
REFLEXÕES SOBRE A COLISÃO DE DIREITOS

Gustavo Henrique Schneider Nunes ¹

Resumo: De acordo com a visão tradicional, apoiada no positivismo jurídico, o ordenamento jurídico é pautado na univocidade, na completude e na coerência, sendo que, caso haja um conflito entre regras, procura-se aplicar uma das seguintes alternantes: lei superior prevalece sobre lei inferior, lei posterior revoga lei anterior e lei especial derroga lei geral. Porém, com o conflito entre princípios é diferente – os direitos fundamentais devem ser considerados verdadeiros princípios. Assim, diante da relativização havida entre os direitos, o operador do Direito deve buscar apoio no princípio da proporcionalidade, pois este, por meio de um dos seus três sub-princípios é que apontará qual princípio que, efetivamente, deverá prevalecer no caso concreto, principalmente no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, haja vista que ele possibilitará a realização de um juízo de ponderação moral, pautado em um discurso racional.

Palavras-chave: Colisão de direitos. Relativização dos direitos. Princípio da proporcionalidade.

Abstract: According to the traditional view, based on the juridical positivism, the juridical arrangement is ruled on the univocity, completud and coherence, this way, if there is a conflict between rules, it's tried to apply one of the following alternatives: superior law prevails on inferior law, posterior law revokes previous law and special law repeals general law. However, with the conflict among principles is different – and, for us, the fundamental rights must be considered true principles. So, in face of the relativization existent among the rights, the law operator must rely on the principle of the proportality, because this principle, through one of its three subprinciples, will appoint which principle must, effectively, prevails in a concrete case. Mainly, regarding to the principle of proportality in strict sense, that will allow the accomplishment of a judgment of moral ponderation, based on a rational speech.

Keywords: Collision of rights. Relativization of rights. Principle of proportionality.

¹ Gustavo Henrique Schneider Nunes. Mestre em Direito (UNIVEM-Márilia/SP). Professor do IMESB-Bebedouro/SP. Email: ghsnunes@aasp.org.br

Resumen: Conforme el entendimiento tradicional, apoyado en el positivismo jurídico, el ordenamiento jurídico es pautado en la univocidad, en la completud y en la coherencia, sendo que, caso aja un conflicto entre reglas, procurase aplicar una de las alternantes: ley superior prevalece sobre ley inferior, ley posterior revoca ley anterior y ley especial deroga ley general. Todavía, con el conflicto entre principios es diferente – los derechos fundamentales deben ser considerados verdaderos principios. Ante la relatividad habida entre los derechos, el operador del Derecho debe buscar apoyo en el principio de la proporcionalidad, porque este, por intermedio de sus sub-principios es que apuntará cual principio que, efectivamente, deberá prevalecer en el caso concreto, principalmente en relación a lo principio da proporcionalidad en sentido estrito, aja vista que elle posibilitará la realización de una ponderación moral, pautada en un discurso racional.

Palabras-clave: Colisión de los derechos. Relatividad de los derechos. Principio de la proporcionalidad.

Introdução

À primeira vista parece até estranho falar de colisão de direitos, se observarmos que, de acordo com o positivismo jurídico, a coerência, a completude e a univocidade são elementos fundamentais do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, p. 197). Por essa razão, como podem os direitos se apresentar como conflitantes entre si?

Se no dia-a-dia forense inexistisse sequer uma adequada e efetiva tutela dos direitos de uma maneira, digamos, “simplificada”, por qual motivo devemos nos preocupar com a colisão de direitos? Melhor dizendo: se não verificamos sequer a correta aplicação dos direitos de primeira geração, por que devemos nos preocupar com as possíveis colisões existentes entre eles ou entre direitos pertencentes à segunda, terceira, ou quantas outras gerações se fizerem possíveis?

No entanto, no bojo deste trabalho, procuraremos demonstrar a possibilidade de ocorrer esta alegada colisão de direitos, ressaltando que nenhum direito, por mais fundamental que seja, pode ser considerado absoluto.

Como base nisso, pretendemos evidenciar que o operador do Direito deverá se valer do princípio da proporcionalidade, como forma de determinar qual direito colidente deverá preponderar em determinado caso específico, diferenciando a colisão que pode se dar entre regras, princípios e regras e princípios.

Por fim, serão analisadas algumas decisões judiciais, proferidas por algumas de nossas mais autorizadas Cortes, com a finalidade de demonstrar a aplicabilidade prática de tal princípio, bem como a maneira com que ele faz prevalecer determinado direito fundamental ou princípio sobre o outro.

1. A Relativização dos Direitos Fundamentais

Por mais fundamental que um direito possa parecer em um determinado momento histórico, tem-se por inevitável que ele, ao longo dos anos, poderá deixar de prevalecer sobre os demais. O direito que uma determinada classe social tinha de possuir escravos outrora parecia muito justo. Porém, com o decurso do tempo e com o espírito influenciado por novas idéias – ou por novos interesses –, os homens fizeram com que tal direito deixasse de existir entre nós.

Daí a importância exercida pelos fatores históricos no mundo jurídico. Este não sobrevive sem aquele. Segundo Bobbio (1992, p. 05),

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Essa gradual transformação por que passam os valores de cada direito, contribui para que ocorra um certo aprimoramento nas relações sociais, de sorte a evitar a supremacia dos interesses da classe social dominante sobre os demais. Ou seja, essa gradual transformação gera sérias interferências no que se refere à intenção de a classe social dominante realizar a manutenção do *status quo*.

Mas, além disso, vale notar que a todo direito corresponde um dever.

O direito que A tem em receber alimentos de B, corresponde ao dever que B tem para com A em pagar estes mesmos alimentos. Porém, quando a questão é passada para o âmbito dos direitos fundamentais, pode ser que esses direitos igualmente fundamentais venham a entrar em conflito entre si. Quanto mais fundamental for um direito, mais ele estará passível de entrar em choque com outro da mesma categoria.

Caso dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, inevitavelmente iremos chegar à conclusão de que tais direitos não são absolutos, pois um deles haverá de definhar. A relatividade é um traço que marca a existência dos direitos fundamentais. O limite de um é exatamente o limite de um outro que com ele concorra e que tenha as mesmas características capazes de o identificar.

Hão de se buscar os argumentos capazes de fundamentar as decisões, em conjunto com as condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. Afinal, de nada adiantaria proteger direitos referentes às relações sociais, sem que houvesse uma transformação industrial no país.

2. A Distinção entre Regras e Princípios

Quando nos reportamos ao conceito de norma jurídica, quase que mecanicamente nos vem à mente a figura da regra como seu sinônimo. Todavia, tanto as regras quanto os princípios são partes integrantes da norma jurídica. Se as normas fossem concebidas somente de regras, o Direito de nada se diferenciaria de uma ciência matemática. Aliás, importa dizer que, de acordo com a teoria tradicional, ainda in-

fluenciada pelo Racionalismo, os casos concretos levados ao Poder Judiciário quase sempre são solucionados como se um problema algébrico fossem.

Ocorre que, mesmo com a ruptura do paradigma racionalista, os seus ideais ainda se encontram espalhados ao nosso redor. Alguns operadores do Direito ainda os sustentam, repassando-os de geração em geração, sobretudo na Universidade. E o pior é que esses mesmos operadores do Direito não se dão conta de que a concepção do Direito, como uma ciência tão exata quanto a matemática, expurga-lhe a retórica forense e elimina a perspectiva hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico (SILVA, 2004, p. 24).

A diferença existente entre princípios e regras é de natureza lógica. Apesar de ambos apontarem sobre a obrigação jurídica em circunstâncias particulares, distinguem-se no que se refere ao modo da orientação que fornecem. A aplicabilidade das regras se dá à base do “tudo-ou-nada”. Ao analisar os fatos estipulados pela regra, há de ser verificar se a regra é válida ou não, pois na primeira hipótese a resposta fornecida deverá ser aceita, enquanto que na segunda em nada contribuirá para a decisão (DWORKIN, 2002, P. 39).

Diante de um possível conflito entre regras, há que se proferir, necessariamente, a exclusão de uma, em prol da aplicação da outra. O conflito se resolverá sempre com o auxílio de algumas alternantes: lei superior prevalece sobre lei inferior, lei posterior revoga lei anterior e lei especial derroga lei geral.

Os princípios, por outro lado, possuem uma dimensão diferente da constante nas regras, qual seja, a dimensão do peso, do valor, da importância. Tanto que, caso dois princípios entrem

em conflito, o julgador deverá levar em conta a força relativa de cada um. Se a política de proteção aos compradores de veículos automotivos se opõe aos princípios de liberdade contratual, o julgador, obrigatoriamente, deverá ponderar qual dos princípios em jogo tem maior peso (DWORKIN, 2002, p. 42).

Em virtude disso, a violação de um princípio jurídico é mais grave do que a infração de uma regra, eis que agride todo o sistema normativo. Nesse sentido é a lição de Bandeira da Mello (1999, p. 748), ao dizer que

A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mes- tra.

Dessa forma, pelo fato de os princípios fundamentarem o sistema jurídico (serem o seu “chão”), caso não sejam eles observados, toda estrutura lógica deles decorrente haverá de cair por terra. À evidência, ocorrer um conflito entre regra e princípio, este é que deverá prevalecer.

3. Do Princípio da Proporcionalidade

Apesar de não se encontrar explicitamente previsto no ordenamento jurí-

dico pátrio, consideramos que o princípio da proporcionalidade encontra-se fundamentado no devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. E é a sua ênfase substantiva que merece destaque, pois nela está contida “a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados” (STUMN, 1999, p. 173).

Trata-se de um postulado axiológico revestido de princípio. E mais: considerando-se que a proporcionalidade não pode ser ponderada, o princípio da proporcionalidade deve ser visto como o princípio dos princípios, o mais fundamental de todos os princípios.

O princípio da proporcionalidade irá fornecer os meios para solucionar o atrito existente entre dois princípios. Como não podemos conviver com um ordenamento baseado no conflito de direitos, a questão precisa ser contornada de alguma maneira. E, desde já, esclarecemos que, para nós, os direitos fundamentais assemelham-se aos princípios, devendo, portanto, ser analisados à luz de uma perspectiva principiológica.

A par disso, vale dizer que o princípio da proporcionalidade é constituído por três sub-princípios, a saber: o da adequação, o da necessidade e o da ponderação (ou proporcionalidade em sentido estrito).

O primeiro significa que toda intervenção aos direitos, principalmente em relação aos fundamentais, deve ser adequada e contribuir para a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo (PULIDO, 2003, p. 36).

As alegações constantes no bojo da decisão judicial devem tornar efetivos os direitos previstos na Constituição Federal, mormente para que possam ser alcançados os objetivos fundamentais do país, relacionados

no art. 3º, a saber: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E mais: há que se ter sempre em vista a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Já por intermédio do subprincípio da necessidade, depreendemos a idéia de que toda medida que for apta a intervir no mundo dos direitos, mormente no que tange aos fundamentais, deverá proporcionar a menor restrição possível ao direito que sofreu a intervenção, entre todas aquelas consideradas aptas e possíveis para alcançarem o mesmo objetivo proposto.

Isso quer dizer que, se existem mais de um modo de atingir determinado fim, aquele que proporcionar conseqüências menos gravosas é que deverá prevalecer, quando da análise do caso concreto. Deverá prevalecer aquele princípio que menos restrições possa causar ao direito que com ele momentaneamente concorre.

Finalmente, sobre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, observamos que ante um eventual conflito entre princípios, a solução a ser buscada haverá de ser dada por via de um processo de ponderação, no qual haverá prevalência daquele que detiver o maior peso, a maior carga valorativa. Aqui, diferentemente do que foi dito sobre as regras, inexistente eliminação de um princípio para que um outro possa ser aplicado. Os princípios convivem no mesmo plano de existência, pouco importando as diferenças. Por isso, torna-se necessário ter presente que os direitos fundamentais têm força principiológica.

Ao determinar-se a aplicação de um, está-se, ao mesmo tempo, determinando a remessa do outro ao mesmo patamar que antes se encontrava. Isso quer dizer que ambos os princípios em atrito são harmoniosamente aplicados até o exato momento em que um deles deixa de o ser para que o outro possa efetivamente continuar a incidir no caso concreto, sem que seja absorvido por qualquer regra matemática de exclusão.

À luz do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, os princípios passam a ser considerados mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas, ou seja, “las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades facticas” (ALEXY, 1993, p. 111). Desse modo, o operador do Direito deve se valer de um juízo de ponderação moral, a fim de buscar a eliminação do excesso.

Em busca de se proferir uma aplicação que melhor solucione o caso concreto, o magistrado vê-se obrigado a restringir o âmbito de aplicação de um determinado princípio, em benefício de um outro, utilizando-se do processo de “cedência recíproca” (BASTOS, 2002, p. 197), que tem como ponto de partida o postulado constitucional da harmonização das normas constitucionais.

Ressaltamos que a importância dos objetivos perseguidos por toda intervenção aos direitos fundamentais deve guardar uma adequada relação com o significado do direito interferido, ou seja, as vantagens que se obtêm mediante a intervenção devem compensar os sacrifícios que esta implica para seus titulares e para a sociedade em geral (PULIDO, 2003, p. 36).

A dedução apresentada consiste

em uma fundamentação da máxima de proporcionalidade a partir das normas fundamentais, na medida em que estas possuem caráter principiológico, razão pela qual pode ser chamada de fundamentação jus-fundamental. Contudo, outras fundamentações, como as que se apóiam no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça não podem ser por ela excluída, porque reforçam a fundamentação jus-fundamental (ALEXY, 1993, p. 115).

Na verdade, em busca de se proferir uma aplicação que melhor solucione o caso concreto, o juiz deve restringir o âmbito de atuação de um determinado direito fundamental, em benefício de um outro, da mesma estirpe, valendo-se, para tanto, de um juízo de ponderação moral elaborado a partir da construção de um discurso racional (ALEXY, 1989).

4. Nos Casos de Colisão de Direitos pode Haver Mais de uma Solução Possível?

Tendo em vista o papel de destaque que a argumentação jurídica ocupa, na medida em que proporciona a efetivação de uma análise totalizadora do Direito – eis que o vê contido não apenas na norma enquanto comando positivado –, diversas maneiras de se solucionar a colisão havida entre direitos vêm à luz.

Para o positivismo jurídico, o objeto da ciência do Direito é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social e que é estudado sem se perguntar se além dele existe também um Direito ideal. Não se examina se o primeiro corresponde ou não ao segundo, e, sobretudo, não se faz a validade do Direito real depender da sua correspondência com o Direito ideal.

No entanto, ao considerar que a sociedade humana não é um fato natural, mas algo que já sofreu no tempo a interferência de sucessivas gerações, estando em constante mutação, graças às ciências culturais como o Direito, torna-se possível reconhecer que, diante do incessante processo histórico, o gênero humano adquiriu consciência da irrenunciabilidade de determinados valores considerados universais, e, como tais, atribuíveis a cada um de nós.

Correspondem eles às variantes axiológicas ou valorativas, como as relativas à dignidade da pessoa humana, à salvaguarda da vida individual e coletiva, elevando-se até mesmo a uma visão planetária em termos ecológicos.

Nessa esteira, passou-se a observar que os métodos tradicionais de interpretação e aplicação da lei não mais se mostram eficazes diante das novas realidades sociais, razão pela qual ocorreu o desencadeamento de várias correntes do pensamento jurídico crítico, sustentando que os pressupostos de fundamentação do modelo jurídico clássico liberal-individualista e a cultura formal-positivista estão passando por um processo de crise e profundas transformações.

Importantes são as palavras de Wolkmer (2002, p. 03), ao aduzir que

a nova racionalidade emancipatória, sem negar a racionalidade técnico-instrumental inerente à dominação do positivismo moderno, leva-nos a pensar na existência de outro fundamento ético-político, bem como na reconciliação das normas que regulam socialmente o mundo sistêmico com o mundo da vida e nas possibilidades de

edificação de novo paradigma teórico-crítico do Direito.

Por meio do desenvolvimento da argumentação jurídica, portanto, o operador do Direito não necessita assumir uma postura puramente positivista, de forma a encarar este ramo do saber tal como ele é, e não tal como ele deveria ser. Em realidade, a teoria da argumentação consiste não somente em uma simples técnica formal, mas também em uma “lógica da persuasão” (REALE, 1995, p. 89).

Com efeito, uma das correntes do pensamento crítico que se tem destacado é a dialética, que não por coincidência é a mais aceita pelos juristas brasileiros. Ocorre que, por operarem no nível da academia (os professores) e da prática institucional (os advogados, procuradores e juízes), os adeptos à teoria crítico-dialética compartilham de certos pontos comuns, como em relação à “teoria do conflito, a dimensão político-ideológica do jurídico, a defesa de uma sociedade democrática e socialista, a efetivação da justiça social, a superação da legalidade tradicional liberal-burguesa e a opção pelos excluídos e injustiçados” (WOLKMER, 2002, p. 98).

Como representante maior do pensamento crítico-dialético no Brasil, Roberto Lyra Filho (1980, p. 14) sustentava que o modelo dialético deveria ser aberto e preocupado em encarar os fatos dentro de uma perspectiva de constante transformação e ligação com todos os segmentos da realidade, ou seja, em função de conjunto, porque, dessa forma, estar-se-ia revelando o caráter instrumental do Direito não só para o controle e a dominação mas, sobretudo, para as mudanças sociais e para a libertação conscientizada.

Ao vislumbrarmos a importância

da argumentação jurídica por meio desses breves comentários, podemos dizer que nos casos em que ocorre a colisão entre direitos – também conhecidos como “casos difíceis” – pode haver mais de uma única resposta correta, diante da probabilidade de existir uma série de respostas aceitáveis. E para que os casos controversos sejam adequadamente solucionados, nada mais necessário do que se valorizar a teoria da argumentação jurídica, baseada em um discurso racional.

O poder discricionário do magistrado precisa ser privilegiado, porque, inobstante a necessidade de se empreender uma visão totalizadora da sociedade, muitas vezes as normas jurídicas são vagas e carecem de uma real interpretação antes de aplicadas aos novos casos. Além disso, alguns desses casos surgem para o juiz com um grau de complexidade tão intenso, que não podem ser decididos nem mesmo com a ampliação e a reinterpretção dos significados das regras jurídicas existentes. À vista disso, o juiz deve criar um novo direito, agindo como se delegado pelo Poder Legislativo tivesse sido e promulgando as normas que, em sua opinião particular, melhor atenderiam às nuances traçadas pelo caso concreto.

Esse posicionamento, entretanto, não quer dizer que os juízes devem realizar tarefa estranha à função que desempenham, em razão de irem além das decisões tomadas pelo Poder Legislativo, porque os casos difíceis devem ser decididos à luz de argumentos principiológicos e não de políticas (DWORKIN, 2002, p. 132).

Procura-se, com isso, descobrir o que se encontra contido na norma e o que se encontra além da norma, sem que tal busca apresente-se centrada unicamente no mundo jurídico. Con-

forme esclarece Guerra Filho (1994, pp. 108-109),

A recusa de fórmulas pré-estabelecidas em ideologias para dar soluções a problemas de um imediatismo e complexidade tais, como são os que hoje se nos apresentam, leva a que adotemos postura tolerante, pela qual se propõe buscar essas soluções provocando um debate amplo, incluindo o maior número possível de posicionamentos, sem excluir nenhum por alguma prevenção de ordem ideológica, procurando extrair de cada um deles alguma contribuição, contemplando-as quando demonstrarem consistência, de forma a possibilitar uma opção vinculante a todos os envolvidos no debate.

Os juristas, portanto, precisam adotar uma mentalidade distante da tradicional, porque, quando a lei deixa de atender satisfatoriamente a tutela dos direitos, surge a necessidade de se criar o Direito, para que se possa solucionar com justiça o caso específico. Nessa perspectiva, “libertar o juiz da escravidão e do império da lei é remetê-lo para uma motivação totalizadora, é aproximá-lo da realidade, é afastá-lo do idealismo positivista normatista. A intenção é fazer insurgir um Direito original e legítimo, mas voltado à justiça e menos à legalidade” (PORTANOVA, 1997, p. 132).

Assim, temos o intuito de empreender uma visão de mundo tal como a sustentada pela filosofia estoica, que tem como base a concepção de um mundo criado pela razão universal,

onde todas as coisas apresentam-se interconectadas entre si, em um verdadeiro encadeamento de causas e acontecimentos (ASSIS, 2002, p. 46). O juiz deve mostrar-se atento à condição financeira, cultural, social, bem como ao momento histórico e político envolvidos, objetivando, em suma, uma visão totalizadora do Direito, sob pena de não responder à altura o mister que lhe cabe.

5. Análise de Casos Concretos

5.1. Submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA

Se em um processo de investigação de paternidade o suposto pai biológico da criança se recusa a submeter-se à perícia médica, mesmo tendo sido esta criança concebida no decorrer da relação conjugal, a decisão judicial que determina a submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a coleta do DNA é considerada adequada para atingir o fim constitucionalmente legítimo buscado pelo autor, sobrepondo-se o princípio da dignidade da pessoa humana ao direito de liberdade do réu submeter-se ou não ao respectivo exame (STJ – HC nº 76.060-4-SC).

É certo que hoje o art. 232 do Código Civil resolve muito mais facilmente a questão ao dispor que “a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”, desde que existam nos autos outros elementos probatórios capazes de fundamentar a procedência do pedido.

Todavia, como o Supremo Tribunal Federal houve por apreciar o caso na época em que vigia o Código Civil de 1916, entendemos que ele decidiu com acerto, ao restar consubstanciado

que o princípio da dignidade da pessoa humana deveria se sobrepor ao direito de liberdade do réu em submeter-se ao respectivo exame pericial, tendo em vista que a submissão forçada do réu a tal exame era o meio mais adequado de atingir o fim constitucionalmente legítimo assegurado ao autor e o meio menos gravoso para o réu.

O Estado, imotivadamente, não podia fazer com que uma agulha adentrasse ao corpo do réu sem que este emitisse concordância nesse sentido. Porém, neste caso, a recusa do réu em submeter-se voluntariamente ao exame pericial apto a reconhecer a existência de suposta relação de paternidade não pode consistir em um prêmio para ele. Mesmo porque o seu direito de liberdade mereceu o respeito do Estado até o exato momento em que a sua “violação” tornou-se talvez o único meio – e certamente o menos gravoso – capaz de resolver o conflito de interesses posto à apreciação do órgão julgador.

5.2. Admissibilidade de “gravação ambiental” de conversa como meio de prova

O extinto 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo (Ag. de Instr. nº 840.834-4-Ituverava-SP) decidiu pela admissibilidade da prova de gravação ambiental, obtida sem o conhecimento de um dos interlocutores, apesar da colidência entre as garantias constitucionais da intimidade e da ampla defesa.

O Tribunal, ao entender que a prova ilícita deve ser reputada válida, pelo fato de que os atos discutidos na relação processual foram praticados da maneira mais oculta possível, decidiu que, em casos como o presente, o Estado deve adentrar na esfera íntima do

indivíduo, para proferir uma prestação jurisdicional justa e eficaz.

Além do mais, a interferência estatal no âmbito da intimidade do indivíduo pode ser admitida, se for justificada pela necessidade de impedir o cometimento de abusos e de reprimir o acobertamento de violações à ordem jurídica.

Assim sendo, entendemos que as considerações constantes no corpo do acórdão justificam, sim, a admissão de tal gravação ambiental como meio de prova, porque, em específico, o direito à intimidade não deve servir de escudo protetor ao autor de um determinado ato ilícito, sob pena de desvirtuar a pretensão punitiva estatal. Por esse motivo, compartilhamos dos mesmos fundamentos empregados pelo Tribunal, uma vez que, proporcionalmente, foram muito bem sopesados os valores em conflito, eliminando, conseqüentemente, o mínimo necessário para garantir “a existência humana digna de ser chamada assim” (AVOLIO, 1995, p. 53).

5.3. Dano ambiental decorrente da queima de palha de cana-de-açúcar

O Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública objetivando a condenação de duas empresas à obrigação de não empregarem o processo de queima da palha de cana-de-açúcar para limpeza do solo, bem como à indenização pelos danos ambientais já causados. Para tanto se valeu, em síntese, do argumento de que a pretensão deveria ser acatada porque a queima da palha de cana-de-açúcar produz degradação ambiental e efeitos nocivos à saúde e ao bem-estar da coletividade, sendo princípio de Direito Ambiental que o interesse desta última

é prevalente ao dos particulares.

Apesar de a ação ter sido julgada parcialmente procedente em sede de primeira instância, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, reformou a decisão, julgando-a totalmente improcedente e condenando a Fazenda do Estado de São Paulo ao pagamento das custas, despesas do processo e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da ação, corrigidos, dando ainda por prejudicado o recurso do Ministério Público, que insistia na condenação dos réus à indenização também pleiteada na inicial.

Inconformado, o Ministério Público opôs Embargos Infringentes (TJSP – Emb. Infr. nº 275.971.2/1-01-Matão-SP). Porém, estes não foram providos, em razão de o Tribunal ter entendido que a manutenção da queimada da palha da cana-de-açúcar interessa muito mais à indústria alcooleira do que à coletividade local, tendo em vista que as práticas efetuadas pelas empresas interessam a toda Nação, e não somente a um ou alguns determinados Municípios. Em relação ao argumento da coletividade, decidiu-se que deveria ser respeitado o interesse da comunidade maior em detrimento da comunidade estabelecida nas cercanias das empresas, ou seja, decidiu-se que o incômodo de alguns deve ser suportado por eles em benefício de todos os demais.

Com todo o respeito que temos para com o Egrégio Tribunal, não podemos concordar com o argumento utilizado, eis que ele fora desenvolvido sob a perspectiva exclusivamente capitalista, e o pior, sem que houvesse sequer o cuidado de analisar a fundo e seriamente as circunstâncias danosas ao meio ambiente que pudessem vir à tona dentro de um razoável período de tempo.

Se o art. 225 da Constituição Fe-

deral é expresso ao dizer que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e que ele deve ser preservado para as presentes e futuras gerações, o Judiciário paulista não poderia ter-se mostrado míope para com tais questões. Será que ele entende que os direitos fundamentais não se encontram espalhados pela Constituição Federal? Por estar previsto no art. 225, o meio ambiente é menos importante do que o direito à livre iniciativa? Se o meio ambiente deve ser preservado para as futuras gerações, não haveria ele de ter um peso suficiente para prevalecer sobre direitos que com ele eventualmente venham a se chocar? Será que os benefícios reflexamente recebidos por indivíduos residentes em outras localidades, compensam ou prevalecem aos danos suportados pelos indivíduos vizinhos das empresas que praticam a queima da palha da cana-de-açúcar? A dignidade de uns vale mais do que a dignidade dos outros? Para que a dignidade de uns seja garantida há necessidade de se tolher parcela da dignidade dos outros?

Ademais, para assegurar a efetividade dos direitos ambientais, o parágrafo 1º, do art. 225, atribuiu ao Poder Público a tarefa, dentre outras, de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, bem como a de proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Quando se fala em direito à sadia qualidade de vida, não há motivos para dizer que a saúde dos seres humanos consiste somente numa contraposição a não ter doenças diagnosticadas no

presente. “Não basta viver ou conservar a vida. É justo buscar e conseguir a ‘qualidade de vida’” (MACHADO, 2002, p. 46).

Os elementos que compõem a Natureza – água, solo, ar, flora, fauna e paisagem – devem ser mantidos em um estado de sanidade e seu uso deve ser vigiado de perto pelas autoridades competentes, para que possam ser constatadas as conseqüências advindas desse uso, e proibindo-se o uso que possa originar doenças e incômodos para os seres humanos.

Nesse ponto, a decisão judicial analisada dispensou maior atenção aos lucros proporcionados pelo cultivo da queima da palha de cana-de-açúcar, do que às normas que visam proteger o meio ambiente, tal como previsto na Constituição Federal e em todos os Tratados e Convenções Internacionais de que o Brasil faz parte. Se os princípios do direito à sadia qualidade de vida, do acesso equitativo aos recursos naturais, da precaução e da prevenção fossem levados a sério no momento da prolação da sentença, o resultado seguramente poderia ter sido outro.

O direito ambiental, quando em colisão com um outro direito também considerado fundamental, deverá sempre ser considerado como um fator decisivo na resolução do impasse. Ou seja, no momento em que se torna necessário ponderar os valores presentes nos direitos que se encontram conflitantes entre si, os direitos ambientais devem prevalecer sobre os demais, em virtude de se dever tutelar tudo o que lhe é ínsito, tanto para as presentes quanto para as futuras gerações (PADILHA, 2006).

Ademais, a queima da palha de cana-de-açúcar não é o meio menos gravoso para se atingir o objetivo almejado pelas empresas rés, apesar de

considerado adequado. Em pleno século XXI, no auge do desenvolvimento tecnológico, o argumento de que esse modo de eliminação da palha da cana-de-açúcar é o menos gravoso ao meio ambiente chegaria a ser cômico, se antes não fosse trágico.

Se o agro-negócio faz parte do “Brasil que dá certo” e é considerado como um dos setores mais rentáveis e desenvolvidos do país, o Poder Judiciário deve exigir das empresas que atuam nesse ramo uma conduta voltada à tutela dos direitos ambientais. Não pretendemos, com isso, prejudicar as atividades desenvolvidas por esse tão importante setor da economia. Muito pelo contrário, o que de fato sustentamos é que essas empresas devem ter responsabilidade social e pôr em prática os ideais de desenvolvimento sustentável.

É certo que a tradição jurídica brasileira sempre foi calcada na resolução de conflitos de índole estritamente individual. Porém, com as transformações sociais ocorridas nos últimos tempos e com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos difusos tiveram um tratamento muito mais adequado. Só que, para que esse tratamento adequado possa se tornar efetivo, os juízes e os demais operadores do Direito necessitam capacitar os seus conhecimentos no que se refere ao estudo de tais direitos, porque não se pode admitir que profissionais tentem enfrentar as dificuldades traçadas pelos direitos difusos com base na doutrina que se fundamenta na composição de conflitos individuais.

Por fim, com base no teor das questões ventiladas neste caso, vale a pena nos recordarmos a respeito do que aconteceu com Zaratustra, quando de andança pelas proximidades das Ilhas Bem-Aventuradas, onde sumiu

por cinco dias, em virtude de ter sido levado pelo demônio – ou o contrário. No local em que se encontrava, ouviu do “cão do fogo” o seguinte aforismo: “A terra tem pele, e essa pele sofre enfermidades, uma delas, por exemplo, chama-se homem” (NIETZSCHE, 2005, p. 108).

Conclusão

Por mais fundamental que um direito seja, ele não poderá ser considerado absoluto, porque, sendo o Direito uma ciência cultural, voltada à realização dos casos práticos, pode ocorrer de um direito fundamental se chocar com outro direito da mesma ordem, como no caso de o direito de liberdade de expressão colidir com o direito à imagem.

Não há que se falar na existência de direitos absolutos. Todos gozam de relatividade. Porém, a par disso, a visão que o operador do Direito deve ter sobre eles é a totalizadora, assemelhada à empregada pelos estoícos.

A colisão existente entre direitos igualmente fundamentais se resolve por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, que se subdivide em três subprincípios, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Diferentemente do que ocorre para a solução do conflito entre regras, já que aqui o problema é resolvido no campo da validade, ao fazer-se uso das seguintes alternantes: lei superior prevalece sobre lei inferior, lei posterior revoga lei anterior e lei especial derroga lei geral.

Com o emprego destes subprincípios, o operador do Direito deverá observar qual dos direitos em conflito atende um fim constitucionalmente legítimo, qual direito consiste no meio que causa a menor restrição e qual des-

ses direitos tem o maior peso, sempre se valendo de um discurso racional.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ASSIS, Olney Queiroz. *O estoicismo e o direito: justiça, liberdade e poder*. São Paulo: Lúmen, 2002.

AVOLIO, Luiz. Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3^a ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Judiciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade). *Revista de*

Direito Alternativo, São Paulo: Acadêmica, nº 03, 1994.

LYRA FILHO, Roberto. *O direito que se ensina errado*. Brasília: Nair, 1980.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. São Paulo: SAFE, 2006.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STUMN, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.