentemente o único direito passível de ser expressamente considerado como direito de terceira geração é o direito ao meio ambiente, que é invariavelmente qualificado, pela doutrina e pela jurisprudência, como um direito de terceira geração ou de *novíssima dimensão* <sup>5</sup>.

---

4 Cf. Voto do Ministro Celso de Mello In Med. Cautelar, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540 – 1 Distrito Federal, p. 544. In [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia) acesso em 11/04/2011. Tb. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6-7

5 Cf. voto do Min. Celso de Mello, *Idem supra*.

Lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>6</sup> que o direito ao meio ambiente é o mais elaborado direito de terceira geração. Tem como marco a Declaração de Estocolmo de 1972<sup>7</sup>.

A categorização e o fundamento constitucional desse direito decorrem do que vem prescrito no art. 225, da CF, *caput*, que estabelece:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Os direitos de terceira geração têm o caráter de metaindividualidade que consiste no reconhecimento de que todos dele partilham; na verdade, como típico direito de terceira geração assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano pelo que tanto o Estado como a coletividade devem preservá-lo<sup>8</sup>.

Cabe registrar, contudo, que há autores que entreveem, no texto constitucional, outros direitos dessa natureza como, por exemplo, o direito à segurança pública.

Fala-se, ainda, em uma quarta dimensão de direitos<sup>9</sup>. Entre esses, a exemplo, situam-se o direito ao desenvolvimento e à paz, “qualificados como valores fundamentais indisponíveis ou prerrogativas de natureza essencialmente inexauríveis”<sup>10</sup>, o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, ao patrimônio genético e sua manipulação, entre outros.

---

6 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª edição Revista e Aumentada. São Paulo: Saraiva Editora, 2009, pp. 62 - 67. Registra o autor Declarações de Direitos internacionais e internas que abrigam o direito ao meio ambiente e observa, como se verá mais à frente, que os “direitos de terceira geração facilmente podem colidir entre si. Assim, direito à autodeterminação conflita com o direito à paz, o direito ao desenvolvimento com o direito ao meio ambiente ou com o direito ao patrimônio comum. E vice-versa”.

7 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.6-7

8 Ver ADI 3.540, acima referida. Nesta refere-se o Relator Celso de Mello ao autor Paulo Affonso Leme Machado, p. 543 para registrar esta observação. [www.stf.jus.br/portall/jurisprudencia](http://www.stf.jus.br/portall/jurisprudencia), acesso em: 11/04/2011.

9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, 524-526; Tb. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 5ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6-7

10 Cf. Voto do Ministro Celso de Mello In Med. Cautelar, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540 – 1 Distrito Federal, p. 544. In [www.stf.jus.br/portall/jurisprudencia](http://www.stf.jus.br/portall/jurisprudencia), acesso em: 11/09/2011.

## 2. A incidência de conflitos entre direitos fundamentais

A amplitude do catálogo de direitos fundamentais, localizados no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) aliada aos desdobramentos constitucionais relatados revela, de pronto, de um lado, a difícil concretização de alguns, e, de outro, a grande possibilidade de conflitos e colisões entre direitos: direitos entre si, titulados pela mesma pessoa, direitos postulados simultaneamente por mais de uma pessoa, direitos distintos titulados pela mesma pessoa ou por pessoas diferentes, direitos individuais conflitando com direitos coletivos, direitos em conflitos com princípios e assim por diante.

Isto é perceptível especialmente porque se tem por certo na doutrina contemporânea que não há direitos absolutos, direitos que gozem de absoluta e superior hierarquia entre os demais,<sup>11</sup> o que leva à possibilidade, prevista na Carta Magna ou na legislação por ela autorizada, do estabelecimento de limitações ou restrições na aplicação de alguns direitos fundamentais, como se verá mais à frente.

Neste pequeno esboço pretende-se examinar algumas projeções que a aplicação de direitos fundamentais, consagrados na Constituição de 1988, pode apresentar quando de seu exercício em um caso concreto.

Impõe-se, para tanto, num primeiro momento, fixar-se algumas premissas referentes às características apresentadas pelos direitos fundamentais em razão dos reflexos que provocam na sua aplicação jurisprudencial.

## 3. Elementos característicos dos direitos fundamentais.

Os Direitos positivados na Constituição da República revestem-se de peculiares características conforme aponta a doutrina, características essas que se revelam importantes para o tratamento do tema em exame.

---

11 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 20-21 registra a inevitável concorrência entre direitos fundamentais, assinalando que bens poucos os “direitos que não são suspensos em nenhuma circunstância” ou direitos fundamentais sujeitos a limites, exemplificando com as exceções: o direito de não ser escravizado e o direito de não sofrer tortura.

Para exemplo, entre as características registra-se, na esteira das lições de Robert Alexy<sup>12</sup>, recepcionadas por J.J. Canotilho<sup>13</sup> a nota de **fundamentalidade** “que aponta para a especial dignidade e protecção dos direitos em sentido formal e material”.

Resumindo o entendimento de Robert Alexy, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>14</sup>, um direito fundamental deve manifestar cinco traços, ao menos: “1) ser vinculado diretamente à dignidade da pessoa humana; 2) concernir a todos os seres humanos; 3) ter valor moral; 4) ser suscetível de promoção ou garantia pelo direito; e 5) pesar de modo capital para a vida de cada um”.

Dando uma interpretação extensiva à nota de fundamentalidade é possível dizer que ela abarca todos os direitos fundamentais, razão pela qual se situam eles no mesmo patamar paramétrico do ordenamento jurídico, o que significa dizer que todos os direitos fundamentais, além de universais, porquanto concernentes a todo ser humano, têm igual hierarquia e merecem igual protecção.

Fácil é, pois, depreender-se que, em um caso concreto, muitas vezes ocorre o fenômeno da colisão desses direitos, cuja solução é bastante complexa como se verá mais à frente.

Outra peculiaridade própria dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 é a chamada cláusula aberta ou “**a abrangência da concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais**”<sup>15</sup>, particularmente decorrente da disposição textual contida no art. 5º, §2º, que estabelece:

“§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

---

12 ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 503-506,

13 Afirmação feita por SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria dos Advogados 2011, p. 74.

14 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª. Edição, Revista e Ampliada. São Paulo: Saraiva, p. 101-103

15 SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2011, *opus cit.*, pp. 83-87.

A constatação de que há direitos fundamentais materiais, não formalmente inseridos no texto da Carta Magna, os chamados direitos implícitos porquanto decorrentes de certos valores prestigiados pelo Constituinte, além de ser objeto de clássicas divergências entre os doutrinadores, acarretam inevitáveis conflitos para sua aplicação quanto à posição hierárquica que podem assumir, não somente diante dos direitos formal e materialmente consagrados no texto constitucional, mas também quanto à sua extensão em razão da inserção desta cláusula na tópica dos direitos individuais e coletivos.<sup>16</sup>

Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>17</sup> considera que a Constituição contém apenas uma “enumeração meramente exemplificativa dos direitos materiais” à vista do citado art. 5º, §2º, registrando que a Constituição brasileira, como acima mencionado, admite os “direitos implícitos”, que podem ser “induzidos ou deduzidos” de outros que a Constituição explicita, ou, como se reconhece a partir da Constituição de 1988, decorrentes de sua inserção em tratados internacionais.

Por outro lado, os direitos fundamentais implicitamente deduzidos do regime e dos princípios constitucionais ou consagrados em tratados enfrentam, ainda, o problema de sua hierarquia no âmbito da jurisdição constitucional que, para a solução da questão deverá, por primeiro, admitir ou não se tais direitos materialmente constitucionais podem ser considerados, também, formalmente constitucionais, hipótese única pela qual poderiam constituir parâmetro para o controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, além de gozarem da intocabilidade prevista no art. 60 da Constituição Federal.

Característica, relevante para o tema em exame, vinda de acurada observação de Robert Alexy, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Fi-

---

16 Ingo W. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2011, *opus cit*, pp.83 – e seguintes, examina com profundidade o entendimento a ser atribuído ao mencionado parágrafo, citando, inclusive a perplexidade que envolve sua aplicação no caso concreto. Cf. Tb. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª. Edição, Revista e Ampliada. São Paulo: Saraiva Editora, 2009, pp. 100-103.

17 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª. Edição, Revista e Ampliada. São Paulo: Saraiva Editora, 2009, pp. 100-103.

lho<sup>18</sup> é a de consistir o direito fundamental um “**direito preferencial**”, no sentido de merecer proteção pelo “**direito positivo estatal**”.

Entre as várias modalidades de proteção de direitos pelos Poderes Públicos, que vão desde a elaboração das leis à sua execução e aplicação, certamente a proteção última e mais eficaz é a desenvolvida pelo Poder Judiciário.

Isto mesmo afirma a Constituição brasileira ao dispor que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXVI).

O grande problema que se coloca, na aplicação desta característica, diz respeito à amplitude e ao alcance da proteção, especialmente quando veiculada em leis infraconstitucionais que podem entrar em conflito entre si ou com a Constituição.

Retomando o que se afirmou, mencione-se que para o exame do tema é necessário lembrar, novamente, outra peculiaridade dos direitos fundamentais: o **caráter não absoluto desses direitos**.

Com efeito. Os direitos fundamentais – qualquer que seja sua dimensão e embora consagrados expressamente no texto constitucional – não são absolutos.

Isto significa dizer, em primeiro lugar, que todos os direitos fundamentais positivados convivem no mesmo nível paramétrico das normas constitucionais. Em outras palavras, não há entre direitos fundamentais hierarquização; uns não prevalecem sobre os outros, uns não são mais importantes que outros.

Em segundo lugar, o caráter não absoluto dos direitos conduz à noção de que os direitos fundamentais são potencialmente limitados. Assim, podem encontrar limites, ou vão até onde as limitações constitucionais permitem. Isto significa dizer que o exercício de um direito fundamental pode encontrar seu limite no exercício de outro direito fundamental, mas não apenas nessa prescrição.

A principal e talvez mais relevante consequência dessa constatação a respeito do caráter não absoluto dos direitos fundamentais é, de um

---

18 Cf. FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*, 2009, citado, p. 69

lado, a possibilidade de normatização estatal no que diz respeito ao seu exercício. Diz Klaus Stern<sup>19</sup> que os direitos fundamentais constituem “limites normativos ao poder estatal”, observação que não afasta, portanto, a possibilidade de expedição de normas para preservar, proteger e, em alguns casos, até impor limites ao seu exercício.

De outro lado, a inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais demonstra, à evidência, a possibilidade de, em sua aplicação, surgirem colisões e conflitos.

A primeira hipótese é a que fundamenta, por exemplo, a disciplina legal ou regulamentação legal de um direito. Em regra os direitos fundamentais estão contidos em normas autoexecutáveis e, portanto, independentem de disciplina legal integradora para o seu exercício. É certo que alguns direitos, porém, vêm disciplinados em normas não autoexequíveis, ou normas de eficácia contida ou limitada – por exemplo, o direito à greve no serviço público – e que demandam legislação infraconstitucional conformadora para serem exercidos plenamente. Não obstante, quase sempre, a proteção dos direitos fundamentais – de alguns em particular – demanda, sim, a atuação do legislador, especialmente contra atos violadores que podem ser, então, tipificados como crime: crimes contra a honra, contra a invasão de domicílio, crimes contra a vida, etc., ou como condutas civilmente responsabilizáveis. A proteção dos direitos, demanda, pois, a ação estatal legislativa e administrativa. Assim, nesta seara, impõe-se o exercício do poder normativo estatal para prevenir e punir crimes ou atos atentatórios a direitos fundamentais, base, aliás, do próprio Direito Penal e que se aplica, também, ao Direito Administrativo.

A normatização ordinária da proteção de direitos, vertida especialmente em leis federais, mas muitas vezes contidas também em leis editadas pelas demais esferas de ação estatal pode, por óbvio, suscitar conflitos da legislação com a Constituição, envolvendo, por regra, o controle de constitucionalidade, ou das leis, de vários níveis, entre si. Exemplo claro desse conflito são as leis estaduais e municipais dispendo sobre o uso de cinto obrigatório ou proibindo o fumo em determinados recintos,

---

<sup>19</sup> *Apud* SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. Décima edição, revista, atualizada e ampliada. Terceira tiragem. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2011, p. 58

com fundamento em competências próprias especialmente com relação à proteção da saúde, da vida, etc.<sup>20</sup>

A segunda hipótese, que pressupõe colisão entre dois direitos igualmente titulados – individual ou coletivamente – demanda soluções, em regra complexas, da jurisdição constitucional. Quando há um conflito entre dois direitos, de igual hierarquia, cabe ao Judiciário ponderar, para o caso concreto, qual a melhor solução, aplicando, para tanto, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade; isto sem admitir que um direito seja superior, ou seja, mais importante que o outro, ou que mereça proteção maior que o outro; antes, diante do caso concreto, caberá ao Judiciário avaliar, de maneira proporcional e razoável, qual direito deve prevalecer, sem, todavia, jamais anular o outro direito.

Observação, todavia, necessária diante desses apontamentos gerais, é que também a limitação, a eventual restrição e mesmo as normas de proteção de direitos não são e nem podem ser absolutas. Isto significa dizer que também o legislador e o administrador quando elaboram ou aplicam leis protetivas ou restritivas de direitos encontram limites, seja para disciplinar, seja para proteger o exercício dos direitos fundamentais. Em outras palavras, um direito fundamental não pode jamais ser suprimido a pretexto de fazer prevalecer outro direito, individual ou coletivo. De resto, somente podem os direitos sofrer limitações, especialmente normativas e administrativas, ou quando existe expressa previsão constitucional ou quando a norma instituidora do direito admite expressamente certas restrições consideradas necessárias para o perfeito equilíbrio e a adequada possibilidade do exercício simultâneo de direitos fundamentais por seus titulares.

Por fim, cabe lembrar ainda outra característica dos direitos fundamentais que pode conduzir à concorrência entre direitos. Trata-se da noção, que recentemente vem adentrando a teoria dos direitos fundamentais, sobre a **eficácia horizontal das normas constitucionais que consagram esses direitos.**

---

20 Ver: ADI 1032, ADIMC 1704, ADI 532, ADIMC 874, RE 454056 /RJ (julgamento em 29/03/20110 e RE 227384 /SP, julgamento em 2002 [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencial/listarJurisprudenciaDetalha.asp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencial/listarJurisprudenciaDetalha.asp). acesso em :04/11/2011.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais<sup>21</sup> consiste na problemática da observância das normas consagradoras de direitos fundamentais nas relações de particulares entre si e entre pessoas e organismos dotados de algum tipo de poder social.

Como observa Jorge Miranda<sup>22</sup>, “não se pode compreender”:

“[...] uma sociedade e uma ordem jurídica em que o respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o Estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si. Não basta, pois, limitar o poder político, é preciso também assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas. Tudo está em saber de que maneira”.

Este questionamento, que envolve a eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais no âmbito das relações particulares, despontou com maior vigor nas decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha e na doutrina americana da *state action* nas décadas de 1950 e 1960, segundo registra Gilmar Ferreira Mendes<sup>23</sup> e adentra, nos tempos presentes, no Brasil.

Trata-se de discussão que demanda reflexões sobre matéria complexa e inovadora no âmbito dos direitos fundamentais, ainda não pacificada na doutrina e na jurisprudência brasileira, em que pesem relevantes estudos a respeito já apresentados entre nós<sup>24</sup>.

Nesse contexto, os direitos fundamentais não se destinariam, de forma absoluta, apenas à limitação do poder estatal – na clássica lição que vem ainda do século XVIII, mas, também, despontam como direitos oponíveis à sociedade e aos particulares em geral, sendo, assim, direitos de observância obrigatória nas relações entre particulares entre si e en-

---

21 Ver ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 506-524.

22 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, IV – Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 288

23 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 215.

24 Ver, por todos: *Informação e Direitos Fundamentais – A eficácia horizontal das normas constitucionais*. GOZZO, Débora (coordenadora). São Paulo: Saraiva Editora, 2011.

tre pessoas e organismos sociais, e o que é mais relevante, permitindo o controle de atos privados com relação aos direitos fundamentais, mas como exercer este controle?

Pois, também nessa nova consideração da eficácia horizontal das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, a possibilidade de ocorrência de conflitos e colisões surge com evidência.

#### 4. Modalidades de choques ou embates entre direitos fundamentais

A doutrina e a jurisdição constitucional têm trabalhado com a ocorrência de embates entre direitos fundamentais em geral.

Entre os autores que cuidam expressamente do tema cite-se, neste texto, J.J. Gomes Canotilho<sup>25</sup>, Robert Alexy<sup>26</sup> e Edilson Pereira de Farias<sup>27</sup>.

Três possíveis modalidades de embates entre direitos fundamentais são apontadas: a concorrência, a colisão e os conflitos.

A modalidade dita concorrência é indicada por J.J. Gomes Canotilho<sup>28</sup> e, segundo o constitucionalista português, pode apresentar dois significados: **cruzamento** e **acumulação de direitos**. Assim, ensina Canotilho que **concorrência**<sup>29</sup>:

“[...] é precisamente aquela que resulta do *cruzamento* de direitos fundamentais: o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. O conteúdo destes direitos tem. Em certa medida e em certos setores limitados, uma <cobertura> igual”. (g. do autor)

25 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª edição, totalmente refundida e aumentada. 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992 p. 654-657.

26 ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 506-524.

27 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos* (a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação). 2ª edição atualizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp.116-117.

28 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª edição, totalmente refundida e aumentada. 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992 p. 654-657

29 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª edição, totalmente refundida e aumentada. 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992 p. 654-657.

O segundo significado apontado pelo autor verifica-se:

“[...] com a *acumulação de direitos*: aqui não é um comportamento que pode ser subsumido no âmbito de vários direitos que se entrecruzam entre si; um determinado <bem jurídico> leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais. (g. do autor)

Canotilho exemplifica as noções vertidas, a partir da Constituição da República de Portugal – CRP, correspondentes à primeira e à segunda hipótese, nos seguintes termos:

“o direito de expressão e informação (artigo 37º) <está em contato> com a liberdade de imprensa (artigo 38º), com o direito de antena (artigo 40º), e com o direito de reunião e manifestação (artigo 45º). Da mesma forma, o direito de formação de partidos políticos (artigo 51º) está <em contato> com a liberdade de associação (artigo 46º) e com a liberdade de expressão e informação (artigo 37º).

“Assim, por exemplo, a <participação na vida pública> é erigida pela CRP em <instrumento de consolidação do regime democrático> (cfr. artigo 112º).

A segunda classe de choque entre direitos fundamentais é a **colisão de direitos** apontada por Canotilho e examinada também pelos autores citados.

Edilson Pereira de Farias, na verdade, somente se remete à figura da **colisão de direitos**<sup>30</sup> na qual distingue duas modalidades: na primeira, trata do exercício de um direito fundamental que colide com o exercício de outro direito fundamental (**colisão entre os próprios direitos fundamentais**). A segunda hipótese compreende a “colidência entre direitos fundamentais e a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do

---

30 Veja-se entre outros: FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos** (a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação). 2ª edição atualizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp.116-126. Examina o autor não somente a colisão entre direitos, mas também a colisão resultante de princípios e regras.

Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos e outros valores constitucionais)”<sup>31</sup>.

Na primeira hipótese o autor considera a colisão de direitos em sentido estrito, citando Canotilho, colisão essa que ocorre entre dois titulares dos mesmos direitos, o “que significa o choque entre os pressupostos de fato de cada um dos direitos envolvidos”. Exemplifica esta modalidade de dois modos: a colidência entre a liberdade artística, científica ou de comunicação (CF, art. 5º, IX) e o direito à intimidade, à vida privada, à honra ou a imagem das pessoas (CF, art. 5º, X); e o choque entre a “liberdade interna de imprensa (art. 38/2<sup>32</sup>), e a sua intervenção na orientação ideológica dos órgãos de informação.” O segundo modo de colisão consiste no **choque entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais, nos casos** “em que interesses individuais (tutelados por direitos fundamentais) contrapõem-se a interesses da comunidade, reconhecidos também pela constituição, tais como: saúde pública, integridade territorial, família, patrimônio cultural, segurança pública e outros”. Propugna o autor, como fundamento neste caso, pela necessidade de salvaguardar os interesses da sociedade por intermédio da **restrição** de direitos fundamentais quando colidem com aqueles interesses. Exemplifica, entre outros, com a possível colisão do: “bem comunitário **saúde pública** (CF, art. 6º) e o direito fundamental à livre locomoção (CF, art. 5º XV)” (grifos do autor).

Alexy<sup>33</sup> trata a questão da colisão sob a ótica das “colisões de princípios e dos conflitos de regras”. O autor, um dos mais abalizados no tratamento da matéria em direito contemporâneo, parte da distinção entre princípios e regras. Os princípios constituem, na sua linguagem em “*mandatos de otimização*”, ou seja, em sentido amplo, abarca as permissões e as proibições neles contidas com vistas à sua aplicação. São os princípios cumpridos em diferentes graus, dependendo seu cumprimento não somente das possibilidades reais de aplicação, mas também,

---

31 FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos** (a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação). 2ª edição atualizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp.116-117.

32 O autor está se referindo à Constituição da República Portuguesa.

33 ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 86-89.

das possibilidades jurídicas, sendo que, neste último caso, o confronto pode ocorrer entre princípios e regras opostos. Na solução das colisões, bem por isto, não se anulam princípios, mas se sopesam os princípios em sua aplicação ao caso concreto. Já no tocante às regras jurídicas o conflito se resume em serem elas passíveis de ser cumpridas ou não. Isto significa dizer que ou as regras são válidas ou não perante o ordenamento jurídico. Assim as regras contêm determinações de fato ou de direito juridicamente possíveis. Conclui o autor pela consideração de que a “diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau”, sendo que toda norma ou é ‘um princípio ou uma regra’.

### 5. Soluções da colisão de direitos à luz da doutrina

A partir da doutrina brevemente examinada acima, cabe verificar quais as soluções que a mesma oferece.

A dificuldade de solução da concorrência de direitos é apontada por Canotilho no sentido de determinar qual direito, entre os vários direitos concorrentes deve prevalecer. Exemplifica o mestre constitucionalista com a discussão de *numerus clausus* para ingresso na Universidade, na qual vários direitos têm sido invocados com limites divergentes: a liberdade de aprender, o direito ao trabalho, o direito de escolha de profissão ou gênero de trabalho, o direito ao acesso ao grau mais elevado de ensino, todos direitos resguardados pela CRP.<sup>34</sup>

A solução dos casos de concorrência de direitos passa, ainda segundo Canotilho, pela prevalência de normas constitucionais especiais, quando no embate entre direitos existe tal norma, o que torna a concorrência uma concorrência inautêntica ou parcial; ou pela “prevalência dos direitos fundamentais menos limitados ou que reúnam em maior grau elementos estruturantes de um direito”.

Transportada tais soluções para nossa realidade constitucional, poder-se-á exemplificar com a concorrência inautêntica do princípio da igualdade e certas exceções constitucionais, que visam, na verdade, dar um sentido material ao princípio. Assim, para exemplo, entre o princí-

---

34 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª edição, totalmente refundida e aumentada. 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992 p. 656.

pio da igualdade (art. 5º, *caput* e inciso I da Constituição brasileira de 1988) e a exceção constitucional da proteção especial às pessoas deficientes físicas (entre outros, o artigo 37, VIII, CF) não existe concorrência entre direitos, aplicando-se, no caso, a regra especial consagradora da exceção ao princípio; ou a prevalência da liberdade de trabalho ou profissão, sujeita à reserva legal apenas no que respeita ao atendimento das qualificações prescritas na lei e a possibilidade de exercício de duplo emprego, não sujeita a limitações expressas no setor privado e sujeita, no âmbito estatal (art. 37, XVI, CF), apenas ao requisito da compatibilidade de horários. Cabe acrescentar, por necessário, que a concorrência inautêntica somente ocorre em hipóteses expressamente admitidas e previstas no texto constitucional.<sup>35</sup>

Alexy propõe para a solução de colisões de princípios e de conflitos de regras diferentes soluções<sup>36</sup>.

Ensina o autor que duas normas aplicadas independentemente conduzem a resultados incompatíveis ou a dois “juízos jurídicos de dever ser contraditórios”.

Na verdade, segundo o autor, o conflito entre normas-regras se resolve pelo juízo de constitucionalidade, pelo direito intertemporal (*lex posterior derogat legi priori*) ou pelo juízo de especialidade (*lex specialis derogat lex generali*)<sup>37</sup>. Se não há possibilidade de conciliar as regras, tidas como contraditórias, uma delas será forçosamente declarada inválida ou inconstitucional, e, em consequência, retirada do ordenamento jurídico.

---

35 Daí a dificuldade, por exemplo, de solução de certos casos em que se discute a aplicação desigual do princípio da igualdade que poderia então configurar discriminações proibidas pelo texto constitucional.

36 ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 89-98, em especial.

37 Conferir RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad Editor, 1952, 1º volume, pp. 384-397. Tb. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11ª. Rio de Janeiro: Forense, 1991, especialmente páginas 356 e segts. T. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2ª edição. Trad. Dr. João Baptista Machado, Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessos, 1962, Volume II, especialmente páginas 142 e segts.

Já entre os princípios que colidem a solução é diferente, pois não se trata de eliminar um princípio ou outro. Quando os princípios determinam o primeiro algo que é proibido e o outro que determina que o mesmo valor (ou algo) é permitido, o que ocorre é que um deve ceder, diante de certas circunstâncias, ao outro. É neste contexto que o autor se remete solução da colisão de princípios por intermédio da **ponderação** entre os bens jurídicos considerados, e exemplifica com exemplos colhidos na jurisprudência Tribunal Constitucional da Alemanha. Importante ressaltar que as considerações do autor<sup>38</sup> levam à aplicação da máxima da proporcionalidade na solução dessas colisões, em suas três vertentes: adequação, necessidade (como o meio mais benigno) e a proporcionalidade em sentido estrito (o postulado da ponderação propriamente dito).<sup>39</sup>

## **6. Colisão de direitos na jurisdição constitucional brasileira: o direito à vida em colisão com outros direitos fundamentais**

Sem a pretensão de esgotar a matéria, que exigiria uma pesquisa exaustiva, é possível identificar, a partir da Constituição de 1988, várias hipóteses de colisão, em sentido estrito, que frequentemente têm sido levadas à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por sua relevância e complexidade, serão relatadas apenas algumas hipóteses concretas de colisão de direitos envolvendo o direito à vida em contraste ou conflito com outros direitos. Não se exemplificará, portanto, de modo especial, a colisão entre princípios ou entre regras, nem a concorrência entre direitos.

O direito à vida é um dos direitos expressamente consagrados no texto constitucional como direito-base ou direito primário, já que se encontra instalado em primeiro lugar no *caput* do artigo 5º, que enuncia o rol dos direitos e deveres individuais e coletivos.

38 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 111-115.

39 Ver a propósito dessa temática: princípio da proporcionalidade, ponderação entre princípios e os limites da atuação do Judiciário neste contexto: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. “Constituição aberta, princípios, ponderação e limites à atuação do Judiciário” In São Paulo: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, julho/dezembro de 2010, n. 72, pp. 13-65.

Na verdade, é o primeiro dos direitos básicos enunciados, como não poderia deixar de ser, já que os demais direitos dele são tributários, ou seja, os demais direitos são de usufruto da pessoa humana que tem vida, que existe.

Em decorrência desta prerrogativa, o direito à vida é tomado, por muitos, se não como absoluto, ao menos como o “mais absoluto” entre todos direitos (se é possível graduar o absoluto), o que significa dizer o **direito que não pode sofrer restrições ou limitações, salvo as justificadas em nome de um bem maior ou igual, e expressamente previstas no texto constitucional.**<sup>40</sup>

Entre limitações que o direito à vida sofre, a partir de norma constitucional, se encontra a possibilidade de aplicação de pena de morte prevista no artigo 5º, XLVII, “a”, em caso de guerra declarada.

Já a proteção à vida se desenvolve em inúmeros direitos e prescrições constitucionais protetivas, como, para exemplo, o direito à saúde e ao trabalho (que garantem a sobrevivência da pessoa humana – art. 6º), o direito ao meio ambiente, que assegura a sadia qualidade de vida (art. 225), ou o direito a uma ordem econômica que assegure a todos uma existência digna (art. 170, *caput*). Tais direitos, embora possa ser analisado cada um *per si*, são necessariamente conexos com o relevante direito à vida.

Não obstante, a legislação infraconstitucional cria certas restrições ao direito à vida, com fundamento em outros valores, também protegidos constitucionalmente.

Assim, a possibilidade do aborto, em casos específicos, a admissão da morte, sem incidência em crime, no caso de legítima defesa, etc.<sup>41</sup>

A colisão entre o direito à vida com outros direitos fundamentais vem, presentemente, sendo questionada perante a jurisdição constitucional frente a outras hipóteses.

---

40 Este texto restringirá seu exame ao direito à vida em seu sentido biológico.

41 Código Penal, art. 127 e artigos 23 e 25 que excluem a ilicitude em casos de aborto e legítima defesa.

Parece necessário reconhecer que as colisões enfrentadas contemporaneamente pelo direito à vida diante de outros direitos têm a ver, especialmente, com o significativo desenvolvimento da tecnologia moderna, que alcança de modo inusitado e admirável a medicina e a ciência, o que traz reflexos no plano jurídico<sup>42</sup>.

Com efeito, percebe-se que os questionamentos que inter-relacionam o direito à vida e outros direitos tais como a liberdade e a autonomia da vontade, a saúde de outrem ou a saúde coletiva em geral têm como pressupostos situações ou ações desconhecidas no passado e que apenas apareceram ante as notáveis descobertas da medicina e do avanço da ciência e da tecnologia.

Assim, para exemplo, na ADI 3.510 – DF questionou-se a colisão do direito à vida e o direito fundamental a uma vida digna, que passa<sup>43</sup> “pelo direito à saúde, ao planejamento familiar à saúde, à descaracterização de aborto”, à liberdade científica e à liberdade pessoal (ou autonomia da vontade).

Cuidava-se, neste caso, do exame da inconstitucionalidade da pesquisa em células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, admitida pela Lei de Biossegurança n. 11.105, de 25/03/2005, art. 5º, prática de indiscutível avanço da medicina há uma ou duas décadas.

A questão fundamental debatida no âmbito desta ADI girava em torno de se saber se o embrião, fertilizado *in vitro* e não utilizado pelo doador, tem vida própria, como a tem o ser humano ou o feto, este por expresso reconhecimento do ordenamento jurídico interno e internacional.

A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida neste feito foi pela inexistência da inconstitucionalidade suscitada, por entender, entre outras argumentações, que o embrião, ainda *in vitro*, não é um ser vivo, embora potencialmente seja necessário ao início da vida, além de admitir a legiti-

---

42 Ver, a propósito, observações de HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 313 citado no HC 84.025 / RJ ao se referir à ideia de eugenia, ainda não sacramentada pela ciência, Citação do Ministro Relator, Joaquim Barbosa, p. 361, nota de rodapé n. 5

43 [www.stf/jus.br/portal](http://www.stf/jus.br/portal). Ver decisão de inteiro teor, pp. 134-135, acesso em 27/07/2011.

midade das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos como emanação de um constitucionalismo fraternal, prestigiando o direito à vida digna e à saúde. Assim, o STF não utilizou a ponderação entre direitos para solucionar a questão. Decidiu pela existência de aparente colisão, na medida em que descaracterizou o embrião como ser dotado de vida humana. Não havendo ser humano, não há colisão de direitos a ponderar. De outro lado, considerou constitucional a legislação questionada como medida de proteção do direito à saúde e à liberdade científica.

A questão é espinhosa, no que respeita ao direito à vida do embrião. Opiniões contrárias ainda se insurgem com relação à decisão, com vários argumentos contraditando os utilizados pelo STF no caso apontado. De um lado, parece temerário não admitir ao menos o início potencial de vida em um embrião, já que vida humana sem ele jamais pode prosperar. Por outro lado, a fertilização em *vitro* ainda não está subordinada a uma legislação razoável, no sentido de limitar o número de embriões fertilizados para evitar sobras sem destinação certa de embriões, o que também pode ser questionado com relação ao princípio da dignidade humana. Onde fica, neste caso, a dignidade de um “possível” potencial portador de vida humana? Outro argumento que vem sendo explorado por aqueles que são contra o aproveitamento do embrião tido como “coisa descartável” é o fato, também comprovado cientificamente, da possibilidade de uso de outras células para os fins de pesquisa e de proteção à saúde. Assim, pois, como se vê, decisões que envolvem o direito à vida em colisão com outros direitos podem provocar grande repercussão social e enorme polêmica.

Também na ADPF 54-MC/DF questionou-se o embate do direito à vida com a prática do aborto anencefálico, má-formação congênita perceptível nos dias que correm por intermédio dos exames avançados a que se submete a mulher gestante.<sup>44</sup> Discutiu-se, inclusive, o início da

---

44 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida (aborto, eutanásia e liberdades individuais)*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, cuida dos temas enunciados. Refere-se, a propósito do aborto, à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso, segundo o autor, o mais famoso *Roe contra Wade*, p.141 e segs. Vários críticos da decisão disseram que a Suprema Corte autorizou o homicídio, com fundamento judicial sem legislação pertinente. As leis antiaborto, na maioria dos casos, foram julgadas inconstitucionais por entender a Corte que a legislação não poderia proibir o aborto a não ser nos raros casos em que está em risco a saúde da mãe. Defende o autor, no caso, a decisão com fundamento no exercício da liberdade da mulher, entre outros argumentos, páginas 141 e segs.

vida, tema ainda não completamente pacificado, seja na legislação, na doutrina e na jurisprudência, e mesmo na ciência.

A propósito do aborto, pondere-se a lição da doutrina quanto ao início da vida, considerada em textos internacionais<sup>45</sup>, mas não tratada na Constituição brasileira.

Segundo a interpretação constitucional dominante, deve o direito à vida ser considerado não somente em seu sentido biológico, mas numa concepção orgânica mais alargada, que compreende a vida desde a concepção e durante todo o desenvolvimento do processo vital. Neste sentido, a vida humana, objeto do *caput* do artigo 5º, “integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)” e compreende, entre outros, o direito à intimidade<sup>46</sup>, à privacidade. Segundo Jacques Robert, citado por José Afonso da Silva<sup>47</sup>:

“O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a *fortiori* da de outrem, e até presente, o feto é considerado como ser humano”.

Na ADI em exame, travou-se polêmica entre o direito à vida, o princípio da legalidade, o direito à liberdade de autonomia da vontade da mulher, o direito da mulher a seu corpo, a dignidade da pessoa humana e a saúde da mulher gestante.

45 Ver Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 1979, ratificado pelo Brasil em 1992, artigo 4º, §1º (que expressamente determina a proteção do direito à vida desde a concepção). In **Minicódigo de Direitos Humanos**, BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida (organizadores) – Edição revista e ampliada. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2010, p. 919.

46 SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**, 30 edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2008, p. 197. Ver também Pacto de San José da Costa Rica, Cap. II, art. 3º, §1º In **Minicódigo de Direitos Humanos** – Organizadores: Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida. Edição revisada e ampliada. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2010, p. 919

47 *Apud* José Afonso da Silva, **Direito Constitucional Positivo**, 30ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 198.

A possibilidade de aborto, que certamente subtrai a vida do feto – que é considerado portador de vida humana e merece a proteção estatal – não é prevista na Constituição. Não obstante é admitida pela legislação penal, em casos de aborto necessário (proteção da vida da mulher gestante) e de aborto sentimental (resultante de estupro), e não é contestada quanto à adequação desta legislação à Constituição. Assim, a disciplina vertida no Código Penal sobre o aborto tem fundamento jurídico legislativo, legislação até o momento considerada constitucional.

Todavia, a despeito de não haver previsão legal, a decisão do STF voltou-se para a possibilidade do chamado aborto eugênico<sup>48</sup>, ou seja, pela interrupção da gravidez com fundamento em outros direitos e valores constitucionais: a liberdade da mulher, o direito da mulher ao próprio corpo, a sua dignidade e a sua saúde (que poderia ser prejudicada pelo feto portador de anomalia), direitos estes que superavam o direito à vida do feto anencefálico, reconhecido como “quase *natimorto*” pela possibilidade de sobrevivência de que disporia. Neste caso, o STF, nos votos lançados, ponderou entre a aplicação de direitos e valores igualmente inscritos no catálogo previsto pela Constituição de 1988. Não negou a existência de vida no feto anencefálico, mas ponderou que a melhor solução da hipótese para o caso concreto era amparar a liberdade da mulher, sua saúde e sua dignidade. A dificuldade patente para a tomada de decisão e a relevância social da questão foi objeto, inclusive, de audiência pública convocada para se auscultar a opinião de especialistas.<sup>49</sup> A questão ainda não foi decidida em caráter final pelo STF.

Também neste caso, a polêmica travada em sede de jurisdição constitucional motivou repercussão no seio da sociedade, com vozes contra e a favor.

Alguns argumentos contrários à ponderação de direitos, que levava a privilegiar a autonomia da vontade da mulher em relação ao próprio corpo, foram questionados.

---

48 FRANCO, Alberto Silva. “Aborto por Indicação Eugênica”. In *Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 90.

49 Ver sobre a audiência pública realizada nesta ADPF FERRAZ, Anna Candida da Cunha, “A democratização da jurisdição constitucional brasileira: as audiências públicas”. In obra coletiva em homenagem ao Professor Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, 2011.

Para exemplo, citem-se alguns deles: em primeiro lugar a configuração jurídica do feto que considera o feto como pessoa humana, um terceiro em relação à gestante, merecedor da proteção estatal em seu direito de nascer, em seu direito à dignidade e como titular, ainda, de outros direitos. O caso do choque entre o direito à vida do feto e o direito à liberdade e autonomia da mulher perante a vida deste diz respeito, pois, na realidade, aos direitos de uma terceira pessoa em relação à gestante, já que tem vida própria, ao menos em potencial.

Outras questões, ainda, são levantadas a respeito: será que a mulher não exerceu o direito à sua liberdade e à sua autonomia no momento em que decidiu ter uma relação da qual sabia que uma das prováveis consequências era a gestação de um ser humano? Em nosso direito positivo, o uso da vontade na prática de um ato não leva, automaticamente, à assunção dos resultados?<sup>50</sup> Será que o feto, protegido até em documentos internacionais, uma terceira pessoa humana em potencial, deve sempre ceder diante dos direitos da gestante?

Observe-se, ainda, que o uso da argumentação sobre a liberdade da mulher e seu direito ao próprio corpo pode conduzir a resultados inesperados, já que, em princípio, admitir-se o direito de liberdade da mulher em relação ao seu próprio corpo, sem estabelecer quaisquer restrições, significa a possibilidade da prática de aborto em quaisquer circunstâncias. Estaria anulada, então, a legislação restritiva do aborto?

Em suma, a questão vertente nesta ADPF tem inegável repercussão social e sua decisão, certamente, também o terá.

Outros pontos polêmicos que giram em torno do direito à vida dizem respeito à eutanásia ou ao “homicídio piedoso”, em suas várias modalidades (eutanásia, ortotanásia, etc.) e a questão dos transplantes de órgãos de pacientes considerados, pelos médicos, como portadores de morte cerebral.

---

<sup>50</sup> Veja-se, para exemplo, a admissão da prática de crime culposos por morte, no caso em que o autor é um condutor de veículo evidentemente embriagado. A consequência de seu ato é presumida pelo fato de, espontaneamente, ter optado por dirigir um veículo após beber além do permitido, sabendo das consequências que seu ato poderia provocar.

Ressalta Dworkin, o exame de decisões que incidem sobre a morte já no extremo da vida, depois que a “vida efetivamente terminou”.<sup>51</sup> Aponta vários casos de vida vegetativa, famosos pela publicidade que alcançaram nos Estados Unidos da América, e enfatiza que as decisões neles proferidas são individuais, mas, devem ter previsão legal, prática dificilmente encontrada nos sistemas jurídicos contemporâneos. Como exceção cita a Holanda, que permite a prática apoiada em critérios fixados judicialmente e em uma lei, que embora não tenha aprovado diretamente a eutanásia, permite ao médico retirar a vida de um paciente, desde que siga os critérios apontados pela justiça. Tal decisão e legislação não estão isentas de críticas da comunidade local em geral.

Na verdade, a questão da constatação de morte cerebral, ainda que seja para fins de pesquisa e terapêuticos, é complexa e de difícil solução. Há argumentos a favor e contra, apresentados em doutrina e pela coletividade em geral. Muitos veem neste procedimento a prática de eutanásia.

Em confronto com o direito à vida e a prática da eutanásia invocase, a favor desta, entre outros argumentos, o princípio da dignidade humana. Questiona-se a possibilidade de desligamento de aparelhos que, artificialmente, mantenham vivo o paciente; em contrário, questiona-se, de outra parte, a possibilidade de erro médico ao determinar a morte cerebral das pessoas.

No Brasil, não há legislação específica sobre a matéria.

Não obstante, a Constituição de 1988, inovadora a respeito, parece ter aberto a possibilidade de a lei possibilitar a prática, segundo entendeu o legislador pátrio, ao formular sua interpretação legislativa ao artigo 199, §4º.

A Constituição de 1988 admitiu, no artigo 199 (que trata da assistência à saúde pela iniciativa privada), em seu §4º, e remeteu à disciplina legal, a possibilidade de transplante de órgãos, tecidos e substâncias humanas nos seguintes termos:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

---

51 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida (aborto, eutanásia e liberdades individuais)*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 251 e segs.

[...]

§4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, o processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Anote-se, de início, que o conteúdo normativo do texto constitucional, além de deslocado topicamente, não parece suficientemente claro para abrigar todas as situações que possivelmente nele se enquadrem, especialmente a de que cogita a regulamentação legal, no que respeita ao transplante *post mortem* encefálica.

Com efeito, a lei regulamentadora, de início a de nº 9.434, de 04/02/97, modificada, em vários pontos, pela Lei n. 10.211, de 23/03/2001, parece ter ido além do que se poderia extrair do texto constitucional normativo.

Assim, introduziu a possibilidade de transplante *post mortem*, *precedida de diagnóstico de morte encefálica* e estabeleceu requisitos para se aferir o diagnóstico da morte cerebral (art. 3º). Questões como a total certeza dos diagnósticos médicos e a determinação do fim da vida estiveram presentes nesse diálogo? Convém transcrever citado artigo 3º:

Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina<sup>52</sup>.

A jurisprudência do STF, com relação ao transplante, ainda não examinou a questão constitucional sob o ângulo aqui mencionado<sup>53</sup>, isto é, não decidiu sobre se a lei em causa é constitucional sob este aspecto,

<sup>52</sup> Resolução 1.490/97.

<sup>53</sup> No AI 685054 /PR – PARANÁ, em despacho monocrático a Ministra Ellen Gracie, em 26/06/2011, aflora a questão ao tratar do questionamento sobre livro editado como incentivador ao suicídio e à prática da eutanásia, registrando que no Brasil não há lei que autorize ambos.

ou se a consideração médica sobre a morte anencefálica é constitucional<sup>54</sup>, nem considerou, ainda, se o transplante, por morte cerebral avaliada pela medicina, pode ou não trazer sérios riscos para os seres humanos; em alguns casos, caberia até questionar se a decisão sobre a morte cerebral para fins de transplante pode ser equiparada à eutanásia<sup>55</sup>?

Na verdade, como registrado acima, o transplante tem sido citado, em várias decisões, como argumento constitucional ora para justificar ou fundamentar a possibilidade do aborto e conseqüente morte do feto anencefálico<sup>56</sup>, ou para suscitar a possibilidade de sua realização ser assistida pelo poder estatal, no que respeita à concessão de medicamentos, com vistas a preservar a saúde do transplantado<sup>57</sup>.

Enfim, também sob este ângulo, a colisão entre o direito à vida e à saúde individual ou coletiva, ou à liberdade de pesquisa científica não é questão de fácil solução.

### **Algumas considerações críticas sobre as soluções relatadas**

A Constituição brasileira de 1988 abre, por seu conteúdo formal-

---

54 A questão foi de certo modo ventilada na ADI 3510/DF, em que se cuidava do aproveitamento do embrião para fins de pesquisa e terapêuticos. O argumento utilizado foi: “no sentido de que se a lei ordinária seria permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessão de vida de uma certa pessoa, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento (Lei 9.434/97) e se o embrião humano é ente absolutamente incapaz de qualquer resqüício de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade do último diploma legal (Lei da Biossegurança) com a Constituição haveria de ser afastada.” Ver Informativo 508, STF in [www.stf.jus.br/portall/jurisprudencial/listarJurisprudencia](http://www.stf.jus.br/portall/jurisprudencial/listarJurisprudencia), acesso em 10/11/2011.

55 Veja-se o rumoroso caso do menor Paulinho, ocorrido na Santa Casa de Poços de Caldas “Paciente vivo tratado como doador”, in a “Máfia dos transplantes de órgãos e o caso Paulinho Pavesi” in consulta foi Google. <http://forum.antinovaordemmundial.com/Topico-video-a-m>, acesso em:10/11/2011

56 Ver *Habeas Corpus* 84.025 – 6 – Rel. Ministro Joaquim Barbosa, decisão em 04.03.2004, em que se questionava a constitucionalidade do aborto do feto anencefálico. Os votos proferidos, em sua maioria, se mostravam a favor do aborto anencefálico. A solução do feito apontava a ponderação de direitos: o direito à vida do feto – de questionável duração – e a dignidade e a liberdade de autonomia de vontade da mulher. A decisão final, proferida em voto do Relator, acabou não sendo aprovada, pois foi constatado o nascimento do feto e sua morte em seguida. O *habeas corpus* foi julgado prejudicado, sem que a decisão, tão relevante, pudesse ter sido tomada. Cf. [www.stf.jus.br/portall/jurisprudencial/listarJurisprudencia](http://www.stf.jus.br/portall/jurisprudencial/listarJurisprudencia), acesso em 09/11/2011.

57 Ver AI 647296 / SC – Santa Catarina, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 03/10/2007, em que se decidiu conforme ementa: “Direito à saúde. Dever do Estado. Legitimidade passiva da União. Paciente portador de grave doença. Fornecimento de Medicação...”. Caso de paciente transplantado, desprovido de recursos.

-material no que diz respeito ao catálogo de Direitos Fundamentais, um largo espectro de possibilidades de colisão entre direitos.

Doutrina e jurisprudência debruçam-se sobre a temática, procurando soluções que permitam a máxima otimização e a mais adequada aplicação dos direitos fundamentais, quando colidentes.

A questão é complexa e dificultosa, especialmente quando se trata da colisão entre o direito à vida e outros direitos fundamentais e valores consagrados igualmente no âmbito constitucional.

Neste texto foram relatados, em rápidas passagens, alguns casos submetidos à jurisdição constitucional envolvendo esse questionamento.

Repassando, em síntese, a colisão entre o direito à vida e outros direitos fundamentais, percebe-se a dificuldade de solução para o embate suscitado perante a jurisdição constitucional, que permeou a discussão no foro privilegiado do STF. Razões várias, desde sob o ângulo da questão moral e jurídica, foram levantadas e problematizadas.

As decisões tomadas nem sempre são acolhidas de modo unânime pela comunidade em geral, suscitando, assim, intensa polêmica a respeito.

É que o valor vida, em qualquer de suas formas, merece sempre proteção especial e sua superação ante outros direitos acarreta perplexidades ante os valores constitucionais que estão impregnados na consciência dos brasileiros em geral.

Veja-se, apenas para exemplificar, os argumentos levantados a propósito do choque entre o direito à vida do feto e o direito à liberdade e autonomia da mulher perante a vida deste que, na realidade, é um terceiro em relação a ela, já que tem vida própria, ao menos em potencial.

Em suma, a colisão do direito à vida e outros direitos fundamentais encerra polêmica ainda não completamente pacificada entre nós.

## 7. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Versão castellana por Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª edição, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 5ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª edição, totalmente refundida e aumentada. 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1992

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida (aborto, eutanásia e liberdades individuais)**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos** (a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação). 2ª edição atualizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000

FERRAZ, Anna Candida da Cunha, “A democratização da jurisdição constitucional brasileira: as audiências públicas”. In obra coletiva em homenagem ao Professor Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª. Edição, Revista e Ampliada. São Paulo: Saraiva

FRANCO, Alberto Silva. “Aborto por Indicação Eugênica”. In **Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992

GOZZO, Débora. (Coordenadora). **Informação e Direitos Fundamentais – A eficácia horizontal das normas constitucionais**.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, v. 5

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 11ª. Rio de Janeiro: Forense, 1991

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2ª edição. Trad. Dr. João Baptista Machado, Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessos, 1962, Volume II

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998

**Minicódigo de Direitos Humanos**, BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida (organizadores) – Edição revista e ampliada. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2010

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, IV – Direitos Fundamentais**, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1992

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. “Constituição aberta, princípios, ponderação e limites à atuação do Judiciário” In São Paulo: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, julho/dezembro de 2010, n. 72, pp. 13-65.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad Editor, 1952, 1º volume

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Décima edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011

SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**, 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2008

Jurisprudência:

*[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencialistarJurisprudenciaDetalha.asp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencialistarJurisprudenciaDetalha.asp)*

*[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia)*

*<http://forum.antinovaordemmundial.com/Topico-video-a-m>*