

## DIREITOS FUNDAMENTAIS DA SOCIEDADE

## FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE SOCIETY

### **Ernani de Menezes Vilhena Júnior**

Promotor de Justiça integrante do Projeto Especial Tutela Coletiva – Área do Patrimônio Público. Especialista em Direito Constitucional. Menção Honrosa no VIII Prêmio Innovare.

---



## Resumo

O objeto do presente estudo é a análise dos direitos fundamentais sob a ótica da sociedade. Partiu-se da ideia de que muitas vezes o exercício de um direito fundamental do indivíduo gera consequências para o grupo social, colocando em risco direitos fundamentais de cada um dos integrantes da sociedade. Essa colisão entre direitos fundamentais do indivíduo e direitos fundamentais da sociedade deve ser solucionada a partir da ponderação dos interesses em jogo, verificando-se, no caso concreto, qual direito fundamental deve prevalecer. A conclusão a que se chega é a de que não é possível o reconhecimento de um direito fundamental individual sem a ponderação de interesses com o ônus eventualmente gerado à sociedade.

## Palavras-chave

Direitos fundamentais. Direitos humanos. Ponderação de interesses. Direitos da sociedade. Flexibilização de direitos fundamentais.

## Abstract

The aim of the current study is the analysis of the fundamental rights from the society point of view. It was conceived from the idea that, many times, the individual fundamental rights exercise brings consequences to the social group, putting the fundamental rights of each one of the social group components at risk. An interests' consideration will solve this collision between individual fundamental rights and society fundamental rights. In the concrete case, it can be done checking what fundamental right must prevail over another. The fundamental rights relative character is analyzed, so that, next to it, the principles collision situation and rules conflict are evaluated. The interests' consideration exercise is accurately assessed from the reasonability and proportionality, and a special focus towards the qualification of the individual who owns the fundamental right in conflict is given. Collision hypothesis are analyzed, concluding that the recognition of an individual fundamental right is not possible without the interests consideration, with the occasional onus imposed to the society.

## Keywords

Fundamental rights. Interests' consideration. Society rights. Fundamental rights flexibility.

## Sumário

Introdução. 1. Direitos fundamentais absolutos. 2. Direitos fundamentais em Colisão. 2.1. Princípios e Regras. 2.2. Colisão entre princípios. 2.3. Conflito entre regras. 3. Solução de conflitos e composição de colisões. 3.1. Razoabilidade, proporcionalidade e paradigma. 3.2. Razoabilidade e Proporcionalidade. 3.3. A ponderação de interesses. 3.4 Os direitos fundamentais do "inimigo" na ponderação de interesses. 4. Os Direitos fundamentais pela ótica da sociedade. 5. Os direitos difusos. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

*“Como é que eu poderia saber?”, disse Alice surpreendida por sua coragem. “Não é da minha conta”. A Rainha ficou vermelha de raiva e depois de encará-la por um momento como uma fera selvagem começou a gritar: “Cortem-lhe a cabeça.”*

O País das Maravilhas não era um Estado Democrático de Direito. O direito à vida e outros direitos fundamentais, hoje tão presentes no pensamento coletivo de grande parte do mundo, nem sempre estiveram presentes no cotidiano dos cidadãos e governantes que nada tinham de caricatos, como a autoritária Rainha de Copas, concebida por Lewis Carroll, que, por qualquer motivo, mandava decapitar seus súditos.

Em dois milhões de anos da presença do homem sobre a face da terra, pode-se dizer que apenas nas últimas décadas, depois da Segunda Guerra Mundial e mais recentemente após a queda do Muro de Berlim, os direitos fundamentais do homem passaram a ser mais disseminados pelo globo, se não ainda como uma limitação aos poderes de Estados carentes de democracia, ao menos como um ideal a ser atingido.

Num mundo globalizado, com o desenvolvimento dos meios de comunicação e intensificação das relações humanas, não é mais possível considerar o indivíduo sem levar em conta as consequências de suas atitudes para a sociedade.

É necessário que a consideração dos direitos fundamentais ocorra sob o enfoque dessas relações interpessoais cada vez mais intensas, sob a ótica de que a vida e os direitos dos indivíduos se inter-relacionam e geram consequências uns para os outros.

É imprescindível que se considere a sociedade não como um ente abstrato e despersonalizado, mas como o conjunto de indivíduos, titulares de direitos fundamentais. Assim, quando se fala em considerar os direitos fundamentais da sociedade, algumas vezes em prejuízo dos direitos fundamentais do indivíduo, não se está mitigando ou desprestigiando direitos de tamanha importância para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito. Ao revés, trata-se de uma reafirmação da hegemonia dos direitos fundamentais da maioria, algumas vezes com o inevitável sacrifício de um direito fundamental do indivíduo.

A história está repleta de exemplos que demonstram que quase sempre as conquistas de direitos fundamentais foram precedidas de muita luta e grandes sacrifícios, o que acaba por conferir aos direitos fundamentais uma consolidação que, se não impede, ao menos dificulta sobremaneira uma reversibilidade. E é exatamente para assegurar essa tão desejada irreversibilidade que se faz necessária a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais pelo enfoque da sociedade, como uma consequência natural da evolução dos direitos fundamentais em suas três gerações<sup>1</sup>.

---

1. Há quem defenda a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, como o professor Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 526.

Uma ilustração gráfica dos direitos fundamentais de primeira geração mostraria o cidadão empunhando um escudo para defender-se do arbítrio do Estado. É o direito do homem contra o Estado. Na segunda geração dos direitos fundamentais o Estado estará na figura de “pai”, em defesa do filho mais fraco contra a superioridade do filho mais forte. É o direito do homem contra o homem. E, finalmente, a terceira geração dos direitos fundamentais poderia ser representada como a coletividade, protegida por uma redoma de vidro contra os ataques do Estado, e do próprio homem. É a defesa da sociedade contra tudo o que puser em risco a sua saúde e existência.

Na terceira geração dos direitos fundamentais, com o reconhecimento dos direitos difusos, passou-se a considerar o homem enquanto elemento de um grupo social, retirando do indivíduo o enfoque do direito para entender que a garantia dos direitos fundamentais depende de uma sociedade saudável e equilibrada.

O que se pretende no presente trabalho não é apenas a análise de situações de colisão de direitos fundamentais, em especial as chamadas liberdades individuais, mas demonstrar que a afirmação e a própria garantia de efetividade dos direitos fundamentais passa necessariamente por uma visão macroscópica, que considere o interesse do grupo social, e não apenas do indivíduo, e que promova a adaptação dos direitos individuais às demandas da sociedade moderna.

## 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS

Muito embora os direitos fundamentais encerrem normas de maior grandeza, tendo por escopo a salvaguarda dos bens jurídicos mais caros ao homem, há consenso na doutrina no sentido de que não são eles absolutos.

As próprias peculiaridades da vida em sociedade irão demonstrar que por vezes serão necessários sacrifícios de direitos basilares em prol da própria afirmação de outros direitos de igual jaez:

Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentarem outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais<sup>2</sup>.

E prosseguem os eminentes doutrinadores, citando a lição de Sanchis: *a afirmação de que “não existem direitos ilimitados se converteu quase em cláusulas de estilo na jurisprudência de todos os tribunais competentes em matéria de direitos humanos”*<sup>3</sup>.

2. MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240.

3. SANCHIS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1994. p. 86. *Apud* MENDES, COELHO e BRANCO, *op. cit.*, p. 240.

Alexandre de Moraes, também apreciando o tema, discorreu:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas) <sup>4</sup>.

Deve-se partir do princípio que os direitos fundamentais formam um conjunto harmônico de regras e princípios que se interagem, se completam e se excepcionam uns aos outros, o que se convencionou denominar de princípio da unidade do ordenamento jurídico:

Um dos postulados essenciais em que se funda o Direito Moderno é o da unidade do ordenamento jurídico. Segundo ele, há, dentro do mesmo espaço territorial, uma única ordem jurídica, cujos elementos devem guardar coerência interna. Por isso, muito embora se componha de uma infinidade de normas, o ordenamento jurídico é considerado como um sistema, no qual parte-se da premissa de que as partes se encontram devidamente coordenadas, devendo-se compreender cada uma delas à luz das demais <sup>5</sup>.

Quando se parte do princípio de que o ordenamento jurídico forma uma unidade harmônica, é possível abandonar a ideia de emprestar caráter absoluto a qualquer direito fundamental, uma vez que, *a priori*, sempre será possível afastar ou limitar a incidência de um princípio para garantir a incidência ou *co-incidência* de outro.

Argumentando sobre a impossibilidade da existência de um princípio absoluto de direito fundamental, Robert Alexy lecionou:

É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a eles. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito <sup>6</sup>.

4. MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 46.

5. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 27.

6. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 111.

Acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal assim já se manifestou:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revisitam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que essas estão sujeitas – e considerando o substrato ético que as informa –, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros<sup>7</sup>.

Há quem defenda a existência de direitos que seriam absolutos, indicando o direito a não ser escravizado, proclamado em instrumentos internacionais<sup>8</sup>. Também o direito a não ser submetido a penas cruéis (Constituição Federal, art. 5º, inciso XLVII) é citado por Mendes, Coelho e Branco como não suscetível de limitação<sup>9</sup>.

Na verdade, ambos os exemplos estão abrangidos pelo amplo princípio da dignidade da pessoa humana. Para Alexy, a Constituição Alemã, ao estabelecer que “A dignidade humana é inviolável”, estaria gerando a impressão de um caráter absoluto. Mas, prossegue o autor:

A razão para essa impressão não reside, contudo, no estabelecimento de um princípio absoluto por parte dessa disposição, mas no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes. Um âmbito definido por tais condições, isto é, protegido pelas regras a que correspondem essas condições, é aquele que o Tribunal Constitucional Federal classifica como ‘esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta’<sup>10</sup>.

Há um fator que precisa ser considerado a fim de dar sentido à negação do caráter absoluto do princípio, em aparente contradição com os exemplos citados acima: a presença de interesse e utilidade. Ambos são componentes da razoabilidade, instrumento da ponderação de interesses que serão estudados na sequência.

Partindo da premissa que a relativização de um direito fundamental só

7. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 12-5-2000.

8. BOBBIO, *op. cit.*, p. 42.

9. MENDES, COELHO e BRANCO, *op. cit.*, p. 241.

10. ALEXY, *op. cit.*, p. 111/112.

seria operada pela interferência de outro direito fundamental, que, no caso concreto, representaria um valor maior, necessário questionar se a submissão de uma pessoa à condição de escravo encontraria utilidade e interesse capazes de justificar o sacrifício do princípio da dignidade da pessoa humana. Em cerebrino exemplo, poder-se-ia imaginar que o sobrevivente de um acidente aéreo vê-se com as pernas quebradas, impedido de locomover-se, perdido na selva amazônica. Depara-se com um silvícola canibal, que jamais teve contato com a civilização. O sobrevivente, mediante artifícios, passa a ameaçá-lo gravemente para que lhe traga comida todos os dias. O silvícola, ignorante e amedrontado, vê-se privado de sua liberdade, submetido a um trabalho forçado, contínuo e sem qualquer remuneração. Não estaria caracterizada a escravização? Seria absurdo dizer que o direito fundamental a não ser escravizado foi limitado em prol do direito à vida e à dignidade do escravizador?

Melhor sorte parece não merecer o argumento de que a submissão à pena cruel seria um direito fundamental absoluto. Nesse caso, não será preciso lançar mão de um exemplo cerebrino. Uma cela superlotada, com o décuplo da capacidade para a qual foi concebida, onde os detentos têm que se revezar para deitar no chão, porque não há espaço para todos; as condições de higiene são precárias e os presos passam a eleger companheiros que serão mortos para desocupar espaço. Não parece adequar-se ao conceito de pena cruel? Ou ao menos ao de *“tratamento desumano ou degradante”* referido pelo art. 5º, inciso III da Constituição Federal? Apesar de se repudiar tal situação, a realidade acaba cedendo espaço para a manutenção da segurança pública.

Outro tema capaz de gerar polêmica acerca da existência de direitos fundamentais absolutos é o emprego da tortura. Ninguém se atreve a discordar que o emprego da tortura é ato hediondo que atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, e é prática repudiada ainda que o propósito seja o de obter prova (ilícita) para punir crime grave. Mas e se o direito fundamental de não ser torturado estiver em colisão com o próprio direito de não ser torturado? Num mundo cada vez mais ameaçado pelo terrorismo, não seria difícil imaginar uma situação de colisão de direitos fundamentais que bem exemplifique a questão: Um terrorista mantém um míssil nuclear prestes a ser disparado contra uma grande metrópole. Milhões de pessoas em pânico, torturadas, (constrangidas por grave ameaça que lhes inflige sério sofrimento mental), pela certeza da destruição próxima. A polícia encontra o terrorista e precisa obter dele a exata localização do míssil para neutralizá-lo. Seria absoluto o direito fundamental do terrorista de não ser torturado, mesmo que essa tortura tivesse o exclusivo objeto de fazer cessar a tortura por ele exercida sobre milhões de pessoas, ameaçando seus direitos fundamentais à vida?

Alexy, analisando as hipóteses em que a dignidade humana é relevante, assumindo a natureza de regra (como regra é a proibição da tortura), e argumentando que em tais casos “não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão

somente se ela foi violada, ou não”, arremata citando trecho de um julgado do Tribunal Constitucional Alemão: “Tudo depende da definição das circunstâncias nas quais a dignidade humana pode ser considerada como violada. Com certeza não há uma resposta geral, devendo-se sempre levar em consideração o caso concreto”<sup>11</sup>.

A conclusão a que se chega é que, por mais absoluto que possa parecer um direito fundamental, por proteger bens jurídicos de imensurável relevância, será ele sempre relativo quando em confronto com direito fundamental idêntico ou que, para o caso concreto, represente valor igual ou superior.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO

Como foi possível constatar do tópico anterior, a incidência de um determinado direito fundamental poderá sempre ser limitada pela *co-incidência* de outro direito fundamental, sendo certo que em alguns casos o próprio constituinte tratou de disciplinar a situação prevendo exceções à aplicação do direito fundamental que enunciou. Para que se possa melhor compreender a situação de colisão de direitos fundamentais, deve-se partir da premissa de que não existe hierarquia entre direitos fundamentais. A despeito de o direito à vida, por exemplo, constituir condição para o exercício dos demais direitos fundamentais, será possível exigir seu sacrifício em prol de outro direito fundamental, bem demonstrando a ausência de qualquer escalonamento hierárquico entre os direitos fundamentais.

Também no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, não é demais repetir a lição de Alexy, citada no tópico anterior, explicando que a reunião de um grupo de condições de precedência acaba por conferir “altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes”,<sup>12</sup> o que não significa, em absoluto, uma superioridade jurídica do referido princípio, mas, algumas vezes, uma superioridade fática. A explicação é muito simples: a admissão de que um direito fundamental fosse necessariamente superior aos demais implicaria esvaziamento do conteúdo dos demais direitos fundamentais, impedindo a justa valoração das circunstâncias do caso concreto para determinar qual princípio e em que proporção deveria incidir para solucionar a hipótese de colisão, atendendo, da maneira mais adequada possível, à aplicação dos direitos fundamentais.

A partir do entendimento de que os direitos fundamentais estão todos no mesmo patamar constitucional, será possível a ponderação dos valores envolvidos no caso concreto, com a aplicação da razoabilidade e proporcionalidade a fim de verificar qual dos direitos fundamentais em conflito deve preponderar.

11. ALEXY, *op. cit.*, p. 112.

12. ALEXY, *op. cit.*, p. 111/112.

## 2.1. Princípios e Regras

A estrutura das normas de direito fundamental é dividida pela doutrina em princípios e regras. Toda norma (gênero) é uma regra ou um princípio (espécies).

Com frequência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima, que são contrapostos. Aqui, as regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas<sup>13</sup>.

Essa distinção entre norma regra e norma princípio é primordial para o estudo das situações de colisão de direitos fundamentais, já que a aplicação de cada qual gera diferentes resultados.

Para Daniel Sarmento:

Os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam<sup>14</sup>.

Num primeiro enfoque considera-se que o princípio representaria uma norma de caráter mais genérico e abrangente, enquanto a regra estaria destinada à disciplina de uma situação específica. A conclusão a que se chegou, a partir da insuficiência na aplicação desse critério foi que além da diferença gradual reconhecidamente existente entre princípios e regras, existe uma diferença qualitativa:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.<sup>15</sup>

Quando fala o autor em "mandamento de otimização", deixa claro que a incidência do princípio poderá ser graduada de acordo com as possibilidades jurídi-

13. ALEXY, *op. cit.*, p. 87.

14. SARMENTO, *op. cit.*, p. 42.

15. ALEXY, *op. cit.*, p. 90.

cas e fáticas do caso concreto, devendo, porém, ocorrer no grau máximo permitido pelas referidas limitações.

Em contrapartida, a incidência da regra para a disciplina do caso concreto não admite graduação. Ou a hipótese de incidência está presente e a regra é aplicada, ou, ausente a correspondência da norma com o caso concreto, a regra não incidirá. Diferentemente do princípio, a aplicação da regra não permite graduação: “Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”<sup>16</sup>.

## 2.2. Colisão entre princípios

Para compreender a maneira pela qual se resolve a colisão entre princípios, deve-se partir da premissa, como já dito, de que princípios são mandamentos de otimização. Isso significa que princípios são mandamentos revestidos de uma flexibilidade para a aplicação no caso concreto, de maneira que sua incidência possa ocorrer na graduação máxima possível, dentro dos limites estabelecidos pelas condições fáticas e jurídicas que revestem a situação. Assim, quando houver uma colisão entre o direito fundamental à liberdade, de um lado, e o direito fundamental à segurança, de outro, não havendo hierarquia entre os direitos fundamentais e revelando-se necessária a restrição da liberdade, o princípio (o direito à liberdade), deverá incidir no grau máximo possível, para que a liberdade só fique restringida na dosagem certa para garantir o direito à segurança que, naquele caso concreto, em ponderação de interesses, entendeu-se que deveria ser priorizado. Em contrapartida, a segurança irá atuar no caso concreto apenas o suficiente para a garantia desse direito fundamental, sem exigir uma desproporcional restrição da liberdade.

Pelo que se pode concluir, na colisão entre princípios não ocorre a invalidação de um princípio pelo outro nem a aplicação de uma exceção à regra de incidência. Simplesmente cada um dos princípios em colisão irá incidir ou deixar de incidir para regular o caso concreto na medida e na proporção em que ficar reconhecida essa necessidade.

Robert Alexy, com grande propriedade, esclareceu:

Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência<sup>17</sup>.

16. ALEXY, *op. cit.*, p. 91.

17. ALEXY, *op. cit.*, p. 94.

E completa o autor, analisando o pensamento de Dworkin: “os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão”<sup>18</sup>.

### 2.3. Conflito entre regras

Ao contrário do que ocorre com os princípios, as regras não dispõem de gradação para incidir no caso concreto, sendo, ou integralmente aplicadas ou totalmente afastadas da disciplina da questão.

Por isso, de acordo com os ensinamentos de Alexy<sup>19</sup>, o conflito entre regras, para alcançar a solução, terá duas alternativas: 1ª – a introdução em uma das regras de uma cláusula de exceção que elimine o conflito; ou 2ª – a declaração de invalidade de uma das regras.

A solução deve ser buscada na ordem preconizada. Se possível a introdução de uma cláusula de exceção para a incidência da regra, estar-se-ia preservando sua validade jurídica, apenas excepcionada. Incabível a exceção, o “problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito”<sup>20</sup>.

Fator que não pode ser desconsiderado é que muitas vezes regras constitucionais representam a materialização normativa de um princípio constitucional. Existe aí uma relação de dependência da regra para com o princípio que a gerou. Em situações como essas, a análise do conflito poderá ocorrer a partir da colisão entre o princípio que a concebeu e outro princípio constitucional e, nesse caso, poderá ser possível o afastamento da regra, que não incidirá no caso concreto, estabelecendo-se então a ponderação dos princípios em choque.

O ministro Eros Grau bem analisou a questão:

Logo, como observei em outra oportunidade, não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas. Essas operam como concreção daqueles. Em consequência, quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas: não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico<sup>21</sup>.

18. *Ibid.*, p. 104.

19. ALEXY, *op. cit.*, p. 92.

20. *Ibid.*, p. 93.

21. GRAU, Eros Roberto. Despesa pública – *Conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas* – O princípio da sujeição da administração às decisões do poder judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. RTDP, [s.l.], nº 2.130/148, p. 142, 1993. *Apud* SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 106/107.

### 3. SOLUÇÃO DE CONFLITOS E COMPOSIÇÃO DE COLISÕES

Não sendo possível a aplicação de regras contraditórias, ou a atuação de princípios colidentes com a mesma intensidade, há que se buscar um método para fazer valer o ordenamento jurídico, aplicando para cada caso concreto a norma adequada para regular a situação.

O Direito não se coaduna com equações matemáticas ou tabelas estritas, já que as variáveis do comportamento humano e das relações sociais exigem uma moldagem da norma ao caso concreto.

Essa moldagem, essa adaptação, ocorre a partir de uma minuciosa análise das normas em conflito e da justa incidência de cada uma para a disciplina da situação, análise feita a partir da utilização de valores que conduzam a um perfeito equilíbrio entre a situação concreta e a atuação da norma para a pacificação social.

O método utilizado para atingir-se a solução é a ponderação de interesses, e seus instrumentos, a razoabilidade e a proporcionalidade.

#### 3.1. Razoabilidade, proporcionalidade e paradigma

Razoabilidade e proporcionalidade são conceitos relativos por excelência. Só é possível o conceito de proporcional ou desproporcional diante de um paradigma; o mesmo podendo ser dito do razoável. Antes, portanto, da análise dos princípios, necessária se mostra a identificação do paradigma, do referencial.

Einstein, ao desenvolver a teoria da relatividade, constatou que a “verdade” de alguns fenômenos dependia do referencial, concluindo que a situação se modificava de acordo com a posição do observador. Duas pessoas, observando o mesmo fato, teriam percepções diferentes, de acordo com a situação de cada uma, estática ou em movimento. A posição do observador era então o seu referencial.

O referencial, o paradigma para a solução do conflito entre direitos fundamentais do indivíduo e da sociedade será inferido a partir do senso comum, obtendo-se a solução do conflito com a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, embora não expresso na Constituição Federal, é indiscutivelmente reconhecido pela doutrina:

O texto constitucional brasileiro não apresenta previsão expressa a respeito do princípio da proporcionalidade, como fazem as Constituições de outras nações. Todavia, isso não impede seu reconhecimento, uma vez que, como se verá, ele é imposição natural de qualquer sistema constitucional de garantias fundamentais. Na realidade, o princípio da proporcionalidade é elemento intrínseco essencial de qualquer documento jurídico que vise instituir um Estado de Direito Democrático, o qual, por essência obrigatória, baseia-se na preservação de direitos fundamentais<sup>22</sup>.

22. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo:

O princípio da razoabilidade foi adotado de forma implícita pela Constituição Federal e inserido no texto de algumas constituições estaduais (art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo).

É a razoabilidade, filha do bom senso e da ponderação, que revela que o paradigma para a solução do conflito será aquele que o senso comum apontar como suficiente para preservar tanto quanto possível a dignidade do indivíduo, mas necessário para o atendimento do interesse da sociedade e preservar a dignidade dos integrantes do grupo social.

Confira-se a posição da doutrina:

[...]a razoabilidade deve ser aquilatada de acordo com o senso comum ou o padrão médio dos indivíduos. Assim, é razoável ou proporcional aquilo que o corpo social ou o senso comum pode admitir como uma das soluções pertinentes, adequadas, corretas para dada situação concreta: consentânea, pois, com o interesse público<sup>23</sup>.

### 3.2. Razoabilidade e Proporcionalidade

A razoabilidade é um juízo de valor incidente sobre o motivo determinante do ato, visando obstar excessos e adequá-lo à finalidade a que se propõe.

Tem-se, destarte, que os motivos que determinarem a opção pelo sacrifício do interesse social em prol do interesse individual ou vice-versa têm que ser razoáveis, adequados ao senso comum, à ideia que a média das pessoas fazem do que seria justo, sensato e aceitável, afastando assim excessos, tanto nos abusos para mais, privilegiando-se o direito fundamental do indivíduo com graves prejuízos aos direitos fundamentais do grupo social; quanto no desarrazoado sacrifício de direitos fundamentais do cidadão, sem expressivas vantagens para a sociedade.

Na concepção da doutrina:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução<sup>24</sup>.

Enquanto o princípio da razoabilidade manda que se aplique o bom senso para a eleição do interesse a ser sacrificado, de outra banda, sob o enfoque da proporcionalidade, estarão os efeitos da solução do conflito, que devem ser proporcio-

Saraiva, 2002. p. 41.

23. PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 45.

24. MENDES, COELHO e BRANCO, *op. cit.*, p. 285.

nais, compatíveis com os fatos ou motivos que o ensejaram, não descuidando dos limites da suficiência.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão intimamente relacionados e assim são identificados por grande parte da doutrina<sup>25</sup>. De fato, enquanto a razoabilidade atua sobre os motivos que devem orientar a solução do conflito, a proporcionalidade deve regular os limites e consequências dessa solução, que há de guardar estreita adequação de grandeza com a finalidade social a que se propõe.

Uma vez não observada a razoabilidade na opção do interesse individual ou pelo interesse social na solução do conflito, mais difícil será falar em proporcionalidade entre motivo e o resultado, entre meio e fim, já que estar-se-ia diante de variáveis até certo ponto incompatíveis numa ponderação de interesses legítima. Ou seja, uma vez prejudicada a decisão pela ofensa ao princípio da razoabilidade; uma vez que os motivos que determinaram a opção por um ou outro interesse não se respaldaram no correto paradigma, não obedeceram ao referencial do senso comum, a proporcionalidade, num primeiro momento, estaria também maculada.

Traçando-se um paralelo com o Direito Penal, a razoabilidade estaria para a proporcionalidade, assim como a necessidade está para a moderação, na excludente da legítima defesa. A razoabilidade manda que a opção recaia sobre o necessário para a satisfação daquilo considerado adequado, segundo o senso comum, para o atendimento do interesse social; enquanto a moderação determina que, a partir do meio necessário, seja utilizado apenas o suficiente para o atendimento da finalidade de interesse social, sem sacrifício desnecessário dos direitos fundamentais do indivíduo. A opção por um meio que extrapola o necessário, o razoável, já poderia, por si só, prejudicar a análise da proporcionalidade, da moderação.

### 3.3. A ponderação de interesses

A confluência de diversos princípios e valores de diferentes raízes, característico dos ordenamentos jurídicos democráticos, aliado à diversidade de situações do cotidiano de uma sociedade, pode dar ensejo a um conflito, aparente ou real, de princípios. A hipótese foi bem analisada por Karl Esh<sup>26</sup>:

[...] a contradição principiológica é um fenômeno inevitável, na medida em que constitui reflexo natural das 'desarmonias que surgem numa ordem jurídica, pelo fato de, na constituição desta, tomarem parte diferentes ideias fundamentais, entre as quais se pode estabelecer conflito.

25. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, passim. PAZZAGLINI FILHO, *op. cit.*, passim. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, passim.

26. *Apud* SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 97.

A verificação da existência de um conflito gera a necessidade da inclusão de mais um elemento na operação de adequação do fato à norma: o valor. A partir de então, iniciará o operador do Direito o processo denominado “ponderação de interesses”, que consiste exatamente no sopesamento, na avaliação dos princípios em conflito e a opção equânime, pelo princípio que represente o maior valor para o interesse tutelado no caso concreto, e para o interesse da sociedade, de forma geral.

Dissecando a técnica da ponderação de interesses, discorreu Daniel Sarmento:

Tal método caracteriza-se pela sua preocupação com a análise do caso concreto em que eclodiu o conflito, pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do ‘peso’ específico a cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação.<sup>27</sup>

E, mais adiante, concluiu:

Pode-se então afirmar que a ponderação de interesses, pelo menos na versão ora defendida, ostenta uma estrutura tridimensional, pois compreende os três elementos em que se decompõe o fenômeno jurídico: fato, norma e valor.<sup>28</sup>

### 3.4 Os direitos fundamentais do “inimigo” na ponderação de interesses

A partir da ideia de que na ponderação de interesses existe um juízo de valor sobre cada uma das posições em conflito, há que se prestar especial atenção ao titular do direito fundamental em conflito com um direito fundamental do grupo social.

A possibilidade de sacrifício do direito fundamental do indivíduo guardará estreita relação com o comportamento do titular desse direito em relação à sociedade. Se por um lado é certo que os direitos fundamentais são dotados de universalidade para abranger a todos, por outro lado mais razoável se mostrará o sacrifício de um direito fundamental do indivíduo em benefício da sociedade, quando o exercício desse direito fundamental surgir a partir de um comportamento do indivíduo em prejuízo da sociedade.

É evidente que não se trata de uma consequência automática ou inexorável, mas apenas de mais um elemento capaz de influenciar na ponderação de interesses. E não poderia ser diferente. Pode não ser razoável, verificadas as circunstâncias do caso concreto, sacrificar um direito fundamental dos integrantes do grupo social, para privilegiar um direito individual daquele que agiu contra a própria sociedade.

A situação é analisada pelo chamado Direito Penal do inimigo, que na lição de Alexandre Rocha de Almeida Moraes “é um Direito Penal por meio do qual o Estado confronta não os seus cidadãos, mas seus inimigos”<sup>29</sup>.

27. *Op. cit.*, p. 97.

28. *Ibid.*, p. 98/99.

29. MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. *Direito penal do inimigo. A terceira velocidade do direito penal.*

O Direito Penal do inimigo parte da concepção de que aquele indivíduo que não se submete às regras da convivência social, comportando-se como inimigo da sociedade, deve receber tratamento diferenciado, inclusive com a flexibilização de seus direitos fundamentais para a preservação dos direitos fundamentais da sociedade.

Citando Jakobs, complementou Alexandre Rocha de Almeida Moraes:

[...]quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança<sup>30</sup>.

É necessário ressaltar que o conceito de “inimigo” não deve ser confundido com o de criminoso incidental, ainda que autor de crime grave, como bem esclarece Alexandre Rocha de Almeida Moraes, citando Sánchez:

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta<sup>31</sup>.

Muito não será preciso dizer para demonstrar que, em hipóteses de colisão de um direito fundamental do “inimigo” com um direito fundamental da sociedade, a situação pessoal do indivíduo há que ser considerada em seu prejuízo e em benefício da sociedade, para que a correta aferição dos valores em disputa possa resultar numa decisão equitativa.

#### 4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ÓTICA DA SOCIEDADE

“Contra a Pátria, não há direitos”, informava uma placa afixada numa repartição da polícia paulista, durante a ditadura militar<sup>32</sup>.

É evidente que o conceito que os líderes de uma ditadura têm do que vem a ser “pátria” não guarda nenhuma relação com a ideia de sociedade analisada no presente trabalho.

A visão dos direitos fundamentais do indivíduo pela ótica da sociedade não é uma concepção nova, ou que venha de qualquer modo a colocar em cheque as disposições do texto constitucional. O próprio constituinte, já no preâmbulo da Carta Magna, estabeleceu seu objetivo em:

Curitiba: Juruá, 2009. p. 190.

30. *Ibid.*, p. 191.

31. *Ibid.*, p. 195.

32. SOUZA, Percival de. *Autópsia do medo*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2000. p. 183.

[...]instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (grifos nossos)<sup>33</sup>.

O que se nota com clareza é que o constituinte, ao apontar os direitos sociais antes dos individuais; ao esclarecer que os valores declinados são valores supremos “de uma sociedade fraterna”; e ao apontar como fundamento para esta sociedade a “harmonia social”, não deixou dúvidas de que os direitos fundamentais do indivíduo constituem instrumento para a formação de uma sociedade fraterna e harmônica, e por isso não podem ser considerados de forma isolada, mas enquanto parte de uma complexa engrenagem social.

Analizando o valor do preâmbulo na interpretação do texto constitucional, discorreu Alexandre de Moraes:

Apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, consequentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem.<sup>34</sup>

Do absolutismo individual evoluiu-se para o relativismo social. Os Estados democráticos como o Brasil inspiram-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, buscando o equilíbrio entre a fruição dos direitos individuais e os interesses da coletividade, em favor do bem comum. Para tanto, é necessário fazer predominar a ideia da relatividade dos direitos fundamentais, como já foi visto.

A relatividade dos direitos fundamentais do indivíduo em prol dos direitos fundamentais dos integrantes do grupo social já encontrava respaldo na própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que em seu art. 29 estabeleceu:

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdade dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Esses direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou a uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes à supressão de qualquer dos direitos e liberdade proclamados nessa Declaração.

Na verdade, os fundamentos da hegemonia dos direitos fundamentais da sociedade estão no próprio pacto social, cuja concepção, nas palavras de Rousseau consistia em

33. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

34. *Op. cit.*, p. 57.

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação, de qualquer força comum, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes<sup>35</sup>.

A partir do momento em que se concebe o Estado Democrático de Direito como o garantidor dos direitos fundamentais do indivíduo, não se pode olvidar que a legitimação desse Estado ocorre a partir da renúncia de uma parcela das liberdades e direitos individuais para a garantia dos direitos fundamentais de todos.

As Liberdades Individuais não se constituem em postulados absolutos e podem ser, em regime democrático de direito, limitadas quando colidirem, em casos excepcionais e a critério do Poder Judiciário, com direitos de outros indivíduos ou da coletividade; o pressuposto de tal abordagem é a existência de um regime democrático de direito<sup>36</sup>.

De fato, tanto quanto os direitos fundamentais do cidadão, os direitos fundamentais da sociedade, assim entendido como o conjunto de direitos fundamentais de seus integrantes, não podem ser sacrificados em virtude de uma concepção simplesmente individualista, já que todo direito fundamental está dotado de flexibilidade para a garantia da própria efetividade de outros direitos fundamentais. É a posição de Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho e Ada Pellegrini Grinover, para quem:

Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias<sup>37</sup>.

Nesse contexto, por vezes as circunstâncias da evolução social podem demandar maior atenção para os direitos fundamentais do grupo social, mormente em um mundo globalizado, onde a mutação da criminalidade acaba por atingir de forma grave os direitos fundamentais, conforme analisa Jesús-María Silva Sánchez, para quem, ante o fenômeno da criminalidade organizada, é imprescindível que algumas garantias sejam "reinterpretadas", tornando inevitáveis reformas antigarantistas para a apuração de certas formas de crime<sup>38</sup>.

35. ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antonio de P. Machado. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora, 1963. p. 24.

36. PALU, Oswaldo Luiz. *Direitos e garantias individuais e criminalidade*. Revista Justitia, São Paulo, vol. 169, 1º trimestre de 1995.

37. FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades do processo penal*. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 129.

38. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 103/104.

Mendes, Coelho e Branco, citando o pensamento de Alexy, após a análise de uma situação de colisão de direitos fundamentais onde estão em jogo a vida do sequestrador e a vida da vítima sequestrada, ponderam que “não se pode, porém, desconsiderar um terceiro elemento da colisão, que é o dever de proteção em face da comunidade. Daí decorre o dever de atuar para evitar novos atos de violência”<sup>39</sup>. Deixaram assim claro os autores que, além dos direitos individuais em conflito, a ponderação de interesses deve ocorrer com a indispensável consideração dos direitos fundamentais da sociedade.

A prevalência dos direitos fundamentais da sociedade, com sacrifício de direitos fundamentais individuais, tem sido defendida por eminentes doutrinadores mundo afora:

Muito embora, como já tivemos oportunidade de ver, direitos imponham limites à coerção que um grupo pode exercer sobre um indivíduo, mais do que tornar o grupo subordinado ao indivíduo, existe o perigo que indivíduos possam abusar desses direitos e usá-los contra os legítimos interesses da comunidade. Sempre que a reivindicação de um direito for excessiva e direcionada para a satisfação do egoísmo de seu titular, esse direito poderá ser interpretado como prejudicial ao senso de obrigações mútuas e ao tecido moral da comunidade.<sup>40</sup>

É evidente, como tem sido repisado neste trabalho, que não se está pregando uma desarrazoada flexibilização dos direitos fundamentais do cidadão, o que só deverá ocorrer em situações em que os direitos fundamentais da sociedade atuarem com maior peso, e mediante limites bem delineados:

Os Estados democráticos, por vezes, necessitam, em nome da segurança, violar a liberdade e os direitos fundamentais. Mas isso só poderia ocorrer nos seguintes casos: a) quando for necessário assegurar a própria continuidade e sobrevivência da ordem jurídica; b) quando estiver em situação de perigo um bem jurídico que só pode ser preservado ou salvo mediante a violação da liberdade; c) quando todos e não alguns sejam abrangidos pelas medidas de excepcionalidade adotadas pelo Estado; e d) quando a situação de excepcionalidade for transitória, isto é, quando dure apenas enquanto permanecer a situação de perigo iminente<sup>41</sup>.

Principalmente após os acontecimentos de 11 de setembro, passou-se a valorizar a preocupação com os direitos fundamentais do grupo social, acalorando-se as discussões sobre se a chamada “guerra contra o terrorismo” pode justificar o sacrifício de direitos individuais:

39. MENDES, COELHO e BRANCO, *op. cit.*, p. 342.

40. OSIATYNSKI, Wiktor. *Human Rights and Their Limits*. Cambridge University Press. New York: 2009. 1st published. p. 196. (Tradução livre do original em inglês).

41. MAYER, Dayse de Vasconcelos. *Os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 e sua projecção sobre os direitos fundamentais: A prevalência sobre o valor liberdade ou um retrocesso em matéria de direitos fundamentais?* In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa XLIII – nº 2, 2002. p. 1212.

A lei internacional de direitos humanos reconhece um padrão mínimo essencial necessário para proteger a segurança e integridade de indivíduos dos abusos de poder. Assim, a lei prescreve como os Estados devem tratar as pessoas em todas as circunstâncias, inclusive em tempos de guerra. Entretanto, esse corpo legal proporciona “o aprimoramento de direitos humanos para que sejam ponderados a favor de necessidades razoáveis do Estado, para desempenhar suas obrigações públicas destinadas ao bem comum”. Para a consecução desse objetivo, os tratados de direitos humanos explicitamente autorizam os Estados a restringir ou suspender alguns direitos, o que estará sujeito a várias exigências, por um conjunto identificado de importantes objetivos de política pública. Esses “estados de exceção” devidamente codificados atingem um equilíbrio entre normas de direitos humanos universais e interesses nacionais ao especificar circunstâncias nas quais Estados podem legalmente abrogar obrigações de tratados. Por ser mais importante para os propósitos deste trabalho, a “derrogação de cláusulas” permite a suspensão de certos direitos em tempos de guerra ou de emergência pública. Este regime de derrogação, entretanto, não impede a aplicação do ICCPR [Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos] à “guerra ao terrorismo”<sup>42</sup>.

Por outro lado, a ponderação de interesses em casos concretos muitas vezes conduziu ao reconhecimento da inexistência de uma proporcionalidade e razoabilidade entre o interesse de defesa social e os direitos individuais sacrificados, como ocorreu na apreciação da legitimidade da construção de um muro para a garantia da segurança do Estado de Israel contra ataques terroristas Palestinos:

Em resumo, a corte, a partir do material disponível, não está convencida de que o curso específico que Israel escolheu para o muro seria necessário para alcançar seus objetivos de segurança. O muro, ao longo da rota escolhida, e o regime a ele associado, infringem gravemente vários direitos dos palestinos residentes no território ocupado por Israel, e as infrações resultantes da rota escolhida não podem ser justificadas por exigências militares, de segurança nacional, ou de ordem pública. A construção de tal muro constitui quebra, por Israel, de várias de suas obrigações inerentes à aplicável lei humanitária internacional e instrumentos de direitos humanos.<sup>43</sup>

## 5. OS DIREITOS DIFUSOS

Os direitos difusos, também denominados coletivos, sociais, ou metaindividuais, são um produto da sociedade moderna. Não que o interesse a um meio ambiente equilibrado, por exemplo, não existisse em tempos idos, mas a estrutura

42. JINKS, Derek. *International human rights law and the war on terrorism*. Disponível em: <http://www.articlearchives.com/law-legal-system/international-law/1068284-1.html>. Acesso em 17-7-2009.

43. STEINER, Henry J., ALSTON, Philip, GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*. Third Edition. Oxford University Press. New York: 2007. p. 466. (Tradução livre do original em inglês).

da sociedade não priorizava demandas como a questão ambiental, até porque o histórico de consequências graves advindas da ação humana sobre a natureza é relativamente recente. O mesmo pode ser dito em relação a outros interesses difusos como as relações de consumo, o patrimônio histórico, a democracia e a própria paz, para serem reclamadas como direitos da sociedade demandaram um amadurecimento político considerado recente na história da humanidade. O que vem ocorrendo a partir das últimas décadas do século XX é o reconhecimento jurídico e a estruturação legislativa desses direitos a fim de emprestar-lhes proteção mais eficiente.

O reconhecimento dos direitos difusos como uma categoria autônoma de interesse público começou a ocorrer a partir dos estudos de Mauro Capelletti a partir de 1974, iniciando o rompimento com a tradicional concepção de interesse público (cidadão – Estado) e interesse privado.

Sobre o assunto, discorreu Hugo Nigro Mazzilli:

Demonstrou-se, inicialmente, a existência de uma categoria intermediária, na qual se compreendiam interesses coletivos, ou seja, aqueles referentes a toda uma categoria de pessoas (como os condôminos de um edifício de apartamentos, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses metaindividuais, porque atingem grupos de pessoas que têm algo em comum.

Contudo, mesmo dentro dessa categoria intermediária, foi possível estabelecer uma distinção entre os interesses que atingem uma categoria determinada de pessoas (ou, pelo menos, determinável) e os que atingem um grupo indeterminado de indivíduos (ou de difícil determinação).<sup>44</sup>

Até então, o que se tinha era um conceito genérico de interesse público, no qual, supunha-se, deveriam estar abrangidos os interesses da sociedade. Ocorre que nem sempre o interesse público, o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica, coincide com os interesses do grupo social, sendo certo mesmo que muitas vezes tais interesses são colidentes.

Criou-se a partir de então a noção de que o interesse público considerado como o bem geral seria o interesse público primário; enquanto o interesse público inferido a partir da ótica dos órgãos da administração seria o interesse público secundário. Os tribunais estão cheios de exemplos de não coincidência entre o interesse público primário e secundário, ainda que de boa-fé o administrador público.

O reconhecimento dos direitos difusos partiu da ideia de que existem interesses comuns de determinados grupos de pessoas dispersas na sociedade, ou de toda a sociedade, que não se encontram necessária e juridicamente vinculadas umas às outras. Para Hugo Nigro Mazzilli, direitos difusos são "interesses de

44. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 18-19.

grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso”<sup>45</sup>.

A terceira geração dos direitos fundamentais, os direitos difusos, consagrou a ideia de que a sociedade moderna possui interesses hegemônicos cuja proteção revelou-se imprescindível à própria concretização da dignidade da pessoa humana. A partir do reconhecimento dos direitos difusos, estabeleceu-se a ideia de que a tutela dos direitos fundamentais passa, necessariamente, por uma visão macroscópica do corpo social, e não mais pela consideração do homem de forma individualizada. O homem é um elemento do grupo social, e assim precisa ser considerado para que a garantia de seus direitos seja a garantia dos direitos de todos.

Essa nova concepção dos direitos fundamentais invariavelmente exige o sacrifício de um direito fundamental individual, uma liberdade pública, para a satisfação de outro direito, igualmente fundamental para o homem, não só per se, mas enquanto integrante da sociedade.

O direito à paz, típico direito difuso, restringe o direito fundamental à liberdade daquele que é chamado ao serviço militar obrigatório. Mas sem o sacrifício desse direito individual não é possível a manutenção de um exército que garanta a paz não só no sentido de impedir um conflito, uma invasão externa, mas também na acepção de garantia da ordem e segurança interna.

O direito à democracia também sacrifica o direito à liberdade do indivíduo convocado ao serviço eleitoral, ou mesmo em razão do voto obrigatório em algumas sociedades. Mas, igualmente sem esse sacrifício individual a realização do processo democrático poderia ver-se sacrificada, em prejuízo de todos.

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a ser preservado “para a presente e futuras gerações”, conforme estabelecido pelo art. 225 da Constituição Federal, restringe de forma substancial o direito de propriedade. O que é necessário entender na questão ambiental é que não se está priorizando a preservação do planeta, da flora, da fauna e dos recursos minerais em detrimento do homem. A Terra já existia muito antes de abrigar o homem, e vai continuar existindo se a raça humana for extinta. A preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui condição *sine qua non* para a garantia do direito fundamental à vida, se não, num primeiro momento, na acepção de permanecer vivo, indiscutivelmente para proporcionar ao homem uma qualidade de vida com condições de dignidade. Veja-se a questão da escassez de água potável em diversas regiões do mundo.

O mesmo pode ser dito em relação aos demais direitos difusos listados acima.

A manutenção da paz ou da democracia não são interesses da sociedade na concepção de ente despersonalizado e abstrato. A paz e a democracia são instrumentos de preservação dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à

---

45. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 19.

segurança, e ao patrimônio de cada um. Basta ver o destino das liberdades públicas em países em guerra, ou submetidos aos caprichos e à tirania de um ditador.

## CONCLUSÃO

*Não há nada mais relevante para a vida social que a formação do sentimento da justiça* (Rui Barbosa)

Quando George Orwell escreveu o romance 1984, o futuro foi imaginado como um mundo sem o reconhecimento dos direitos fundamentais. O direito à vida não era um direito do cidadão, mas uma utilidade para o Partido. Aqueles que ousassem contrariar as regras impostas eram simplesmente excluídos da sociedade junto a todo e qualquer registro relativo à sua existência. Era como se a pessoa jamais tivesse existido. A restrição da liberdade chegava ao extremo de haver câmeras espionando a intimidade dos lares, o que acabou inspirando o famoso *reality show*. Não era necessário cogitar em liberdade de expressão, o simples pensamento contrário aos interesses do *Big Brother* (*thought crime*) já poderia gerar sérias consequências.

1984 já ficou no passado e o futuro mostrou-se, felizmente, muito distante da ficção. A obra de Orwell bem ilustra o que pode ocorrer quando a sociedade é concebida como algo independente, autônomo. A sociedade nada mais é do que o conjunto de indivíduos inter-relacionados, e tudo o que se faz em benefício ou prejuízo da sociedade irá refletir nos seus integrantes. E o inverso também é verdadeiro: o indivíduo tem que ser tratado como um elemento do conjunto. Um elemento cuja autonomia, independência, liberdade estão necessariamente entrelaçadas com as de seus pares, numa constante interação de direitos e deveres.

A ideia inicial que se faz do tema “Direitos Fundamentais da Sociedade” não desperta simpatia. Um *pré-conceito* poderia levar à suposição de que o autor seria adepto de alguma corrente radical que prega o sacrifício dos direitos humanos para a satisfação de uma tirania qualquer. Parece algo não “politicamente correto”, até que se entenda que defender os direitos fundamentais da sociedade nada mais é do que defender e reafirmar os direitos fundamentais de cada cidadão.

Em parte, a má impressão gerada pelo tema é fruto de uma equivocada associação que se faz entre as ideias de sociedade, Estado e nação, conceitos obviamente relacionados, mas de conteúdos distintos. O conceito que o brasileiro faz de Estado não é positivo, fruto de uma colonização extrativista e de uma corrupção endêmica. O Estado é tido não como aliado do cidadão, não como organismo de consecução do bem comum, mas como espoliador que continuaria mantendo com o povo relação semelhante ao domínio da metrópole em relação à colônia. O bem público, que deveria ser tido como patrimônio de todos, produto de um condomínio, é visto como *res nullius*. Esse Estado, conceitualmente distante do cidadão, dificulta a integração dos indivíduos na imagem de nação, de pátria. E, a partir desses preconceitos, a ideia de sociedade, ainda que de maneira subliminar, acabou ma-

culada como algo alheio, distante, como se fosse possível considerar a abelha sem levar em conta a existência da colmeia. Não bastasse isso, a tirania de uma ditadura militar que achincalhou direitos fundamentais de forma maciça e indiscriminada acabou gerando reação contrária de supertutela de direitos individuais de um em detrimento de direitos individuais de todos.

Desmistificando os preconceitos, passa-se a entender que a todos interessa a garantia dos direitos fundamentais da sociedade.

As rápidas transformações do mundo globalizado, redesenhando as estruturas da sociedade, têm invocado cada vez mais uma palavra de ordem hoje muito utilizada pelos ambientalistas: adaptação. Não é mais possível considerar as relações sociais como antes da revolução industrial, antes do êxodo rural, antes das duas guerras mundiais, da queda do muro de Berlim, da televisão, e da Internet.

Cem anos atrás, uma notícia importante poderia levar dias para atravessar os continentes. Hoje, uma imagem pode dar a volta ao mundo em questão de segundos. Esse desenvolvimento dos meios de transporte e comunicação intensificou as relações interpessoais, modificou direitos e obrigações e gerou a necessidade de se adaptar a vida em sociedade à nova realidade.

Os direitos fundamentais também foram dinamizados. Hoje, o direito à vida é discutido para avaliar a utilização de células embrionárias. Também a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade foram objeto de uma releitura.

E se a sociedade mudou, se os direitos fundamentais foram reinterpretados, a defesa desses mesmos direitos fundamentais há que ser redefinida, não para que sejam mitigados, mas aperfeiçoados e melhor aplicados.

Defender os direitos fundamentais dos oprimidos é politicamente correto, desde que todos os oprimidos pela situação sejam defendidos com o mesmo entusiasmo e que o sacrifício de direitos fundamentais, tanto do indivíduo, quanto da sociedade, seja admitido apenas para a garantia de outro direito que, no caso concreto, revele-se de maior importância, seja um direito individual, seja um direito do grupo social.

É preciso considerar que a garantia de direitos fundamentais não pode ser vista pelo estreito enfoque individual, sem a necessária consideração dos direitos fundamentais dos demais integrantes da sociedade. Privilegiar o direito fundamental do indivíduo com grave prejuízo aos direitos fundamentais da sociedade implica inexorável ofensa a valores assegurados a todos.

Na ponderação de interesses, deve-se levar sempre em consideração os interesses do grupo social, que podem ou não preponderar sobre os interesses do indivíduo, dependendo do peso de cada direito em colisão no caso concreto. E para a consideração dos direitos fundamentais do indivíduo, fundamental que não seja ignorada a conduta do cidadão em face da sociedade, a fim de que a ponderação de interesses esteja calcada em verdadeira razoabilidade e proporcionalidade.

Só assim, entendendo os direitos fundamentais como direito de todos e de cada um ao mesmo tempo, será possível a formação do sentimento de justiça

citado por Rui Barbosa, e garantir que os direitos fundamentais tenham uma atuação legítima e eficiente.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades do processo penal*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- JINKS, Derek. International human rights law and the war on terrorism. Disponível em: <http://www.articlearchives.com/law-legal-system/international-law/1068284-1.html>. Acesso em 17-7-2009.
- MAYER, Dayse de Vasconcelos. Os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 e sua projecção sobre os direitos fundamentais: A prevalência sobre o valor liberdade ou um retrocesso em matéria de direitos fundamentais? In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa XLIII – nº 2, 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos interesses difusos em juízo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. *Direito penal do inimigo. A terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- OSIATYNSKI, Wiktor. *Human rights and their limits*. Cambridge University Press. New York: 2009. 1st published.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Direitos e garantias individuais e criminalidade*. *Revista Justitia*, São Paulo, vol. 169, 1º trimestre de 1995.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. São Paulo: Atlas, 2000.

- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antonio de P. Machado. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora, 1963.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SOUZA, Percival. *Autópsia do medo*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2000.
- STEINER, Henry J., ALSTON, Philip, GOODMAN, Ryan. *International human rights in context. Law, politics, morals*. Third Edition. Oxford University Press. New York: 2007.