

COLISÃO DE DIREITOS, PROPORCIONALIDADE E A COMPLEXA REALIDADE DA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS HÍDRICOS PARA GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR INDÍGENAS

Edson Antônio Baptista Nunes

Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. Especialista em Direito Público e Privado. Graduado em Direito pela Universidade Regional De Chapecó – Unochapecó. Engenheiro Agrônomo, graduado pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. *E-mail:* dr.edson.adv@hotmail.com.

Narciso Leandro Xavier Baez

Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Estágio de Doutorado, com bolsa CAPES, no Center for Civil and Human Rights da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos. Mestre em Direito Público. Especialista em Processo Civil. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Juiz Federal da Quarta Região (Brasil) desde 1996. *E-mail:* narciso@jfsc.gov.br

Resumo: Este trabalho tem por objetivo discutir a extensão e os limites do direito que as comunidades indígenas possuem às terras que tradicionalmente ocupam, diante da necessidade pública de geração de energia hidrelétrica nestas áreas. Para tanto, defende-se no contexto desta pesquisa que o direito dos silvícolas às terras que tradicionalmente ocupam é um direito fundamental coletivo e que a geração de energia elétrica constitui hoje uma das formas da realização da dignidade da pessoa humana. Neste contexto, evidencia-se que a necessidade de construção de usinas hidrelétricas em terras indígenas acarreta uma colisão de direitos fundamentais, em que, de um lado, tem-se o direito a uma vida digna, alcançado pelos benefícios que a geração de energia proporciona a toda população e, de outro, o direito à posse das terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades indígenas. Debate-se a complexidade da problemática que essa colisão acarreta e analisa-se a utilidade do método da ponderação, de Robert Alexy, para uma solução justa e proporcional na resolução desse conflito.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Direitos indígenas. Teorias da justiça.

Sumário: **1** Introdução – **2** Os direitos fundamentais dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam – **3** A complexa e problemática situação de colisão de Direitos Fundamentais – **4** A contribuição da teoria da proporcionalidade de Robert Alexy para a solução da colisão de direitos fundamentais – **5** Considerações finais – Referências

1 Introdução

Atualmente, a demanda por energia elétrica no país é crescente, mesmo diante da atual crise econômica, havendo uma necessidade cada vez maior de ampliação das suas fontes de geração. Diante disto, o desenvolvimento da matriz energética fundamentada na geração hídrica tem explorado regiões onde, muitas vezes, estão assentadas comunidades indígenas, acarretando uma tensão entre os direitos de tais comunidades às terras que tradicionalmente ocupam e a própria realização da dignidade humana do restante da população brasileira que necessita de fonte de energia elétrica para se desenvolver.

A matriz energética brasileira é eminentemente hídrica, ou seja, baseada na geração por usinas hidrelétricas. Atualmente, o maior potencial de geração de energia hidrelétrica está justamente na bacia hidrográfica da Amazônia, região em que existem várias terras indígenas já demarcadas ou em fase de demarcação, e, em muitos casos, os empreendimentos causam influências diretas ou indiretas sobre as terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, principalmente no que se refere às grandes hidrelétricas.¹Sabe-se que a construção de usinas hidrelétricas para geração de eletricidade, atualmente, é a melhor alternativa para o Brasil dentre as matrizes existentes, na busca de energia para alavancar a economia e para a consolidação da nossa matriz energética, garantindo-se, assim, uma vida digna para toda a população. Porém, os impactos sobre as comunidades indígenas e os riscos à sua sobrevivência, à sua saúde, bem como os danos potenciais às eventuais áreas sagradas relevantes para as suas crenças, costumes, tradições, simbologia e espiritualidade das etnias podem ser afetados, contrariando o que preceituam os artigos 216 e 231 da Constituição Federal.²

O objetivo deste trabalho é contribuir para o debate que compreende os valores presentes na colisão entre, de um lado, os direitos fundamentais das comunidades indígenas às terras que tradicionalmente ocupam, e, de outro, o direito fundamental à uma vida digna do restante da população brasileira, em face da necessidade pública de geração de energia hidrelétrica nas mencionadas áreas. Além disso, analisa-se a utilidade da teoria da proporcionalidade de Robert Alexy para a ponderação da colisão dos dois direitos fundamentais citados, buscando-se estabelecer os contornos de uma possível solução justa para a resolução do conflito.

¹ Como exemplo típico recente pode-se citar o caso da UHE Belo Monte e as usinas da bacia do Rio Tapajós.

² Muitos são os exemplos de áreas sagradas afetadas por empreendimentos hidroelétricos, um deles é o “Salto Sete Quedas”, no Rio Teles Pires, local de construção da UHE Teles Pires, no MT, um local que era considerado sagrado para os Munduruku.

O método científico utilizado para a construção desta pesquisa é o dedutivo, e as fontes de pesquisa bibliográfica livros e artigos nacionais e internacionais que tratam a questão indígena e a realização da dignidade humana através da geração de energia elétrica. Além disso, reúnem-se também diversos *leading cases* do Supremo Tribunal Federal sobre a temática indígena no Brasil e os limites de intervenção estatal em suas terras e cultura.

2 Os direitos fundamentais dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam

Para discorrer sobre os direitos fundamentais das comunidades indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam faz-se necessária a apresentação das noções gerais e a conceituação de direito fundamental, bem como a discussão acerca de quais as características que um direito deve apresentar para ser classificado como direito fundamental.

Não restam dúvidas de que a definição moderna dos direitos fundamentais seja fruto de um longo desenvolvimento histórico. Assim, é importante um breve retrospecto para entender a formação do Estado moderno constitucional, a adoção de Constituições democráticas e o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Quando se fala em direitos fundamentais há que se ter presente três elementos: (i) o Estado; (ii) o indivíduo; (iii) e o texto normativo, este último o regulador da relação entre Estado e indivíduos.³

Em meados do século XV, tem-se o arrefecimento do feudalismo, com o ressurgimento das rotas comerciais, marcado pelo mercantilismo. Assim, a unificação dos antigos burgos foi favorecida e ocorreu o fortalecimento dos reinos, dando início à formação dos Estados Modernos, marcadamente, influenciados pelas ideias de Bodin, Montesquieu, Hobbes e Rousseau.⁴

Para Gilissen, as Revoluções Americana e a Francesa consolidaram as ideias novas nos textos das Constituições de seus países. Estes textos constitucionais trazem uma ampliação das liberdades públicas e garantem direitos subjetivos aos cidadãos, livres e iguais perante a lei. Isso traz profundas alterações no Direito, principalmente o seu processo de unificação no cenário estatal, em que cada Estado soberano tem o seu próprio Direito, fixado por órgãos legislativos. Assim, em praticamente todas as nações a lei torna-se a fonte principal do Direito.⁵

³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 54.

⁵ GILISSEN. Op. cit., p. 57

Para Bonavides, os direitos fundamentais nasceram com o surgimento dos “Estados Constitucionais” que se confundem, na sua origem, com o advento do Estado Liberal, pautado pela adoção de constituições escritas que previam a indicação da forma de governo, a tripartição de poderes e dos direitos fundamentais.⁶

Com o advento das constituições modernas, o indivíduo passou a ser considerado um ser moral, independente e autônomo, fatores que possibilitaram o reconhecimento de direitos individuais, tais como a liberdade, a igualdade e a propriedade.

Sandoval Alves da Silva⁷ enfatiza que:

As teorias dos direitos fundamentais foram estabelecidas de acordo com a organização do Estado em cada época histórica, em função da relação entre o Estado e os súditos, uma vez que nessa relação se estabelecem os direitos, as garantias e as liberdades dos cidadãos⁸.

Assim surgiram os chamados direitos de primeira geração, que se referem aos direitos individuais e políticos, cuja finalidade é limitar o poder opressor do Estado contra os cidadãos. Estes tiveram origem nas doutrinas iluministas e jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, e englobam os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade formal, à liberdade de expressão coletiva, à participação política e, ainda, algumas garantias processuais individuais.

Já os direitos de segunda geração nasceram com o surgimento do Estado Social, que tinha por objetivo minimizar a injustiça e permitir aos cidadãos uma melhoria na qualidade de vida. Este estado tem como características o intervencionismo e o assistencialismo, com forte apelo social. Por isso, os direitos de segunda geração ficaram conhecidos como direitos sociais.

Os direitos de terceira geração dizem respeito aos direitos coletivos e difusos, uma vez que transcendem o homem-indivíduo. Neste caso, pode-se citar o direito ao meio ambiente sadio, garantias para o consumidor, os direitos ao desenvolvimento econômico sustentável e à conservação do patrimônio cultural.

Finalmente, têm-se os direitos de quarta geração, aqueles que asseguram a universalização dos direitos humanos, o cosmopolitismo, a democracia universal e os direitos de solidariedade. Como exemplo, podemos citar a globalização com suas quebras de fronteiras geográficas entre os países.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁷ SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

⁸ SILVA. *Ibid.*

A Constituição brasileira vigente traz as pretensões essenciais, destacando-se o título II: “Dos direitos e garantias fundamentais”, que regulamenta direitos individuais, coletivos, sociais e políticos.

Para alguns autores, o termo “geração” não é exato do ponto de vista cronológico, pois, ao se considerar os aspectos históricos verifica-se que já haviam direitos sociais garantidos nas primeiras Constituições e Declarações dos séculos XVIII e XIX.⁹

Por essa razão, uma parte da doutrina prefere se referir às categorias dos direitos fundamentais utilizando o termo “dimensões” em vez de “gerações”.

A doutrinadora mexicana, Maria Martinez Hernandez ensina que os direitos fundamentais são representantes de um sistema de valores concreto, além de um sistema cultural que deve orientar o sentido de uma vida estatal contida em uma Constituição.¹⁰

A tarefa de estabelecer um conceito unívoco e preciso das mencionadas pretensões não é tarefa fácil. A origem da expressão “direitos fundamentais” é tedesca, e representa os direitos positivados nos documentos constitucionais.¹¹

Os direitos humanos ou direitos fundamentais representam uma dimensão básica de satisfação da dignidade humana. Eles possuem atributos fundamentais dos seres humanos, os quais lhes são inerentes desde o seu surgimento na Terra. Ressalte-se a importância da preservação da diversidade que cada cultura realiza na dimensão cultural da dignidade humana, impondo-se como único limite a essas tradições a não violação do conceito básico que distingue o ser humano de um objeto, preservando a dignidade.¹² Para Baez, a dignidade básica do ser humano pode ser conceituada como um conjunto de direitos elementares que evitam a simples coisificação do ser humano, em todos os seres humanos indistintamente, pois diz respeito à característica que o ser humano possui, independentemente de cor, raça, religião, credo ou ideologia.¹³

Para Coelho, os direitos fundamentais, “são componentes de um regime democrático livre, sendo sua principal função possibilitar a existência e proteger a permanência deste regime.”¹⁴ Já para Sarlet:

⁹ DIMOULIS. Op. cit., p.115

¹⁰ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. Constitución y derechos fundamentales. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México D.F., ano XVIII, n. 84, set./dez. 1995. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/84/art/art5.htm>. Acesso em: 21 jun. 2016.

¹¹ SILVA. Op. cit., p. 87.

¹² BAEZ. Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. (Org.) A realização e a proteção dos direitos humanos fundamentais – Desafios do século XXI. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011, p. 43.

¹³ Ibid.

¹⁴ COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 17, n. 67, p. 214-243, abr./jun. 2009.

Os direitos fundamentais exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e proteger, valores esses que, de outra parte, alcançam uma irradiação por todo o ordenamento jurídico – público e privado – razão pela qual de há muito os direitos fundamentais deixaram de poder ser conceituados como sendo direitos subjetivos públicos, isto é, direitos oponíveis pelos seus titulares (particulares) apenas em relação ao Estado.¹⁵

Isso significa que os direitos humanos fundamentais como dimensão de atuação dos direitos humanos não necessitam de positivação para existirem, pois o seu fundamento está na própria dignidade, em seu nível mais básico, inerente a todos os seres humanos.¹⁶

Os direitos fundamentais são concebidos como princípios supremos do ordenamento jurídico, ou seja, na relação do indivíduo com o Poder Público, atuando em forma imperativa. Isso afeta também a relação recíproca dos atores jurídicos particulares e limitam sua autonomia privada, regendo-se como normas de defesa da liberdade e ao mesmo tempo como mandados de atualização e deveres de proteção para o Estado.

Para De Marco, a Constituição brasileira apresenta um extenso rol de direitos fundamentais em seus artigos 6º e 7º, além de outros em seu conteúdo, o que deveria ser um facilitador das disposições dos direitos fundamentais. Porém, isto nem sempre acontece por causa dos raciocínios apriorísticos que limitam a eficácia das normas de direitos fundamentais.¹⁷

Outra consideração importante neste sentido é que a concepção dos direitos fundamentais revela uma dupla dimensão, considerando-os direitos subjetivos e objetivos. Na primeira perspectiva, as pretensões constitucionais afiguram-se como garantia concedida aos indivíduos e tutelam a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa humana frente ao Estado e aos demais membros do corpo social. Na segunda, tais direitos atuam como fundamento da ordem político-jurídica do Estado, que se propõe a emanar uma ordem dirigida ao Ente Público, no sentido de que a ele incumbe a obrigação permanente de concretização e realização de tais pretensões essenciais.¹⁸ Isso significa que os direitos fundamentais visam à

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

¹⁶ BAEZ. Op. cit., p. 55.

¹⁷ DE MARCO, Cristhian. Elementos Sobre a Autonomia Privada e sua Relação com o Mínimo Existencial na Teoria dos Direitos Fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. (Org.) *A realização e a proteção Internacional dos direitos humanos fundamentais – Desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed: Unoesc, 2011, p. 250.

¹⁸ GOMES, M.F; FREITAS, F.O. Direitos Fundamentais e Dignidade Humana. In: *Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404. Acesso em: 20 ago. 2017.

proteção não só contra particulares, mas também de receber prestação do Estado. Estes direitos relacionam-se com cada momento histórico em posições jurídicas que concretizam as exigências da liberdade, igualdade e dignidade entre os seres humanos. Desse modo, são elementos essenciais da ordem democrática.

Os direitos fundamentais compreendem todas as posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, por seu conteúdo e importância foram integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam ser a eles equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.¹⁹

Para Baez, os direitos fundamentais são um conjunto de valores étnicos. As dimensões dos direitos humanos demandam, por sua própria natureza, a observância incondicional por todos os povos, com suas respectivas culturas, é o caso do conjunto de direitos fundamentais que protege os indivíduos contra a escravidão e não permite nenhuma oposição legal ou moral.²⁰ O Direito deve englobar os princípios aos quais os indivíduos devem estar submetidos quando pretendem orientar a vida social. Deve englobar os princípios que tornem admissível o processo de legitimação de direitos. Tais princípios serão os chamados direitos fundamentais, que exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir.²¹ É importante observar que os dispositivos previstos na Constituição Federal, como direitos fundamentais, possuem prerrogativas maiores dentro do sistema constitucional. Assim, quando uma norma da Constituição Federal é considerada direito fundamental, passa a ser considerada de aplicabilidade imediata e eficácia plena (art. 5º, §2º, CF); é havida como cláusula pétrea, impossibilitando a sua revogação pelo Poder Constituinte derivado (art. 60, §4º, CF).

Por sua importância, os valores de justiça essenciais às relações existenciais e ao respeito à pessoa que são conformados no arcabouço principiológico da Constituição são percebidos em sua fundamentalidade, sendo a eles atribuída a classificação de “direito fundamental”, com todas as suas características essenciais.

Os direitos humanos ou direitos fundamentais são universais e não aceitam restrições legais ou morais sobre o seu conteúdo, uma vez que estes estão morfológicamente relacionados à proteção da dimensão básica da dignidade, que

¹⁹ SARLET. Op. cit., p. 124.

²⁰ BAEZ. Op. cit., p. 46.

²¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

é inerente a todos os seres humanos. Eles representam o limite mínimo que deve ser observado por todas as nações na regulação de suas práticas morais.²² Neste contexto, o direito dos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas são direitos fundamentais. O art. 231 da Constituição Federal confere maior logística a este dispositivo que trata sobre a posse dos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas.

É importante salientar que mesmo as comunidades indígenas com maior contato com a sociedade branca mantém sua cultura e a tradição do uso da terra tradicionalmente ocupada, e esta relação com a terra serve como suporte para transmissão e manutenção tanto da cultura como dos costumes dos povos originários.

Nestes termos, privar os indígenas da posse de suas terras tradicionais poderá comprometer a sua dignidade. Neste sentido, deve-se considerar a posse indígena sobre as terras tradicionais um direito fundamental, uma vez que sem elas a dignidade dos povos originários resta comprometida.

Para Caleffi, é fundamental destacar a grande importância da terra para as comunidades indígenas. Porém, este fato não pode se tornar uma prisão, pois a liberdade para a escolha pertence a cada cidadão e a cada comunidade em particular.²³

A importância de se enquadrar o direito indígena como um direito fundamental aflora nos presentes contextos histórico, político e social decorrentes do sistema neoliberal. A globalização política na esfera na normatividade jurídica introduz novos direitos, entre eles os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.²⁴

Torna-se cada vez mais forte a necessidade de implantação dos referidos direitos para salvaguardar a convivência entre os povos. Na formação de uma sociedade pluralista, não se deve pretender a uniformização dos grupos humanos. O papel de uma Constituição moderna não é aquele de simplesmente retratar a vontade comum, mas principalmente o de garantir os direitos de todos.²⁵ A consignação de que a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas deve ser destinada a eles visa não só a preservar o direito ao bem material de tais comunidades, mas também de manter a identidade e a cultura delas, visando a garantir a preservação de sua dignidade.

²² BAEZ. Op. cit., p. 41.

²³ CALEFFI, Paula. Identidade indígena e direitos humanos: o que é ser índio hoje?. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. (Org.) *A realização e a proteção dos direitos humanos fundamentais – Desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed: Unoesc, 2011.

²⁴ BONAVIDES. Op. cit., p. 56.

²⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Atualmente, é preciso pensar na ideia não só de uma superfície para os índios, mas também na representação peculiar que os povos indígenas possuem sobre suas terras.²⁶ A posse dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam é o meio mais eficiente que eles possuem para manter os traços que distinguem a cultura e forma de vida deles e a conseqüente convivência harmoniosa com a coletividade.

Para alguns autores, como Anaya, devemos considerar que para populações indígenas a terra não representa simplesmente uma posse ou meio de produção, mas é essencial para entender a função espiritual e a relação dos povos indígenas com a “Mãe Terra”, como base para a existência, as crenças, costumes, tradições e cultura dos povos originários.²⁷ A jurisprudência brasileira apresenta um modo de argumentação extremamente lógico-formal que prejudica a melhor interpretação da legislação pátria. Nesse sentido, é necessário que se crie um espaço para que, com responsabilidade e cautela, os pontos de vista valorativos alcancem tanto a justiça social como também a material.²⁸ Neste sentido, o reconhecimento da posse indígena torna-se importante como um direito fundamental, o que pode ser um instrumento jurídico eficaz para a pacificação social. Daí a importância do debate sobre a superioridade de prerrogativas que os direitos fundamentais vêm a ter dentro do sistema, posto que, cada vez mais, existem conflitos que envolvem a posse indígena em face de outros direitos fundamentais e que reclamam uma solução pelo Judiciário. Assim, a adoção da teoria sobre a natureza da posse indígena tem como fim auxiliar a solução de um conflito de direitos fundamentais.

3 A complexa e problemática situação de colisão de direitos fundamentais

Antes de qualquer análise relativa à colisão de direitos fundamentais é necessário entender que tais direitos previstos na nossa Carta Magna são inerentes à dignidade humana.²⁹

²⁶ SANTILLI, Juliana. A Proteção Jurídica às Terras Indígenas e a seus Recursos Naturais. In: KASBURG, Carola; GRAMKOW, Márcia Maria (Org.). *Demarcando Terras Indígenas: Experiências e Desafios de um Projeto de Parceria*. FUNAI; GTZ; PPTAL, 2002, pp. 45-63.

²⁷ ANAYA, James. Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources. In: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, v. 22, n. 1, p. 7-17, 2005.

²⁸ KRELL, Andreas. Controle judicial dos servidores públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

²⁹ “Os direitos fundamentais, que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 considera invioláveis, são inerentes à dignidade da pessoa humana, neles se traduzem a concretizam as faculdades que são

Para alguns doutrinadores, a superação do movimento positivista foi o ponto de partida para que houvesse o reconhecimento da dignidade da pessoa humana nas principais Constituições da Europa.³⁰

A partir deste momento, nasceu o que se conhece como pós-positivismo,³¹ que ficou marcado como uma corrente que procura constituir e definir uma relação entre valores, princípios e regras. Esta corrente tem como marco fundamental o fato de privilegiar a doutrina dos princípios,³² passando estas a ter grande influência na interpretação das normas aplicadas a casos concretos.³³ Desta forma, a nossa Carta Magna, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, absorve este sistema interpretativo, com fulcro em normas abertas e em fundamentos principiológicos norteadores da interpretação e decisão dos litígios pelo Judiciário.

Pode-se afirmar que os conflitos entre direitos fundamentais acontecem em função de as normas que os regulam se mostrarem abertas no que tange a sua aplicação na vida da comunidade.

Desta forma, tem-se o fato de que a teoria dos princípios³⁴ passa de elemento meramente inspirador de aplicação de regras para a sua efetivação como norma posta no caso concreto.

A dignidade da pessoa humana foi idealizada pela nossa Constituição de 1988, como um marco constitucional unificador de todos os direitos fundamentais. A Constituição de 1988, em seu art. 170, procurou assegurar a todos uma existência digna. Ainda em seu art. 1º, a Carta Magna diz que é fundamento no nosso Estado Democrático de Direito o respeito à dignidade da pessoa humana.

É importante salientar que não se trata de uma ruptura ou de se abandonar a interpretação clássica, tampouco negar a hermenêutica tradicional, que ainda mantém sua aplicação na área das regras.³⁵ O que se busca é uma nova forma de interpretar a Carta Magna.

exigidas pela dignidade, assim como circunscrevem o âmbito que se deve garantir à pessoa para que aquela se torne possível" (Cf.:).

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *O direito e o futuro – o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.

³² FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2. jul./dez. p. 297-316, 2004.

³³ JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade Humana Princípio Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

³⁴ STRECK. Op. cit., p.89.

³⁵ VIEIRA, José Ribas. A Noção dos Princípios no Direito Público do Estado Democrático. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; Filho, Firly Nascimento. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 122-125.

Neste sentido, se faz mister salientar que esta nova hermenêutica constitucional originou algumas características importantes, entre elas o fato de elevar os princípios à categoria de normas e, desta forma, estes têm o poder de ordenar o arcabouço jurídico.³⁶

Ainda sobre este tema, é importante lembrar que, mesmo que o legislador desejasse, não conseguiria prever as muitas possibilidades de colisões que podem ocorrer em um caso concreto, pois caberá em cada caso ao Poder Judiciário interpretar e aplicar a norma.

Sobre o tema, o professor Lenio Streck³⁷ acentua que os princípios passam a ter um novo papel no sistema de interpretação da norma:

Os princípios passam a ter uma função antitética aos velhos princípios gerais de Direito; enquanto estes tinham a função de assegurar/incrementar o exercício da discricionariedade interpretativo-judicial, aqueles vêm para “fechar” as “possibilidades advindas da abertura semântica dos textos”, a partir da introdução do mundo prático no direito. Assim, se tanto o positivismo (em suas variadas faces) como o pós-positivismo aposta(va)m nos princípios, essa aposta acontece em polos opostos, isto é, de um lado, reforçando a delegação em favor dos postulados solipsistas, e, de outro, institucionalizando um (providencial) grau de autonomia para o direito, agora preocupado com o “mundo da vida”.

Apesar de ser a via judicial a mais comum na solução de conflitos, este também pode se dar pela via legislativa, em que o legislador pode prever situações de colisões de direitos fundamentais em caso concreto e ordenar regras de soluções para prováveis colisões.

Assim entendido, os princípios constitucionais estão na mais alta escala normativa, tornando-se, como destaca Gesta Leal,³⁸ a “norma das normas”.

É importante salientar a relevância deste conceito, uma vez que se os princípios são normas e têm aplicação efetiva, eles devem ser aplicados sempre que possível,³⁹ pois estes exprimem o espírito e o ideal que o texto constitucional

³⁶ VIEIRA. Op. cit., p. 45-61.

³⁷ STRECK. Op. cit., p. 91.

³⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 166.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 86.

pretende.⁴⁰ Para Steinmez,⁴¹ quando se tem uma colisão de direitos fundamentais na Constituição Federal surge o que o autor chama de casos difíceis ou duvidosos, uma vez que ambos estão em um mesmo nível hierárquico:

As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis e duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige sobre tudo a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação jus fundamental.

Quando se fala da evolução do sistema interpretativo, pode-se afirmar que ele acontece com maior ênfase nas doutrinas de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Este último confere ênfase ao que designou “colisão de direitos fundamentais”,⁴² estabelecendo um sistema interpretativo baseado na ponderação,⁴³ buscando relacionar os princípios em debate com o caso concreto, de forma a encontrar a regra mais justa de aplicação dos princípios ao fato jurídico.

Alexy, em sua obra, defende que a aplicabilidade dos princípios é realizável mediante a ponderação dos princípios na adequação ao caso concreto.

Para este autor, o principal critério que distingue uma regra de um princípio é o modo como eles se comportam quando estão em colisão. As regras estão vinculadas à subsunção e os princípios à ponderação.

Alexy identifica a ponderação como forma de aplicação privativa dos princípios, asseverando que se trata de dois lados do mesmo objeto, sendo um de caráter metodológico e outro de caráter teórico-normativo.

Afirma ainda o autor que quem efetua ponderações no Direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, basicamente, um litígio sobre a ponderação.⁴⁴

⁴⁰ QUARESMA, Regina e GUIMARÃES, Francisco de. Princípios Fundamentais e Garantias Constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; Filho, Firly Nascimento. Os Princípios da Constituição de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 383-408.

⁴¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 69.

⁴² ALEXY. Op. cit., p. 62.

⁴³ ALEXY. idem, p. 63.

⁴⁴ ALEXY. Ibidem, p. 64.

Importa salientar sobre a ponderação, que Dworkin afirma que as regras são aplicadas de maneira disjuntiva, enquanto os princípios são aplicados em uma dimensão de peso.

Porém, para outros autores a ponderação não se vincula exclusivamente aos princípios e podem ser aplicadas às regras e aos argumentos e razões relevantes para justificar uma decisão.⁴⁵

Existem doutrinadores que entendem que estes autores compreendem a ponderação em sentido muito mais amplo, como componente essencial a uma preleção que se almeja racional, e, por isso, acabam confundindo a ponderação com a interpretação jurídica.⁴⁶ Nesta discussão se faz importante trazer a afirmação de Canotilho⁴⁷ sobre o tema:

O balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflituantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito entre bens.

Conforme os ensinamentos de De Marco, quando se trata de direitos fundamentais em colisão os casos concretos devem ser resolvidos utilizando a lei do sopesamento, em que, quanto maior for o grau de afetação de um princípio, maior deverá ser o grau de satisfação do outro.⁴⁸

Neste sentido, é importante salientar, como afirmado por Steimnntz,⁴⁹ que a base fundamental para a eficácia dos direitos fundamentais está no princípio da supremacia da Constituição, uma vez que esta é a fonte direta e imediata de direitos fundamentais, e possui poder vinculante a todos, sejam estes públicos ou privados.

O autor afirma que o postulado da unidade material do ordenamento jurídico diz que os direitos fundamentais são integrantes do núcleo material da Constituição, possuindo, assim, uma função de unificação material do ordenamento jurídico.⁵⁰ É importante entender que a colisão de direitos fundamentais ocorre quando a

⁴⁵ Este é o posicionamento de Humberto Bergmann Ávila e Luís Prieto Sanchís.

⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

⁴⁸ DE MARCO. Op. cit., p. 257.

⁴⁹ STEINMETZ. Op. cit.

⁵⁰ Ibid.

Constituição ampara ou resguarda dois ou mais direitos que se encontram em contradição em um caso concreto.

Andrade⁵¹ afirma que ocorrem conflitos de direitos fundamentais sempre que a Constituição proteger dois valores ou bens em contradição concreta. Dessa forma, tem-se um conflito de bens jurídicos tutelados. “Haverá colisão ou conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta”. Assim, a colisão entre direitos decorre da proteção de vários direitos pelo mesmo documento.

Para Steinmetz⁵², os conflitos ocorrem quando:

[...] as normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisão in concreto.

Alexy apresenta a estrutura para a solução das colisões de direitos fundamentais com o uso do que ele chama de “lei da colisão”, que segundo este autor possui um papel fundamental em razão de evidenciar que o resultado da ponderação é o que necessita ser elemento da fundamentação.

Outro aspecto importante abordado por Alexy diz respeito à situação em que um princípio restringe a possibilidade de cumprimento do outro. Nesta situação, deve-se observar as conjunturas do caso concreto e, após, fundar uma relação de precedência condicionada⁵³ entre eles, ou seja, devem ser indicadas as condições indispensáveis para que um princípio seja aplicado em detrimento de outro.

É importante frisar que, segundo o Alexy, o princípio que tem precedência reduz as probabilidades de satisfação do princípio que não tem precedência. Porém, essa relação de precedência nem sempre é definitiva, pois, no caso concreto, as circunstâncias não são estáticas e podem ser alteradas conforme a situação fática, podendo inclusive ocasionar uma situação de inversão de precedência com a alteração das circunstâncias do momento.⁵⁴ As condições em que um princípio tem precedência sobre o outro são definidas tendo como parâmetro o peso dos princípios analisados no momento do julgamento. Para Alexy, devemos determinar o peso de cada princípio utilizando a seguinte equação: “O princípio P1 em um

⁵¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 220.

⁵² STEINMETZ. Op. cit., p. 63.

⁵³ A relação de precedência condicionada também pode ser denominada concreta ou relativa e é expressa pela seguinte fórmula: (P1 P P2)C, na qual P1 e P2 representam os princípios opostos e C representa as condições sobre as quais um princípio precede ao outro (Cf. ALEXY. Op. cit., p. 92-93).

⁵⁴ ALEXY. Op. cit., p. 162.

caso concreto, tem peso maior que o princípio P2, quando existem motivos suficientes para que o princípio P1 preceda a P2, sob as condições C dadas em um caso concreto.”⁵⁵

Dessa forma, Alexy conclui que, de um enunciado de preferência sobre uma relação de precedência condicionada, segue uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio que tem preferência quando se dão as condições de preferência.⁵⁶ Assim, Alexy formula a lei de colisão, que pode ser assim definida: “Se o princípio P1, dadas às circunstâncias C, precede o princípio P2 (P1 P P2), e se de P1, dadas as circunstâncias C resulta a consequência R, então vale uma regra que contém a C como pressuposto de fato e a R como consequência jurídica C→R.”⁵⁷ Isso quer dizer que a lei de colisão comprova que a observância das circunstâncias do caso concreto é condição essencial para a ponderação, não tendo, dessa forma, relação de precedência irrestrita entre os princípios, como afirmado anteriormente.

Embora criticado por alguns autores, Alexy afirma que a lei de colisão pode solucionar todas as colisões de direitos fundamentais possíveis, uma vez que ela trabalha com a preferência condicionada entre os princípios, fundamentada pela ponderação.

A seguir, será analisado se a aplicação da lei da colisão com fulcro na ponderação, ou seja, na teoria da proporcionalidade, poderá ser o instrumento para solução da colisão do conflito existente entre os direitos fundamentais a posse sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e a necessidade pública de geração de energia elétrica justamente nestas áreas, visando ao desenvolvimento do país.

4 A contribuição da teoria da proporcionalidade de Robert Alexy para a solução da colisão de direitos fundamentais

É importante frisar que para estudar e analisar a possibilidade da aplicação da teoria da proporcionalidade como uma ferramenta capaz de resolver a problemática do conflito entre os direitos fundamentais da ocupação das terras tradicionalmente dos indígenas e a geração de energia elétrica deve-se partir da premissa de que não existem direitos fundamentais absolutos.

⁵⁵ ALEXY. Op. cit. p. 163.

⁵⁶ ALEXY. Idem, p. 165.

⁵⁷ ALEXY. Ibid.

Os direitos fundamentais podem ser restringidos, desde que a limitação seja para proteger ou preservar outro valor constitucional. Neste caso concreto, tem-se um confronto direto entre direitos fundamentais. Logo, deve-se fazer à compatibilização entre eles, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, segundo Steinmetz,⁵⁸ por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

Isso permitirá harmonizá-los através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos – colisão com redução bilateral – ou de um deles apenas – colisão com redução unilateral –, se inviável a primeira providência.

Também neste sentido, ensina Rolim que:⁵⁹

Em alguns casos de colisão, a realização de um dos direitos fundamentais em confronto é reciprocamente excludente do exercício do outro. Nesta hipótese, o princípio da proporcionalidade indica qual o direito que, na situação concreta, está ameaçado de sofrer a lesão mais grave caso venha a ceder ao exercício do outro, e, por isso, merece prevalecer, excluindo a realização deste (colisão excludente).

Antes de iniciar esta análise deve-se lembrar da lição de Alexy em que o principal critério distintivo entre uma regra e um princípio é o modo como eles se comportam diante de uma colisão. Para o autor, as regras estão vinculadas à subsunção e aos princípios à ponderação.

O mesmo autor apresenta a ponderação como forma de aplicação exclusiva dos princípios. Para ele, são dois lados do mesmo objeto, sendo um de caráter metodológico e outro de caráter teórico-normativo.

Para Guerra Filho,⁶⁰ a essência e a destinação do princípio da proporcionalidade é a preservação dos direitos fundamentais, já que o que se busca é demonstrar a finalidade do princípio da proporcionalidade na ponderação entre direitos fundamentais.

Alexy afirma que quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica norma como princípio deve chegar à ponderação. Para o autor, o litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente um litígio sobre a ponderação.⁶¹

⁵⁸ STEIMNETZ. Op. cit., p. 99.

⁵⁹ ROLIM. Luciano Sampaio. Uma Visão Crítica do Princípio da Proporcionalidade. In: *Jusnavigandi*, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2858/uma-visao-critica-do-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 25 nov. 2016.

⁶⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

⁶¹ ALEXY. Robert. Op. cit. p. 64.

Por outro lado, alguns autores divergem deste entendimento, pois entendem que a ponderação não se vincula exclusivamente aos princípios, podendo, também, ser aplicadas às regras e aos argumentos e razões relevantes para justificar uma decisão.

Os autores divergentes compreendem a ponderação em sentido muito mais amplo, como elemento inerente a um discurso que se pretende racional, e, por isso, acabam confundindo a ponderação com a interpretação jurídica.

Essa é a posição, por exemplo, de Canotilho⁶², ao afirmar que:

O balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos a aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito entre bens.

Vale lembrar que o princípio da proporcionalidade surgiu no século XVIII, a partir da ideia de limitação do poder.⁶³

Já no século XIX, a ideia de proporcionalidade integrou no Direito Administrativo o princípio geral do direito de polícia, manifestando-se na necessidade de limitação legal da arbitrariedade do Poder Executivo.⁶⁴ Entretanto, tal princípio apenas foi elevado ao *status* constitucional no século XX, na Alemanha.⁶⁵

Para Sarmento, o princípio da proporcionalidade funciona como instrumento indispensável para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais.⁶⁶ Este autor conceitua o princípio da proporcionalidade como “uma poderosa ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos como os ditames da razão e da justiça”. Por essa razão, o princípio é chamado de limite dos limites.

Na busca de ilustrar o modo como as colisões ocorrem, Alexy cita como exemplo o caso da incapacidade processual, no qual a realização de audiência oral em desfavor de um acusado que corre perigo de sofrer um infarto gera um conflito entre o dever do Estado de garantir a efetiva aplicação do Direito Penal e a proteção à vida e à integridade do acusado. Nesta situação, a solução não

⁶² CANOTILHO. Op. cit., p.1162.

⁶³ PEÑALVA, Ernesto Pedraz. *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid: Akal/lure, 1990, p. 290.

⁶⁴ CANOTILHO. Op. cit., p. 386.

⁶⁵ STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 78.

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 77.

deve ser dada na dimensão da validade, como ocorre com as regras, mas sim na dimensão de peso, ou seja, através da ponderação dos interesses opostos no caso concreto.⁶⁷ Este é o raciocínio que será utilizado para solucionar o caso concreto de colisão entre os direitos fundamentais dos indígenas de ocupação das terras tradicionais e a necessidade pública de geração de energia.

Neste contexto, tem-se uma importante decisão de nossa Corte Suprema, no caso Raposa Serra do Sol, em que se percebe claramente a relevância do princípio da proporcionalidade, consagrado nos artigos 3º e 5º da Constituição Federal, em hipóteses como a presente, ante aos princípios e garantias fundamentais em colisão.

Sabe-se que a ponderação de resultados é um método de desenvolvimento do Direito, sendo que a elaboração do princípio da proporcionalidade surge justamente da racionalização de soluções concretas para o conflito de direitos e bens.

Paulo Bonavides⁶⁸ assevera que a relevância do princípio constitucional da proporcionalidade é marcada por uma lesão de direitos fundamentais com danos irreparáveis. Neste sentido, adverte:

O princípio da proporcionalidade não padece de lesão sem que ocorra dano irreparável à natureza e integridade do sistema constitucional. A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos.

A teoria da proporcionalidade é o instrumento através do qual se operacionaliza o método da ponderação entre os princípios que objetivam solucionar as colisões entre princípios.

O princípio da proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade, tampouco com o princípio da vedação ao excesso.

Para De Marco, toda a restrição, independente de qual lado dos direitos fundamentais colidentes, deverá ser analisada por meio do princípio da proporcionalidade, através do sopesamento dos bens e das relações que estiverem em análise.⁶⁹ A questão que se deve avaliar é como e em que grau se

⁶⁷ ALEXU. Op. cit., p. 89.

⁶⁸ BONAVIDES. Op. cit., p. 396.

⁶⁹ DE MARCO. Op. cit., p. 257.

pode justificar uma ponderação no Direito. Justificar significa estar em sintonia com a pauta valorativa no ordenamento jurídico.⁷⁰

A ponderação de bens ou balanceamento surge, segundo Streck,⁷¹ através da necessidade de encaixar o direito ao caso concreto, como meio de solucionar as tensões existentes entre bens juridicamente protegidos. Porém, segundo a concepção de Canotilho:⁷²

O método da ponderação de interesses é conhecido há muito tempo pela ciência jurídica. Nos últimos tempos, porém, a sua relevância tem sido, sobretudo, reconhecida no direito constitucional e no direito do planejamento urbanístico.

É importante observar que à solução do conflito através da ponderação, como afirmado por Alexy, deve ser aplicado o método tão logo se verifique o conflito, ou seja, quanto antes for aplicada a ponderação, melhor a solução.

Para Alexy,⁷³ a lei da ponderação afirma que “quanto maior é o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a satisfação do outro.”

Deve-se lembrar que o método da ponderação de bens, também conhecido como “balancing” há muito tempo vem sendo utilizado pelos juízes para resolver conflitos jurídicos. Como citado, o método consiste em um modelo de verificação aplicado a um caso concreto, na busca da solução de conflitos.

Para Steinmetz,⁷⁴ “a procedência do princípio não é recente, surgiu no Direito Administrativo de polícia prussiano, no século XIX, estendendo-se, em seguida, para todo o Direito Administrativo e, finalmente, para o Direito Público em geral.” Os princípios, *prima facie*, possuem sempre pesos relativos e a necessidade de aperfeiçoar as possibilidades jurídicas, pois eles só podem ser restringidos à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para a aplicação do outro.⁷⁵

Deve-se advertir ainda que a lei da ponderação tem dois períodos: primeiramente, ela importa a satisfação do outro princípio; no segundo período, existe a formulação de um mandado, que se expressa através de regras.⁷⁶

⁷⁰ STTUM. Op. cit., p. 80.

⁷¹ STRECK. Op. cit., p. 445.

⁷² CANOTILHO. Op. cit., p. 1.109.

⁷³ ALEXY. Op. cit., p. 161.

⁷⁴ STEINMETZ. Op. cit., p. 150.

⁷⁵ STTUM. Op. cit., p. 81.

⁷⁶ ALEXY. Op. cit., p. 162.

Conforme leciona Alexy, a ponderação não é um procedimento abstrato ou geral,⁷⁷ mas sim, um trabalho de otimização que atende ao princípio da concordância prática.⁷⁸

A proporcionalidade exige uma análise das vantagens e desvantagens que a medida trará. Deve ser respondida a seguinte pergunta para verificar a presença da proporcionalidade: o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes do que os que a medida buscou preservar?

Esta pergunta será solucionada realizando-se um exercício de balanceamento ou de ponderação, através do qual o jurista deverá levar em consideração todos os interesses em questão com o objetivo de encontrar uma solução constitucionalmente adequada, embasada em uma argumentação firme, coerente e convincente.

Outro ponto importante citado por Alexy relativo à lei da ponderação diz respeito ao fato de que esta deve ser fundamentada racionalmente, se for o caso, deve-se eliminar a irracionalidade da Constituição.⁷⁹

No que se refere ao Direito pátrio, não se tem uma regra expressa a respeito desse princípio, uma vez que a doutrina brasileira⁸⁰ reporta e comunga com a tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade.

Isto quer dizer que qualquer decisão deve obedecer a uma equanimidade, ou seja, tem que haver, por exemplo, uma justa proporção entre as penas do Direito Penal ou, outro exemplo, uma lei não pode ser “de ocasião” ou de “conveniência”, entre outros tantos exemplos que poderíamos citar.

Ademais, é importante citar que não existe um modelo, uma forma ideal para a aplicação do princípio da proporcionalidade. Ele sempre vai estar ligado à proteção de forma igualitária dos direitos fundamentais.

Dito isso, está claro que a proporcionalidade também deve ser aplicada na questão indígena. No caso em apreço, em que se busca a solução da colisão dos direitos fundamentais da posse indígena das terras que tradicionalmente ocupam e a necessidade pública de geração de energia elétrica para o desenvolvimento do país, a aplicação deste princípio é imprescindível.

Uma vez que o ato do Estado, via Administração Pública, afronta outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, resta muito claro que deverá haver uma interpretação integrada das normas constitucionais.

Neste sentido, ensina Lenio Luiz Streck que:⁸¹

⁷⁷ ALEXY. Op. cit., p. 166.

⁷⁸ Ibidem, p. 167.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ BONAVIDES. Op. cit., p. 319.

⁸¹ STRECK. Op. cit., p. 538.

A relevância na luta pela implementação dos textos constitucionais, nos países que os reconhecem como, Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, Brasil, dos princípios como o da concordância prática ou da harmonização, da conformidade funcional ou justiça e da força normativa da Constituição.

Deve-se lembrar que no caso em estudo o administrador público deve pautar suas ações sempre visando ao interesse público, bem como o legislador somente poderá impor restrições a direitos fundamentais que guardem relação de pertinência e adequação com o interesse público protegido.

Nestes casos, a colisão ou conflito está presente, uma vez que a Constituição protege simultaneamente dois direitos, ou bens, em contradição direta e concreta. O enigma está em como resolver este conflito, uma vez que ambos os direitos fundamentais estão protegidos pela Constituição Federal. Neste caso, não podemos adotar o critério de ordem hierárquica constitucional.

Como citado por Andrade, não se pode sempre constituir uma hierarquia entre os bens para sacrificar os que julgamos de menor importância.⁸²

Sendo assim, como resolver esta questão? Deve-se entender que a saída para a solução de um conflito entre princípios deverá sempre levar em consideração o respeito à proteção constitucional de ambos os direitos fundamentais colidentes, buscando a solução no próprio texto constitucional.⁸³ Em outras palavras, o que se deve buscar é a harmonização dos princípios divergentes. Neste sentido, o princípio da proporcionalidade é um instrumento fundamental para garantir a preservação dos direitos fundamentais colidentes.

Através da utilização do instituto da proporcionalidade, o Poder Judiciário tem o dever de adequar a lei ao caso concreto, sempre respeitando as garantias constitucionais. Desta forma, poderá decidir caso a caso, analisando cada situação concretamente, com suas nuances. No assunto desta pesquisa, deveria decidir qual dos direitos fundamentais prevaleceria no caso concreto entre o direito fundamental à posse indígena sobre as terras que tradicionalmente ocupam ou a necessidade pública de geração de energia elétrica para o desenvolvimento do país.

⁸² ANDRADE. Op. cit., p. 222.

⁸³ Ibid.

5 Considerações finais

Ao longo desta pesquisa pôde-se verificar que os princípios de direitos fundamentais têm como elemento basilar a dignidade da pessoa humana e produzem eficácia nas relações entre o Estado e os particulares (relação vertical), e mesmo entre particulares e particulares (relação horizontal), especialmente no que tange às relações acerca do uso dos recursos hídricos para geração de energia elétrica, posto que os direitos fundamentais como expressão da dignidade humana atuam como elementos de concretização dessa dignidade sempre que ocorrer a sua violação.

Deste modo, viu-se a importância da aplicação e adoção da teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais constante do sistema jurídico brasileiro no que tange à resolução de conflitos nesta relação, uma vez que, embora o direito de uso dos recursos hídricos seja concedido pelo Estado a particulares, esta concessão é temporária e o Estado é quem detém o interesse na geração de energia.

Contudo, percebeu-se a complexidade que a implantação de usinas hidrelétricas dentro de reservas indígenas brasileiras possui, pois acarreta a colisão entre o direito fundamental dos povos originários às terras que tradicionalmente ocupam e o direito à uma vida digna que a geração de energia elétrica traz para todo o povo brasileiro. Qualquer caminho simples que se busque adotar para equalizar este conflito pode acarretar a própria negação de um dos importantes direitos envolvidos, razão pela qual entende-se que uma solução justa somente pode ser alcançada pela ponderação dos direitos envolvidos que nos leve a uma resposta em que a eventual preponderância de um direito sobre o outro não resulte na negação ou anulação, devendo ser realizada com a menor interferência possível no direito que será relativizado.

Nesse sentido, a proposta apresentada por Robert Alexy mostra o caminho para se chegar a uma solução mais precisa, utilizando a técnica da ponderação, pois, além de otimizar as soluções jurídicas, possui a função de hermenêutica pragmática de ponderação de valores legítimos, racionalizando a realização do texto constitucional.

Utilizando o princípio da proporcionalidade o intérprete obtém a adequada compreensão da dimensão da proteção que nossa Carta Magna atribuiu às áreas tradicionalmente ocupadas por indígenas e que serão afetadas pelos empreendimentos hidrelétricos visando ao resguardo e à manutenção das garantias fundamentais.

A técnica da ponderação e a aplicação do princípio da proporcionalidade mostra-se importante instrumento de solução justa para o conflito entre os direitos fundamentais dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam e a realização

da dignidade humana, através dos benefícios que a geração de energia proporciona a toda a população. Este método é um instituto à disposição do Judiciário para que faça um controle das atividades restritivas a direitos fundamentais em um caso concreto, atuando na esfera de impedimento das violações constitucionais, garantindo, assim, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Rights colision, proportionality and the complex reality of exploitation of water resources for generation of electric energy on lands traditionally occupied by indigenous people

Abstract: This paper aims to discuss the right of indigenous communities to the lands they traditionally occupy, given the public need to generate hydroelectric power in these areas. For this, it is defended in the context of this research that the right of Indians to the lands that traditionally occupy is a fundamental collective right and that the generation of electrical energy constitutes one of the forms of realization of the human dignity today. In this context, it is evident that the need to build hydroelectric power plants in indigenous lands entails a collision of fundamental rights, where, on the one hand, one has the right to a dignified life, achieved by the benefits that the generation of energy provides to the entire population and, on the other hand, the right to own land traditionally occupied by indigenous communities. It discusses the complexity of the problem that this collision entails and analyzes the usefulness of Robert Alexy's weighting method for a fair and proportional solution in resolving this conflict.

Keywords: Human rights. Fundamental rights. Dignity of the human person. Indigenous rights. Theories of justice.

Summary: **1** Introduction – **2** The indigenous fundamental rights to the lands traditionally occupied – **3** The complex and problematic situation of collision between fundamental rights – **4** The contribution of the Robert Alexy theory of proportionality for the solution of collision between fundamental rights – **5** Final considerations – References

Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ANAYA, James. Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources. In: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, v. 22, n. 1, p. 7-17, 2005.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. (Org.) *A realização e a proteção dos direitos humanos fundamentais – Desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed: Unoesc, 2011.

- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CALEFI, Paula. Identidade indígena e direitos humanos: o que é ser índio hoje?. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. (Org.) *A realização e a proteção dos direitos humanos fundamentais – Desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed: Unoesc, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 17, n. 67, p. 214-243, abr./jun. 2009.
- DE MARCO, Crithian. Elementos Sobre a Autonomia Privada e sua Relação com o Mínimo Existencial na Teoria dos Direitos Fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. (Org.) *A realização e a proteção Internacional dos direitos humanos fundamentais – Desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed: Unoesc, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2. jul./dez. p. 297-316, 2004.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.
- GOMES, M.F; FREITAS, F.O. Direitos Fundamentais e Dignidade Humana. In: *Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8404. Acesso em: 20 ago. 2017.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. Constitución y derechos fundamentales. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México D.F., ano XVIII, n. 84, set./dez. 1995. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/84/art/art5.htm>. Acesso em: 21 jun. 2016.
- JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade Humana Princípio Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

- KRELL, Andreas. Controle judicial dos servidores públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- PEÑALVA, Ernesto Pedraz. *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid: Akal/lure, 1990.
- ROLIM, Luciano Sampaio. Uma Visão Crítica do Princípio da Proporcionalidade. In: *Jusnavegandi*, 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2858/uma-visao-critica-do-principio-da-proportionalidade>. Acesso em: 25 nov. 2016.
- QUARESMA, Regina e GUIMARÃES, Francisco de. Princípios Fundamentais e Garantias Constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; Filho, Firly Nascimento. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SANTILLI, Juliana. A Proteção Jurídica às Terras Indígenas e a seus Recursos Naturais. In: KASBURG, Carola; GRAMKOW, Márcia Maria (Org.). *Demarcando Terras Indígenas: Experiências e Desafios de um Projeto de Parceria*. FUNAI; GTZ; PPTAL, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2005.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *O direito e o futuro – o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- VIEIRA, José Ribas. A Noção dos Princípios no Direito Público do Estado Democrático. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; Filho, Firly Nascimento. *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- WIESSNER, Siegfried; LENZERINI, Federico. *International Law Association The Hague Conference (2010). Rights of Indigenous Peoples*. Thu-Dez., 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Os novos Direitos no Brasil: Natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NUNES, Edson Antônio Baptista; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Colisão de direitos, proporcionalidade e a complexa realidade da exploração de recursos hídricos para geração de energia elétrica nas terras tradicionalmente ocupadas por indígenas. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 13, n. 40, p. 173-198, jan./jun. 2019.

Recebido em: 05.06.2018

Pareceres: 14.10.2018, 15.10.2018 e 22.02.2019

Aceito para publicação: 26.02.2019