

Colisão de direitos fundamentais: sopesamento e ponderação pelo espectro da dignidade da pessoa humana



Guilherme Fraiha Granjo

Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Servidor Público do Tribunal Regional Federal da Terceira Região.



Yun Ki Lee

Mestrando em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Vice-presidente Brasil e diretor mundial da Overseas Korean Traders Association (OKTA). Advogado Sócio da Lee, Brock, Camargo Advogados.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo reforçar que a solução de casos em concreto de colisão de direitos fundamentais pelo sopesamento e ponderação, consubstanciados na teoria dos princípios, opere-se também, e sempre, pelo espectro da dignidade da pessoa humana. Para tanto, a partir de um caso da vida real judicializado (“santos católicos sob figuras pop”), ousa-se discorrer sobre uma metodologia para o processo decisório, a contar com um teste final de compatibilidade e aderência à dignidade da pessoa humana, a fim de que as decisões a serem tomadas evitem ao máximo exaurir por completo o elemento nuclear de cada um desses direitos fundamentais envolvidos, que é justamente a dignidade da pessoa humana e a sua promoção a partir deles.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais, princípios, dignidade da pessoa humana, sopesamento e ponderação, teste de compatibilidade e aderência.

ABSTRACT: This paper aims to reinforce that solution about real cases involving collision of fundamental rights by balancing and weighing, grounded on theory of principles, performs also, and ever, under spectrum of human dignity. Therefore, from a real life case under the Court (“catholic saints under pop characters”), ventures on discussing a methodology for decision making process, counting with a final test of compatibility and adherence to human dignity, in order that decisions to be taken avoid at maximum exhausting for complete the nuclear part of each of those involved fundamental rights, which is precisely the human dignity and its promotion from them.

KEYWORDS: fundamental rights, principles, human dignity, balancing and weighing, test of compatibility and adherence.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Ponto de partida: caso “santos católicos sob figuras pop” – 3. Apoio na doutrina: direitos fundamentais, seu sentido e alcance – 4. O caminho da teoria dos princípios para solução de colisão de direitos fundamentais em concreto – 5. Compatibilidade e aderência do resultado do sopesamento e ponderação à dignidade da pessoa humana – 6. Metodologia para solução em concreto de colisão de direitos fundamentais: sopesamento e ponderação pelo espectro da dignidade da pessoa humana – 7. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Ainda que de forma não tão perceptível, o exercício cotidiano dos nossos direitos se concretiza por meio de choques. Quando um quer exercer o seu direito ao descanso, demanda-se o respeito de outros. Da mesma forma, quando um quer exercer o seu direito ao lazer, demanda-se a tolerância de outros. Em realidade, a enumeração dos casos a envolver colisão de direitos poderia seguir indefinidamente e incluir infindáveis situações. O que importa ressaltar, porém, é que, em casos extremos, esse confronto de direitos relativos aos múltiplos indivíduos ultrapassa os limites da conciliação e mediação e desemboca no Judiciário em busca de uma solução ponderada.

Os direitos fundamentais não são exceção ao contexto abordado. Muito pelo contrário: pode-se sustentar validamente que,

no âmbito do exercício das prerrogativas fundamentais, o atrito ocorre de maneira ainda mais intensa. Os casos a envolver colisão de direitos fundamentais são de evidente complexidade, pois todas estas prerrogativas encontram guarida constitucional e devem, em alguma medida, ser respeitadas. Nesse contexto, é plausível afirmar também que grande parte da dificuldade ínsita aos casos judiciais envolvendo direitos fundamentais em choque correlaciona-se à metodologia ligada ao processo de tomada de decisão.

É bem verdade que o tema tem recebido o contributo de diversos teóricos, tanto nacionais quanto estrangeiros, preocupados em subsidiar como os casos a envolver direitos fundamentais em choque devem ser processados. No entanto, mesmo diante das mais profundas teorias de direitos fundamentais e de princípios, ainda se ressentem de um expediente de maior praticidade que au-

xilie no enfrentamento de tais situações. Não por acaso, por vezes, procede-se ao sopesamento e ponderação sem maiores considerações à dignidade da pessoa humana. Noutros, limita-se simplesmente a lançar mão da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, da nossa Carta Política de 1988, como fundamento único e exclusivo de uma decisão que carece de maiores detalhamentos quanto ao caminho percorrido, contribuindo-se para a deletéria banalização deste princípio-valor tão fundamental.

Não basta simplesmente presumir que a dignidade da pessoa humana é considerada em todo e qualquer momento do processo decisório a solucionar cada caso de colisão de direitos fundamentais. É preciso mais. Além de dominar as teorias dos direitos fundamentais, dos princípios e da dignidade da pessoa humana, é necessário destrinchar cada nuança dos fatos envolvidos e seguir uma metodologia de tomada de decisão concatenada e replicável, que seja focada para promover na máxima efetividade a dignidade da pessoa humana de todos indivíduos em disputa, e também da comunidade, de forma que a solução exteriorizada seja compreendida e respeitada.

Evitar soluções que, a pretexto de proteger um determinado direito fundamental de alguém, findem por inobservar pura e simplesmente outros tantos também fundamentais de outrem, desprovidas de justificativas prestantes para motivar tamanho sacrifício, é o que, pretensiosamente, se propõe no presente estudo, a partir dos elementos extraídos de um caso real da vida judicializado de considerável repercussão.

2. Ponto de partida: caso “santos católicos sob figuras pop”

O caso concreto aqui trazido para análise é um desses de colisão entre direitos fundamentais invocados ao extremo tanto por um quanto por outro lado envolvido. Passa-se



no Estado de Goiás, onde uma artesã se vale de moldes de gesso normalmente utilizados para a elaboração de imagens de santos vinculados à Igreja Católica Apostólica Romana para, a partir deles, confeccionar estatuetas misturando a forma de santos católicos com personagens célebres da cultura “pop”, gerando estatuetas que vão desde “Jesus Superman” a “Nossa Senhora das Graças Mulher Maravilha”.¹ A Arquidiocese de Goiânia tomou conhecimento da situação e propôs medida judicial, visando à imposição de obrigações de não fazer à artesã, consistentes, em suma, na paralisação de suas atividades com as imagens de santos católicos e na proibição de sua circulação e divulgação.²

Para que se possa melhor avaliar a so-

¹ Para melhor ilustração, dentre várias matérias jornalísticas circuladas à época, conferir: *Veto a estátuas de santos inspiradas na cultura pop divide opiniões em GO*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2016/06/veto-estatuas-de-santos-inspiradas-na-cultura-pop-divide-opinioes-em-go.html>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

² Estamos a nos referir à ação ordinária n. 95844-36.2016.8.09.0051 (201600958448), a tramitar perante a 9ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/GO. Para informações mais detalhadas, consultar em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-processual>>.

lução conferida pelo Judiciário à demanda e dela extrairmos elementos para o estudo proposto, é imprescindível desatrelar-se ao máximo possível dos sentimentos e ideologia envolvidos e buscar apoio na doutrina acerca do sentido e alcance jurídicos conferidos a direitos fundamentais e a sua relação com princípios.

3. Apoio na doutrina: direitos fundamentais, seu sentido e alcance

O caso “santos católicos sob figuras pop” envolve direitos fundamentais em choque. A pretensão da Arquidiocese de Goiânia em paralisar as atividades da artesã e vedar a circulação e divulgação dos santos católicos travestidos de personagens não ligados à fé cristã baseou-se, dentre outros direitos fundamentais, na liberdade de consciência e crença religiosa, insculpida no artigo 5º, VI, da Constituição Federal de 1988, que ademais assegura o livre exercício dos cultos religiosos e garante a proteção aos locais em que eles ocorrem, bem como às liturgias de todas as confissões religiosas, e a inviolabilidade da honra e da imagem de si própria e as de seus fiéis, referida no artigo 5º, X.

Por outro lado, a artesã também respalda sua atividade em diversos direitos fundamentais. Note-se que toda profissão está fundamentada, pelo menos a princípio, na autodeterminação e na livre iniciativa, cuja previsão no texto constitucional brasileiro parte do artigo 1º, IV. Já o artigo 5º, IV e IX, garante a todos a livre manifestação do pensamento e a livre expressão da atividade artística, independentemente de censura ou de licença, o que representaria mais um argumento favorável à intenção da artesã de prosseguir em seus trabalhos com as bases de gesso em questão. Some-se a disposição do artigo 5º, XIII, de acordo com o qual é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as devidas regulamentações infraconstitucionais. Registre-se,

por fim, o direito à subsistência, franqueado a todos, que pode restar prejudicado caso a artesã venha a ser impedida de trabalhar e garantir os recursos financeiros e materiais necessários a sua manutenção, fato que ainda poderia implicar sua submissão a um tratamento desumano ou degradante, repelida pelo artigo 5º, III.

Tratando-se de direitos fundamentais em rota de colisão, deve-se pressupor, então, como consectário lógico do raciocínio desenvolvido, que alguma conceituação de direitos fundamentais esteja sendo assumida. Indaga-se, pois, no que consiste esta categoria de prerrogativas jusfundamentais e quais elementos essenciais os separam de outras classes de direitos. Colocando o problema em outros termos, caberia questionar o que efetivamente autoriza qualificar ou adjetivar determinados direitos como fundamentais ou não.

Vidal Serrano Nunes Jr. pondera que “a adjetivação examinada tem a clara pretensão de expor a inerência de tais direitos à condição humana, ou seja, de alçá-los à condição de direitos elementares, que remetem à própria natureza do ser humano”.³

Por aí se percebe, com clareza, a proximidade que uma possível definição de direitos fundamentais apresenta em relação aos conceitos de direitos naturais da pessoa e de direitos humanos. Exsurge, também, deste cenário a necessidade imperiosa de se proceder à distinção terminológica entre as expressões em comento, para que se evite confusões futuras quanto ao preciso sentido e alcance de cada uma delas.

Para Ingo W. Sarlet, direitos naturais da pessoa estão associados àquelas prerrogativas inerentes ao gênero humano. Estes direitos são marcados por algumas característi-

3 Cf. NUNES JR., Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988 – Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 14. (originalmente apresentada como tese de livre-docência na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).

cas elementares, tais como a inviolabilidade, a intemporalidade e a universalidade, podendo-se afirmar, por conseguinte, que são válidos a todo tempo e em qualquer localidade, resguardando os indivíduos pelo mero fato de serem humanos.⁴ No desenvolvimento do processo histórico, estes direitos foram paulatinamente sendo incorporados tanto pelos ordenamentos jurídicos internos dos Estados quanto por tratados internacionais firmados entre os países.

Nesse sentido, aquelas prerrogativas naturais da pessoa que restaram incorporadas por instrumentos jurídicos de âmbito internacional podem ser classificadas de direitos humanos. Os direitos humanos têm por nota fundamental o fato de estarem ligados à própria condição e dignidade humanas, bem como de aspirarem a uma validade universal e atemporal.⁵ Por outro lado, aquelas prerrogativas naturais da pessoa que foram positivadas no ordenamento jurídico de um determinado Estado, em especial no seu texto constitucional, são denominadas de direitos fundamentais.

Por encontrarem previsão em âmbitos normativos distintos, os direitos fundamentais e os direitos humanos cumprem diferentes papéis dentro do sistema jurídico de proteção à pessoa humana e sua dignidade. Com efeito, os direitos fundamentais contribuem para a consagração de um modelo de Estado específico, atribuindo aos sujeitos prerrogativas que, muitas vezes, podem ser reivindicadas diretamente pela via judicial. Exsurge, assim, da mera previsão pela Constituição, um caráter mais nitidamente vinculante dos direitos fundamentais. Os direitos humanos, de seu turno, contribuem para a criação de um sistema transnacional ou supranacional de proteção à figura humana, deslocando a discussão sobre o assunto do contexto inter-

no para um cenário mais global, por considerar que a afronta a uma prerrogativa desta envergadura não diz respeito exclusivamente ao interesse de um Estado, mas sim ao conjunto deles.⁶

As diferenças entre direitos fundamentais e direitos humanos não se resumem aos documentos jurídicos que os hospedam e às diferentes funções exercidas dentro do sistema jurídico. Cumpre ressaltar, ainda, que nem sempre há identidade entre o elenco de direitos fundamentais e o rol de direitos humanos. Ingo W. Sarlet pontua que o texto constitucional brasileiro, por exemplo, apresenta um elenco muito mais extenso de prerrogativas jusfundamentais do que o rol de direitos humanos.⁷ Ao revés, é também possível imaginar uma Constituição que preveja um conjunto de direitos fundamentais englobando apenas uma parcela de direitos humanos.

Em que pese às distinções terminológicas mencionadas acima, há um ponto de convergência entre os conceitos de direitos naturais da pessoa, direitos humanos e direitos fundamentais: o de que todos eles – normas jusnaturalistas, internacionais e internas – nascem com o mesmo propósito de resguardar a dignidade da pessoa humana.

A partir destas considerações, cumpre apresentar a definição específica de direitos fundamentais que se adota. Os direitos fundamentais podem ser compreendidos, de maneira sucinta, enquanto aquelas prerrogativas previstas expressamente pela Constituição e que estão diretamente vocacionadas à proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, em todas as suas múltiplas dimensões (liberdade, necessidade e preservação).

4 Cf. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 30.

5 *Ibidem*, p. 29-32.

6 Cf. NUNES JR., Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988 – Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 23-24. (originalmente apresentada como tese de livre-docência na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).

7 Cf. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 33.

4. O caminho da teoria dos princípios para solução de colisão de direitos fundamentais em concreto

Volvendo ao caso analisado, tem-se que o Judiciário pautou sua atuação pelo caminho da teoria dos princípios. Uma vez autuado e distribuído à 9ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/GO, em cognição sumária e não exauriente da questão, referido juízo consignou que a Constituição Federal prevê a existência de diversos princípios a tutelar tanto os direitos da artesã quanto os direitos da Arquidiocese de Goiânia, contidos no artigo 5º, IX (liberdade de expressão) e VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença religiosa). Pontuou, ainda, que os direitos e garantias fundamentais estão num mesmo patamar hierárquico, não sendo permitido falar-se em primazia de um sobre outro. A despeito da assertiva consignada em sua própria argumentação quanto à equivalência hierárquico-constitucional, o julgador entendeu que, em havendo um conflito entre direitos fundamentais, aqueles relativos à dignidade pessoal, à honra e à vida privada deveriam prevalecer. Assim, posicionando-se pela proteção da dignidade da Igreja Católica, determinou, dentre outras providências, que a artesã se abstinisse de fabricar, vender, conceder, doar, permutar ou transmitir por qualquer modo as bases de gesso trabalhadas.⁸

Inconformada, a artesã interpôs agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJ/GO) que, também numa análise perfunctória, considerou que a decisão *a quo* continha “potencial de cerceamen-

to do direito à liberdade de expressão e manifestação do pensamento”, bem como que “a confecção e venda das imagens consubstanciam fonte de renda da parte agravada”. Ainda assim, deferiu apenas parcialmente o pedido de efeito suspensivo para afastar, ao menos temporariamente, a proibição de fabricação, venda, concessão, doação, permuta ou transmissão a terceiros das imagens produzidas pela artesã.⁹

O teor das decisões proferidas pelo Judiciário torna evidente a estreita conexão entre direitos fundamentais e princípios, o que levanta a questão sobre o que são princípios e por que motivo o estudo da teoria que os cerca é tão primordial na solução de casos a envolver direitos fundamentais em choque.

A diferenciação entre princípios e as demais regras a compor o ordenamento jurídico é tema enfrentado por diversos juristas ao longo do tempo, os quais, não raras vezes, recorrem a distintos critérios para apontar o que se entende por uma ou outra categoria de normas. Sustenta-se, por exemplo, que os princípios se caracterizariam pela sua maior *generalidade*, ao passo que as regras teriam por traço marcante a sua concretude. Por conseguinte, os princípios necessitariam de uma mediação intermediadora da legislação ordinária para que regulassem uma situação fática. Outro critério para se identificar princípios seria o que toma em conta a sua *fundamentalidade*. Assim, princípios representariam normas de natureza estrutural para o sistema jurídico, ou seja, mandamentos que permitiriam a compreensão unitária e racional do direito, enquanto que as regras teriam

8 Na mesma decisão, restou também determinado que a artesã (i) se abstinisse de se valer do conteúdo ora discutido como meio de propaganda e/ou projeção; (ii) excluísse da internet, principalmente das redes sociais, toda e qualquer imagem que tivesse como base a figura de santos católicos; (iii) retirasse da loja “Endossa”, em Brasília, as estatuetas estilizadas em bases de gesso, impedindo o repasse a terceiros das peças fabricadas pela artesã; e (iv) excluísse do Facebook e do Instagram o perfil social intitulado “santa blasfêmia”. O descumprimento das medidas impostas pelo juízo importaria o pagamento de multa diária fixada na importância de R\$ 50.000,00.

9 Estamos a nos referir ao Agravo de Instrumento n. 258333-76.2016.8.09.0000 (201692583336). Diante da ausência do Relator Desembargador Norival Santomé, o prolator da decisão em comento foi o Dr. Wilson Safatle Faiad, juiz de direito substituto em 2º Grau. Ressalte-se que também restou afastada a proibição de venda das peças pela Loja “Endossa” a terceiros e a redução da multa diária fixada inicialmente em R\$ 50.000,00 para R\$ 8.000,00. No mais, todas as outras imposições colocadas pela primeira instância foram mantidas no segundo grau de jurisdição. Para informações mais detalhadas, consultar em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-atosjudiciais>>.

uma relevância menos conectada a questões sistêmicas.¹⁰

Os critérios apontados até aqui, no entanto, não são vistos como os mais preponderantes pela corrente teoria dos princípios. Em verdade, a diferenciação que atualmente se promove entre princípios e regras não se foca primordialmente no grau ou na intensidade de características comuns às duas categorias em apreço, mas sim à perspectiva estrutural ou qualitativa deles. Sucede, então, que princípios são uma coisa, e regras são outra, embora ambas as categorias se enquadrem no gênero maior referente às normas jurídicas, isto é, ambas são tomadas como disposições de caráter deontológico (prescritivo de condutas).¹¹

Princípios são normas que trazem consigo uma referência direta aos valores fundamentais,¹² que se transmutam para o universo jurídico usualmente via princípios, constituindo-se na expressão primeira de tais

valores superiores firmados pela sociedade e que formam a essência de um sistema constitucional. Em termos funcionais, princípios traduzem-se em comandos de realização no modo gradual da melhor forma possível, considerando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e não no modo absoluto de tudo ou nada. Já as regras são normas que, uma vez verificadas as hipóteses de incidência, demandam uma linha específica de conduta nas circunstâncias nelas especificadas, de forma que, em termos funcionais, as regras traduzem-se em comandos de obrigação, proibição ou permissão no modo definitivo e absoluto de tudo ou nada.¹³

Não é, contudo, na conceituação que se atinge uma compreensão mais ampla, precisa e efetiva de princípios e regras, mas sim em sua diferenciação. Nesse sentido, é inescusável recorrer a Ronald Dworkin e Robert Alexy que, sustentando a natureza jurídica normativa “autêntica” tanto de um como de outra e que toda norma é um princípio ou uma regra, enfatizam que a distinção dessas espécies de norma reside na qualidade e não no grau.¹⁴ O primeiro, Ronald Dworkin,¹⁵ com base na natureza de orientação disposta e quanto à aplicabilidade, aos princípios atribui uma dimensão de peso/importância e às regras uma maneira *all-or-nothing*; e o segundo, Robert Alexy,¹⁶ aprofundando ainda mais os estudos, atribui aos princípios a dependência não só

10 Estes e outros critérios adotados pela doutrina para proceder à distinção entre princípios e regras, como os atinentes à “proximidade da ideia de justiça” e à “natureza normogênica dos princípios”, são arrolados por J.J. Gomes Canotilho. Nesse sentido, verificar: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1161.

11 O enquadramento dos princípios como normas jurídicas nem sempre foi admitido pela doutrina. Na vigência do positivismo, os princípios eram relegados a um papel meramente supletivo ou integrativo de lacunas. Vale dizer: apenas quando o quadro normativo não previse uma solução expressa para a situação é que os princípios entram em cena. Na era do pós-positivismo, o contexto foi totalmente reformado: os princípios quase que em sua totalidade foram incorporados pelos textos constitucionais e passaram a representar padrões axiológicos de interpretação e aplicação do direito. Daí porque atualmente não pairam maiores discussões de que princípios são normas jurídicas, tal como as regras jurídicas. Para maiores informações, verificar: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, 2003; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87 e 91; e CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160.

12 Nunca é demais lembrar a “cláusula de abertura interna e externa” disposta no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

13 Sobre princípios e regras, ver por todos: ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. 2. tir. (com acréscimos). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

14 Sobre a distinção de princípios e regras, na doutrina brasileira, conferir: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. Col. Henrique Garbellini Carnio. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 148-156, e a posição distinta de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 87-161; e, na doutrina portuguesa, CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1162.

15 Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. 2. tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35-46.

16 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 85-120.

das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes, e às regras descartada essa dependência, pois já carregariam consigo tais possibilidades fáticas e jurídicas.

Pois é justamente na categoria jurídica de princípios que os direitos fundamentais melhor se enquadram, na medida em que consistem em mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Não se trata de simples regras porque não implicam meras condutas delineadas em comandos de obrigação, proibição ou permissão, no modo definitivo e absoluto de tudo ou nada. Não por acaso, soluções de situações concretas de colisão de direitos fundamentais fundam-se substancialmente na teoria de princípios.

Nesse esteio, para atribuir maior peso a um ou a outro direito fundamental que se chocam em concreto ou para proceder ao sopesamento e ponderação dos direitos fundamentais em colisões, tal como em princípios, recorre-se usualmente à “máxima da proporcionalidade”, derivada da Corte Constitucional Alemã em sua jurisprudência e abraçada e difundida pela doutrina alemã, para auxiliar na respectiva solução, cuja aplicação implica averiguar a *necessidade* do meio a ser empregado e a sua *adequação* para os fins visados, bem como observar a *proporcionalidade em sentido estrito*, a fim de que o meio eleito seja, além daquele mais suave, o mais vantajoso na promoção de certos valores a serem prestigiados, com o mínimo desrespeito a outros colidentes e desde que respeitados os respectivos elementos nucleares, vistos como mínimos.¹⁷

O elemento nuclear, mínimo, de um direito fundamental, cujo exaurimento deve ao máximo ser evitado num sopesamento e ponderação, é precisamente aquele que é co-

mun a todos direitos fundamentais, neles irradiando o seu valor supremo, que é a dignidade da pessoa humana, a seguir tratada.

5. Compatibilidade e aderência do resultado do sopesamento e ponderação à dignidade da pessoa humana

Não há dúvidas de que, no caso em estudo, tanto o juízo de primeiro grau quanto o de segundo procederam, mesmo que dentro dos limites de uma cognição não exaustiva da demanda, a um sopesamento e ponderação de direitos fundamentais colidentes. O juízo *a quo* entendeu que, dentro do quadro fático e jurídico colocado, os direitos à honra e à imagem da Igreja Católica deveriam prevalecer sobre os direitos à livre iniciativa, ao trabalho, à subsistência, à livre manifestação artística, dentre outros, a favorecer a artesã. O *ad quem*, por sua vez, conferiu um maior peso aos direitos fundamentais atinentes à livre expressão e manifestação do pensamento, bem como à subsistência, embora não tenha reformado integralmente a decisão recorrida. A questão que se coloca, em realidade, envereda por um espectro mais amplo: as decisões consideraram a dignidade da pessoa humana como fator relevante para as posições que assumiram ao final, ou se limitaram simplesmente a sopesar e ponderar os direitos fundamentais que estavam em jogo?

Anoção de dignidade remonta à tradição filosófica e política do período clássico.¹⁸ Sabe-se que as sociedades da Era Antiga eram

¹⁷ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. Col. Henrique Garbellini Carnio. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 180.

¹⁸ O breve esboço histórico que se fará na sequência encontrou contribuição decisiva em BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Trad. Humberto Laport de Mello. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 12-14; bem como em SARLET, Ingo W. Art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 121-122.



marcadas por uma profunda estratificação do corpo social. Nesse cenário, consideravam-se dignos (no sentido de honrados) aqueles indivíduos que ocupassem uma posição sociopolítica hierarquicamente prestigiada. A dignidade divorciou-se da noção hierárquica de sociedade a partir do pensamento estoico, que propugnava igual dignidade a todos os indivíduos, no que veio a ser decisivamente corroborada pelo Cristianismo.

A racionalização e a secularização decorrentes do Iluminismo permitiram o estudo da dignidade de forma dissociada dos valores religiosos, oportunidade em que o conceito centrou-se no homem e transmutou-se para dignidade humana. Durante o período em referência, sobreveio a conhecida concepção kantiana de dignidade, calcada no reconhecimento da autodeterminação do indivíduo e na consideração do homem enquanto um fim em si mesmo.

Posteriormente, com o fim da Segunda Guerra Mundial e o reconhecimento de que as atrocidades cometidas no conflito armado deveriam ser evitadas a nível mundial, a dignidade humana passou a ser incorporada aos instrumentos jurídicos de proteção aos direitos humanos, e desse intercâmbio sobressaiu a dignidade da pessoa humana, isto é, um valor universal, válido a todo tempo, de acordo com o qual o indivíduo não pode ser tratado como um meio, um objeto ou uma coisa, mas sim como fim em si mesmo.

Atualmente, a doutrina constitucional brasileira dedica especial atenção à dignidade da pessoa humana. Ingo W. Sarlet a define como “qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”, e afirma que ela se manifesta concretamente por intermédio de um “complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”.¹⁹

Nas lições de Luís Roberto Barroso, observa-se que a dignidade da pessoa humana é identificada como um “valor intrínseco de todos os seres humanos”, por meio do qual se garante um espaço de autonomia a cada indivíduo. Esta autonomia individual, porém, é passível de “restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”. A conjugação do valor intrínseco, da autonomia e do valor comunitário caracteriza a dignidade da pessoa humana para Luís Roberto Barroso, mas não a exaure, pois esta também “exerce a função de um princípio interpretativo, particularmente na presença de lacunas, ambiguidades e colisões entre direitos – ou entre direitos e metas coletivas –, bem como no caso de desacordos morais”.²⁰

A dignidade da pessoa humana reveste-se, portanto, de uma dupla natureza jurídica, pois se apresenta tanto como um princípio jurídico quanto na forma de um valor jurídico.²¹ Na condição de valor, a dig-

19 Cf. SARLET, Ingo W. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 70-71.

20 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad. Humberto Laport de Mello. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 72-98.

21 Os termos “princípio” e “valor” são muitas vezes tomados como sinônimos por juristas brasileiros. Entretanto, podemos apontar, com esteio nas lições de Robert Alexy, as diferenças existentes entre as duas definições. Com

nidade da pessoa humana serve de justificação moral para todos os demais direitos fundamentais, imprimindo-lhes uma racionalidade, uma coerência, uma harmonia e um objetivo comum de tutelar os indivíduos em suas múltiplas dimensões. De outro giro, enquanto princípio, a dignidade da pessoa humana ganha em normatividade, embora, aqui, algumas considerações adicionais se façam necessárias.

A dignidade da pessoa humana compreende um princípio dotado de um elevado grau de abstração, pois não se sabe ao certo, com a simples menção a essa expressão, que deveres se imputam ao Poder Público e à comunidade e que direitos se garantem a cada um.²² No entanto, por ser um princípio, a dignidade da pessoa humana deve ser aplicada na maior extensão fática e juridicamente possível. Como, então, conciliar a exigência da aplicação mais ampla possível com a dúvi-

da sobre o que se deve realizar para atender este princípio?

A dignidade da pessoa humana é aplicada na fundamentação da escolha dos meios jurídicos necessários à sua concretização. As possibilidades jurídicas da dignidade da pessoa humana referem-se justamente aos direitos e garantias fundamentais, sejam os expressos, sejam aqueles recebidos por cláusulas constitucionais de abertura, como a constante do artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988, pois são essas prerrogativas jusfundamentais que dão maiores contornos à dignidade da pessoa humana, delimitando o seu conteúdo essencial. Quer isso dizer que os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que haurem o significado nuclear da dignidade da pessoa humana, contribuem decisivamente para a sua realização, na medida em que são dotados de concretude maior, isto é, de um grau mais intenso de realizabilidade.

Todo o cenário que aqui se expôs demonstra inequivocamente que o sopesamento e ponderação a serem realizados entre direitos fundamentais colidentes não pode ocorrer validamente sem qualquer remissão à dignidade da pessoa humana, mesmo porque todos direitos fundamentais, porquanto princípios, em maior ou menor medida, são irradiações do princípio-valor da dignidade da pessoa humana.

Nunca é demais, pois, mesmo que já procedidos o sopesamento e ponderação entre direitos fundamentais em choque ou ainda que utilizada qualquer outra forma de solução, que o resultado alcançado seja submetido a um “segundo juízo”, inclusive pelo aplicador originário, calcado na dignidade da pessoa humana, para que se evitem conclusões não consentâneas com este princípio-valor jurídico. A submissão do resultado à dignidade da pessoa humana pode ser visto como um “teste de compatibilidade” ou mesmo um “teste de aderência”, cujo expediente necessário à sua regular aplicação é o que se passa a cuidar.

efeito, o jurista alemão, recorrendo a divisão de conceitos práticos proposta por Von Wright, aduz que é possível cogitar-se de conceitos deontológicos (que se reportam ao que deve ser, *v.g.*, proibição, permissão e obrigação); axiológicos (os quais, invés de se focarem no que deve ou não ser, se pautam no que é bom ou ruim, segundo um dado critério de valor, *v.g.*, bonito, corajoso, seguro, econômico, etc.); ou antropológicos (que não vem ao caso perfilar no momento, pois as duas outras categorias já são suficientes para que se explique a diferenciação entre princípios e valores). Partindo desta divisão, vê-se que os princípios, por fazerem parte, junto com as regras, do gênero maior das normas jurídicas, assumem claramente uma dimensão deontológica. Os valores, de outro lado, não consideram o que é devido, mas sim o que é melhor do ponto de vista constitucional, razão pela qual assumem uma dimensão axiológica. O Direito Constitucional é composto tanto por princípios quanto por valores. Todavia, Robert Alexy ressalta que “o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente”. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 144-179.

22 O constitucionalista português Jorge Miranda ressalta esta característica de abstração exacerbada da dignidade da pessoa humana, asseverando que ela se apresenta de modo aberto e que a sua concretização se faz no plano histórico-cultural. Cf. MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 170.

6. Metodologia para solução em concreto de colisão de direitos fundamentais: sopesamento e ponderação pelo espectro da dignidade da pessoa humana

Nos tópicos precedentes, verificou-se que os direitos fundamentais consubstanciam princípios, isto é, trata-se de mandamentos de otimização, predispostos à máxima concretização da dignidade da pessoa humana. Exsurge desta constatação a necessidade de se adotar uma metodologia que possibilite analisar concretamente um caso posto envolvendo direitos fundamentais em colisão e chegar a uma solução que considere, a um só tempo, a teoria dos princípios já pelo espectro da dignidade da pessoa humana (vetor de interpretação e aplicação de todas prerrogativas fundamentais).

Com tal objetivo em mente, diante de um caso concreto envolvendo direitos fundamentais em choque, propõe-se que se considere:

a) num primeiro momento, identificar se o caso colocado de fato envolve prerrogativas fundamentais em colisão ou se, em realidade, se está frente a conflito entre uma norma de escalão constitucional com outra de hierarquia inferior ou, ainda, diante de um mero conflito de regras – caso a situação de conflito envolva um direito fundamental e outro direito de patamar hierárquico inferior, pode-se simplesmente entender como juridicamente inválida a norma de menor proeminência hierárquica; já em situação de conflito entre regras de um mesmo patamar, a validade estará numa ou noutra, ou na regra de exceção, no modo tudo-ou-nada; por fim, tratando-se efetivamente de caso de colisão entre dois ou mais direitos fundamentais, passa-se ao próximo passo;

b) nesta segunda etapa, especificar, da maneira mais minudente possível, todos os direitos fundamentais que estejam em colisão e que concorram para as diferentes decisões a

que se pode chegar em concreto; a identificação destes direitos fundamentais em choque configura tarefa da maior importância, uma vez que a desconsideração por si só de um deles pode conduzir a uma solução que poderia não ser defendida nem mesmo por quem à ela chegou caso tal direito não computado fosse devidamente tomado em conta;

c) em terceiro lugar, aplicar o sopesamento e ponderação pela teoria dos princípios, ou ainda por qualquer outra forma de solução cabível que seja, que permitirá estabelecer a relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais que prevaleceram e aqueles outros que cederam;

d) finalmente, submeter o resultado alcançado pelo sopesamento e ponderação ao “teste de compatibilidade” ou “teste de aderência” ao valor-princípio da dignidade da pessoa humana; a aplicação do referido teste tem por finalidade precípua averiguar se o sopesamento e ponderação entre direitos fundamentais colidentes não conduziu a um resultado dissonante com a dignidade da pessoa humana.

Aquele que não se convencer com a metodologia apresentada poderia objetar que a dignidade da pessoa humana é um princípio subjacente a variados outros de direitos fundamentais e que, assim, na aplicação dos direitos fundamentais em geral, encontrar-se-ia implícita a finalidade de garantir exatamente uma vida em padrões minimamente dignos ao indivíduo tomado de forma singular, social e como parte do gênero humano. Isso, segundo esta mesma objeção, permitiria concluir que a consideração da dignidade da pessoa humana já está presente nas etapas anteriores a que se fez menção (“a”, “b” e “c”), sendo de todo desnecessária a criação de uma etapa adicional ao sopesamento e ponderação consistente no teste de compatibilidade e aderência à dignidade da pessoa humana.

Essa possível objeção é afastada, contudo, quando se entende com clareza a importância que a dignidade da pessoa huma-

na tem para muito além do sistema jurídico como um todo. Com efeito, este valor-princípio é tão essencial, não só para a ordem constitucional, mas primordialmente para cada um, individual e comunitariamente, que está a merecer uma múltipla análise: por ocasião das três primeiras etapas da metodologia reproduzida acima (“a”, “b” e “c”) e, outra de maneira específica, como etapa autônoma de controle do sopesamento e ponderação, ou de qualquer outra forma de solução adotada. A consideração da dignidade da pessoa humana como teste de compatibilidade e aderência pelos tomadores de decisão poderia, inclusive, reduzir significativamente o número de soluções tão exaurientes de direitos fundamentais, como a do caso eleito para estudo.

7. Conclusão

Posta a metodologia a pugnar pela aplicação do sopesamento e ponderação de direitos fundamentais em rota de colisão sempre considerando o princípio-valor da dignidade da pessoa humana e culminando com uma etapa final própria e autônoma de aferição de compatibilidade e aderência da solução vislumbrada, cumpre testá-la em termos mais concretos, ou seja, no âmbito do caso eleito para estudo, a fim de verificar a sua real forma de funcionamento e os seus méritos enquanto procedimento de tomada de decisão.

O caso “santos católicos sob figuras pop”, como se averbou nas linhas iniciais, envolve a disputa entre uma artesã disposta a prosseguir em sua atividade artística e profissional e a Igreja Católica, que tem por objetivo impedi-la de fazê-lo. Nos termos da metodologia em questão, o primeiro passo a ser adotado refere-se à verificação da posição hierárquica das normas em rota de colisão (etapa “a”). E, com relação a este requisito, pode-se afirmar, com boa margem de segurança, que tanto a pretensão formulada pela artesã quanto aquela apresentada em juízo pela Igreja Católica baseiam-se em direitos

fundamentais, pelo que impossível se cogitar da declaração de invalidade de uma das normas em choque ou do recurso ao expediente próprio do conflito entre regras.

Superada esta primeira etapa, passa-se à segunda, que consiste na identificação minuciosa dos direitos fundamentais que estão a colidir (etapa “b”). O juízo *a quo* consignou em sua decisão que a pretensão da artesã se baseava nos direitos fundamentais previstos no artigo 5º, IX e XVI do texto constitucional (liberdades de expressão e de reunião) e a da Igreja Católica nos incisos VI (liberdades de consciência e de crença religiosa) e X (inviolabilidade da imagem). A leitura dessa decisão revela que outros variados direitos fundamentais colidentes não foram devidamente considerados, como as prerrogativas jusfundamentais da artesã à livre manifestação do pensamento e de iniciativa, à liberdade de profissão e à subsistência. Com relação à dignidade da pessoa humana, também deveria ela ter sido considerada sob a perspectiva da artesã, e não apenas sob viés da dignidade da Igreja Católica.

A decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJ/GO), de seu turno, foi mais detalhista no tocante aos direitos fundamentais que se encontravam em choque. Considerou que em favor da artesã concorriam as prerrogativas relativas à livre expressão e manifestação do pensamento, bem como a atinente à sua subsistência, o que justificaria a reforma parcial da decisão originária. Entretanto, também deixou de endereçar outros direitos fundamentais, como os que dizem respeito à livre iniciativa e à liberdade de profissão, e tampouco se aprofundou às dignidades em colisão, as quais, se devidamente consideradas, poderiam ter ensejado uma reforma mais ampla.

Ainda que se trate de decisões liminares, a análise do caso em estudo revela que a etapa “b” da metodologia posta não foi preenchida a contento por ambas as decisões, na medida em que estas não identificaram diversos direitos fundamentais que exerciam

uma influência inegável na solução. Veja-se, ainda, que todos os direitos que foram desconsiderados tanto por uma quanto por outra decisão militavam a favor da pretensão da artesã.

A identificação não exaustiva dos direitos fundamentais incidentes certamente prejudicou o sopesamento e ponderação realizados por ambos os juízos (etapa “c”). Por via de consequência, seu resultado não passaria no teste de compatibilidade e aderência à dignidade da pessoa humana, o que se infere das próprias cominações impostas pelo Judiciário, visto que este não apenas proibiu a circulação e a difusão do trabalho com santos católicos, mas até mesmo impediu a artesã de prosseguir nas suas atividades em círculos privados, como a sua residência, ou até para si mesma, afrontando, pois, sua autodeterminação, elemento essencial da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, não seria exagerado sustentar, com todas as *vênias*, que as decisões do Judiciário

evidenciam uma situação de tratamento desumano ou degradante.

A aplicação da metodologia proposta perante situações em concreto demonstra que a lógica que preside o seu raciocínio é de concatenação simples, até intuitiva, de maneira que cada uma das mencionadas etapas depende fundamentalmente do preenchimento da precedente. A corroborar esta conclusão está o caso que serviu de ponto de partida, no qual, à mingua de uma adequada identificação dos direitos fundamentais relevantes para a sua solução, procedeu-se a um sopesamento e ponderação insuficientes a levar os julgadores a decisões não consentâneas com o princípio-valor da dignidade da pessoa humana. Eis aí o objetivo a orientar a apresentação da metodologia abordada: o de nortear as decisões a se manterem fiéis ao fim maior de todos os direitos fundamentais, a saber, a preservação e a promoção da dignidade da pessoa humana, ao menos em seus patamares mínimos.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Trad. Humberto Laport de Mello. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, 2003.

BRASIL. 9ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/GO, *Ação Ordinária n. 95844-36.2016.8.09.0051 (201600958448) (Obrigação de Fazer)*, distribuído em 17/03/2016. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-processual>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, *Agravo de Instrumento n. 258333-76.2016.8.09.0000 (201692583336)*, 6ª Câmara Cível, Relator Desembargador Norival Santomé, registrado em 18/07/2016. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/consulta-processual>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 17. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. 2. tir. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. Col. Henrique Garbellini Carnio. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NUNES JR., Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988 – Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009. (originalmente apresentada como tese de livre-docência na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. 2. tir. (com acréscimos). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Art. 1º, III – a dignidade da pessoa humana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

_____. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.