A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: HÁ COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: IS THERE COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS?

THIAGO FELIPE S. AVANCI*

Recebido para publicação em novembro de 2010.

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar os pressupostos estruturantes da teoria da colisão de Direitos Fundamentais. Por meio desta análise, observar-se-á falhas que, teóricas e concretas, remetem a teoria da colisão a um caminho distinto daquele a que se propôs. Assim, lança-se fundamentos teóricos para a construção de um pensamento linear que, mercê do reconhecimento das falhas da teoria da colisão, busque novas soluções que atinjam com a máxima efetividade a proteção dos Direitos Fundamentais: a teoria da não colisão de Direitos Fundamentais. Finalmente, serão apresentados casos julgados, analisados à luz da teoria da colisão e a luz da teoria da não colisão, efetivamente demonstrando o funcionamento de uma e de outra.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; colisão; teoria da colisão; teoria da não colisão.

Abstract: The subjective of this paper it is the analysis of the structural assumptions of the theory of collision of Fundamental Rights. Through this analysis, it is possible to note some theoretical and practical fails, which effectively projects the theory of collision of rights through a distinct direction. Constructing, indeed, a linear thinking from that pointed failures, it is possible to establish theoretical basis to achieve maximum effectiveness for the protection of Fundamental Rights: it is the theory of non-collision of Fundamental Rights. Finally, shall be presented precedents, analyzed thus the theory of collision and thus the theory of non-collision, demonstrating the operation of one and another.

Key-words: Fundamental Rights; collision; theory of collision; theory of non-collision.

Introdução

Em determinadas peculiares e individuais situações, dois ou mais interesses que possuíam bens jurídicos correspondentes protegidos por Direitos chamados Fundamentais efetivamente se opunham, um em relação ao outro. Buscou-se, em uma construção teórica, um mecanismo que ajudasse a entender esta inter-relação entre Direitos Fundamentais. Eis que a teoria da colisão foi uma pontificação construída como instrumento que explicasse, justificasse e garantisse uma máxima efetividade desta classe especial de direitos.

Apesar dos significativos avanços propostos pela teoria da colisão, este estudo se proporá a oferecer um novo enfoque construído a partir desta teoria consagrada no mundo jurídico, desde o pós-guerra. Para que esta nova construção, proposta neste estudo, seja bem sucedida, é necessário a compreensão dos pressupostos que envolvem a sua matriz.

* Advogado militante. Mestrando em Direito (concentrado em ambiental) pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), bolsista CAPES/MEC. Professor de Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado da Associação de Ensino de Ribeirão Preto (UNAERP). Professor de sustentabilidade e meio ambiente do programa de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário Monte Serrat (UNIMONTE). Membro, dentre outros, do Grupo de Estudo Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.

Antes, no entanto, do estudo dos pressupostos acima aludidos, em um primeiro momento, deve-se atentar, ainda que superficialmente, ao conceito que servirá de base para uma melhor compreensão da finalidade da teoria da colisão de Direitos Fundamentais e, por óbvio, de um exame de constatação se efetivamente há o cumprimento desta finalidade. O conceito necessário a ser compreendido é o de Direito Fundamental. Há uma dificultosa conceituação deste instituto jurídico, mas, mercê da observação de alguns pontos comuns de conceitos fornecidos por diversos autores[1], pode-se afirmar com relativa tranquilidade que são direitos subjetivos e suas garantias, constitucionalmente previstos – ou em posição hierárquica normativa equivalente –, cujo sujeito ativo é um individuo ou um conjunto de indivíduos e cujo sujeito passivo poderá ser o Estado ou o indivíduo, que tenham como objetivo a realização imediata da Dignidade Humana[2].

[1] Ferrajoli preleciona que Direitos Fundamentais são direitos subjetivos "cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de propriedade aos direitos de crédito -, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a 'todos' em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão" (2002, p. 727) Ainda cf. Ferrajoli: "[...] son 'derechos fundamentales' todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas com capacidad de obrar[...]" (2009, p.19). Sob outra perspectiva, Mendes define Direitos Fundamentais como sendo, "um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva". Assim, enquanto direitos subjetivos, outorgariam aos sujeitos de direito a possibilidade de imposição de seus interesses em face aos órgãos obrigados; por outro lado, enquanto elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva "os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueloutros, concebidos como garantias individuais – forma a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático" (MENDES, Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos Significados na ordem constitucional, passim). Ainda em sede de conceituação, Müller afirma que os "direitos fundamentais são garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias, individuais e sociais" (1969, p. 11 apud ALEXY, 2009, p. 78). Afirma, ainda, que o âmbito material é transformado em âmbito normativo pelo reconhecimento constitucional e da garantia de liberdade no campo da prescrição normativa. E, pautado neste entendimento, Alexy oferece seu conceito de Direitos Fundamentais como sendo aqueles direitos subjetivos provenientes de um enunciado normativo de Direito Fundamental inserido no texto constitucional (2009, p. 65).

[2] No que diz respeito à Dignidade Humana, deve ser ela compreendida não sob um prisma meramente ético valorativo, mas sim valorativo fático. Dentro de uma ideia mais positivada de Direito, o valor fático, relativamente menos maleável e mutável do que o valor de cariz subjetivo inato ao valor ético, tende a uma estabilidade e uniformidade conceitual. A característica fática (fornecedora do valor fático) que compreende o conceito de Dignidade Humana talvez possa ser encontrada na sua capacidade de autodeterminação, ou seja, na capacidade de se reger pelas próprias leis, decorrente, pois, de seu livre árbitro e racionalidade. Kant foi o primeiro a dar concretude jurídica (mais aproximado ao Direito hodierno) ao conceito de Dignidade Humana com a necessária profundidade, afirmando que "a ideia da dignidade de um ser racional [...] não obedece a nenhuma outra lei que não seja, ao mesmo tempo, instituída por ele próprio" (e-book, <http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>). Abbagnano (1982), reconhecido também no texto de Garcia, opera conceito pela fórmula categórica de Kant para a Dignidade Humana: "Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como fim e nunca unicamente como um meio" (Abbagnano, 1982) (GARCIA, 2004, p. 196/197, nota 101). Este pensamento reforça a ideia da infungibilidade da Dignidade Humana e de como é colocada "infinitamente acima de todo preço, com o qual não pode ser nem avaliada nem confrontada, sem que de algum modo se lese sua santidade" (Kant, e-book, <http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>).

Erigida a forma de compreensão de Direitos Fundamentais sobre a qual este estudo irá se dedicar, feita, repita-se, de forma superficial (e por isto explorada apenas a Introdução) passa-se a analisar a teoria da colisão e seus pressupostos.

A Teoria da Colisão

Primeiramente, de se destacar importante diferença entre colisão e conflito entre direitos. Conflito é um evento que comumente ocorre entre duas normas distintas, que se resolve pela observância dos preceitos: *lex major derogat minorem*, *lex posterior derogat priori*, *lex specialis derogat legi generali*[3].

Abstraia-se um plano tridimensional, com as grandezas x, y e z indicando altura, largura e profundidade. Neste plano, há dois objetos parados em relação ao plano: 'a' situado em 1x, 1y e 1z; e 'b' situado em 2x, 2y e 2z. Por algum motivo, o objeto 'a' desloca-se em direção às coordenadas 2x, 2y e 2z, local em que ainda está o objeto 'b'. Assumindo que, com base no Princípio da exclusão de Pauli, dois corpos não podem ocupar o mesmo local ao mesmo tempo sem que haja alteração em ao menos um dos corpos, no momento 't' em que o objeto 'a' tocar o objeto 'b', uma série de possibilidades podem ocorrer. É necessário trazer a lume que para ocorrer uma colisão no instante 't', um dos objetos ou os dois objetos devem iniciar movimento cujas trajetórias acabem por se interseccionar, ou seja, dois corpos queiram ocupar um mesmo espaço no mesmo tempo. Nas palavras de Canotilho, "considera-se existir uma colisão autêntica entre direitos [...] quando o exercício de um direito [...] por parte do seu titular colide com o exercício do direito [...] por parte de outro titular" (2003, p. 1191).

Após a colisão, haverá uma disputa na preponderância entre os objetos que pode resultar: em supremacia, maior ou menor, de um ou de outro objeto; em equilíbrio entre os objetos; ou talvez até mesmo a criação de um novo objeto.

A teoria da colisão dos Direitos Fundamentais foi pensada no pós-guerra europeu, em que se procurou justificar, em determinadas situações específicas, a preponderância de um Direito Fundamental sobre outro Direito Fundamental, sem que houvesse o esvaziamento total do Direito Fundamental "preterido", sendo mantido, pois, um chamado "núcleo

[3] Nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil, DeL. 4.657/42, "Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1o A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2o A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3o Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência."

essencial". Neste sentido, por meio da ADIn 3.540 julgada no Supremo Tribunal Federal, foi questionada a constitucionalidade da utilização de Medida Provisória para alteração do Código Florestal, no que tange ao seu art. 4º, as áreas de preservação permanente. No curso do voto, o relator Min. Celso de Mello afirmou que uma colisão entre Direitos Fundamentais não configura em esvaziamento de seus conteúdos:

> Isso significa, portanto, Senhor Presidente, que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, 'nhic et nunc', em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto - tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos [...], a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente.
> Essa asserção torna certo, portanto, que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente - tal como adverte PAULO DE BESSA ANTUNES ("Direito Ambiental", p. 63, item n. 2.1, 7a ed. , 2004, Lumen Júris) - que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a " defesa do melo ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laborai, consoante ressalta o magistério doutrinário (CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, "Curso de Direito Ambiental Brasileiro", p. 20/23, item n. 4, 6a ed. , 2005, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Direito Ambiental Constitucional", p. 21/24, itens ns. 2 e 3, 4â ed./2a tir., 2003, Malheiros; JOSÉ ROBERTO MARQUES, "Meio Ambiente Urbano", p. 42/54, item n. 4. 2005, Forense Universitária, v.g.)." (STF ADI 3540 MC / DF - Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/09/2005)

Além deste "núcleo essencial" que a teoria da colisão afirma buscar proteger, mister entender, também, alguns postulados que Alexy formulou a partir das construções de Dworkin (2002), designando uma chamada teoria qualitativa de distinção de normas. Primeiramente, há uma necessária distinção entre princípios e regras. Alexy (2009, p. 94 e ss.) entende que princípios são mandamentos de otimização, tendo, pois, aplicação *prima facie* ao caso concreto. Isto significa dizer que um Princípio de Direito deve ser aplicado na máxima medida possível. Por outro lado, regras possuem caráter definitivo, ou seja, tem em seu bojo pré-determinado um fazer ou não fazer, invariável. Em função desta flexibilidade dos princípios e rigidez das regras, duas situações se delineiam: para aplicação de regras, deverá haver perfeita subsunção ao caso concreto. Ou uma regra é aplicada ou não o é, sendo o resultado a

supremacia absoluta tão somente de uma das regras; nos princípios, atendendo à sua aplicação *prima facie*, a colisão será solucionada pelo julgador, observadas as condições do caso concreto. Assim, um princípio será aplicado mais precipuamente do que outro em função de uma condição específica[4].

Em suma, é necessário se ter em mente para a existência de uma colisão, deve haver a interseção de trajetórias destes bens jurídicos protegidos pelas normas de Direito Fundamental. E que a colisão resulta em uma disputa de preponderância entre normas de Direitos Fundamentais. E, após a disputa de preponderâncias entre as normas aplicadas de Direitos Fundamentais, não haveria o pleno esvaziamento do Direito "perdedor", já que resguardado seu "núcleo essencial". Estes três postulados serão questionados.

Há colisão entre Direitos Fundamentais?

Deve-se observar, primeiramente, que mesmo a luz da teoria da colisão, a situação de colisão entre Direitos Fundamentais é excepcional. Ferrajoli pondera que entre Direitos Fundamentais deve haver uma máxima compatibilidade entre si. Admite as colisões em raras exceções, como, por exemplo, a da liberdade de expressão diante do direito à privacidade, da liberdade de associação e do direito de greve frente aos demais direitos fundamentais (Cf. FERRAJOLI, 2009, p. 351 e ss).

Se observado o Direito em uma visão unipolar, com o objetivo primário de realizar Dignidade Humana, tem-se que cada Direito Fundamental caminha como uma reta em um feixe de retas paralelas ou raias em uma piscina. Cada reta representa, assim, um determinado direito subjetivo ou obrigação limítrofe com a seguinte. Se as retas caminham em um único sentido, para a Dignidade Humana, e possuem um único destinatário, o ser humano, serão sempre paralelos, de maneira que não haverá interseção de trajetórias e consequente colisão entre direitos.

O que limita um Direito não é uma colisão, mas simplesmente uma fronteira harmônica, tal e qual deve ser o Direito. Interesses entre as partes envolvidas em uma situação, ou seja, as relações humanas são, por si só, conflituosas e colidentes. Cabe ao Direito, dentro de cada situação individual em que for requisitado o *juris dictio*, aplicar a melhor ou melhores retas – os direitos abstratos aplicáveis ao caso individual – com objetivo de dirimir aquela situação

[4] Em verdade, o cerne da teoria da otimização de Alexy é justamente a aplicação com o mínimo de conflito entre os princípios, otimizando, assim, seu uso, o que mostra uma tendência de reconhecimento de que os conflitos são contraproducentes ao Direito.

social conflituosa. Se um direito é, ao mesmo tempo, limitado pelo seu sucessor e limitador de seu antecessor, não há colisão. Se assim não fosse, haveria situação irônica: uma colisão de interesses de indivíduos seria resolvida por uma colisão de direitos.

Os direitos subjetivos e obrigações em si não tem ânimo colidente, pois congregam um mesmo objeto e servem um mesmo sujeito. Os interesses sociais que o Direito tenciona resolver, de outra sorte, são colidentes e conflituosos. Cabe ao Direito solucionar, em situação fática individual, qual interesse é assistido por um direito subjetivo e qual interesse não o é. Se um interesse é assistido por um direito, deverá prevalecer sobre o interesse que não o é. Ocorre, assim, a subsunção de um Direito Fundamental ao caso individual.

Além desta premissa, questiona-se se, por meio da Teoria da Colisão efetivamente haveria manutenção de um "núcleo essencial" do Direito Fundamental. Apesar de o contrário ser afirmado pelos defensores da teoria da colisão, no caso concreto e individual, haverá sim o pleno esvaziamento de um Direito Fundamental em detrimento do outro Direito Fundamental. Em outras palavras, em uma situação concreta e individual julgada, um Direito Fundamental é plenamente reconhecido àquela determinada situação e outro Direito Fundamental não é reconhecido àquela determinada situação. Não seria isso um exame de subsunção? Apesar dos esforços em se afirmar que o "núcleo essencial" do Direito Fundamental "perdedor" estaria mantido intacto, naquela determinada situação julgada, ao que parece, houve um esvaziamento total do referido Direito. A colisão, em resumo, será sempre de interesses e nunca de direitos.

A resolução de conflitos e colisão de interesses

Em um pensamento positivo clássico, seria irrelevante um aprofundamento no estudo da teoria qualitativa de distinção de normas uma vez que todo o ordenamento jurídico deve ser analisado conjuntamente. Bem assim, todas as normas têm o que Alexy chamaria de aplicação *prima facie*, sejam elas regras ou princípios[5]. O que irá determinar a existência de um determinado direito para um caso concreto é a subsunção, fato que, repita-se, não exclui a aplicação *prima facie* das demais normas do Direito. Ademais, seria necessário um processo muito complexo para identificação de um princípio ou de uma regra, processo este passível de subjetivismos, o que se procura afastar para fins de manutenção da linha guia deste estudo.

[5] Esta dicotomia que Alexy e Dworkin preconizam tem mais sentido quando, a partir de um postulado pós-positivista em antítese à Kelsen, passa-se a compreender o Direito contendo normas que implicam, ou não, em sanção pelo seu descumprimento.

Um direito, em dimensão ampla, deve ser observado segundo uma dicotomia abstrata e concreta. Em seu caráter abstrato, o direito decorre de uma aplicação *prima facie* de todas as normas, situação em que todos os sujeitos possuem direito em relação a tudo o que a norma lhes concede. No direito em abstrato não há colisão entre direitos uma vez que há uma limitação harmônica internormas e, por conseguinte, interdireitos. Esta limitação harmônica decorre do fato de que todas as normas objetivam, mediata ou imediatamente, um único objetivo, a realização da Dignidade Humana. Não obstante, decorre, ainda, do igual fato de não haver caso concreto à sua aplicação, o que já é reconhecido pela doutrina inclusive de Alexy, Ferrajoli, Canotilho e outros. De outra sorte, o direito em seu caráter concreto é determinado pelo fenômeno da subsunção, em que a norma determina um direito por conta da existência de um fato, e não somente pela sua aplicação *prima facie*[6]. Será, pois, tarefa do julgador constatar, para o caso concreto em litígio, fazendo uso da subsunção, quem efetivamente detém o direito e quem detém apenas um interesse pessoal contrário ao direito (em função de não ter ocorrido subsunção). Por força do fenômeno binário que é a subsunção, apenas um terá o efetivo direito e o outro terá apenas um interesse, não havendo, assim, igualmente, colisão entre direitos.

Naturalmente, direito em abstrato e direito em concreto não são colidentes por constituírem espécies jurídicas distintas e situam-se em planos separados. Da mesma forma como na matemática, é impossível somar ou subtrair números com letras ou diferentes letras entre si. O direito em abstrato gerado por normas aplicadas *prima facie* deve ter como parâmetro a limitação de outros direitos abstratos decorrentes de outras normas aplicadas da mesma forma. Por outro lado, o direito em concreto deverá ser aplicado por meio da constatação da posição geográfica do fato controvertido no plano do feixe hipotético de raias paralelas, cada qual representando um direito em abstrato.

Se todos possuem um direito abstrato, a controvérsia cinge-se ao direto em concreto. Caberá ao julgador a constatação de quem é o detentor do direito no caso concreto e quem sustém um simples interesse. Para esta constatação, caberá ao julgador a observância dos exatos limites do direito em abstrato que definirão uma perfeita subsunção com o caso concreto. Desta feita, tem-se que somente é possível a observância dos exatos limites do direito em abstrato mercê da aplicação *prima facie* das normas e de sua não colisão. Assim,

[6] É impreterível ter-se em mente que a solução de conflito de interesses pressupõe – o óbvio –um conflito de interesses. Se uma das partes reconhece o direito da outra, *sponte proprie*, pela letra da lei, não há conflito de interesses.

cabe ao julgador conhecer a intenção da norma alvo da controvérsia bem como as normas que a rodeiam e suas respectivas intenções; cabe-lhe exercitar a jurisdição tomando como base uma análise global das normas, aplicando, hierarquicamente, os Direitos Fundamentais, o texto Constitucional seguido das demais normas infraconstitucionais.

Trata-se, pois, de uma aplicação extensiva do princípio da unidade da Constituição, relativo à sua interpretação, já observado por Canotilho (2003) como meio de obrigar "o interprete a considerar a Constituição em sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão". O ordenamento jurídico necessita ser compreendido como um todo, mediante uma aplicação extensiva e intrusiva das normas da Constituição, partindo-se do fato que são o ápice da pirâmide hierárquica normativa do Direito. Em verdade, os próprios Direitos Fundamentais têm prevalências sobre as demais normas de Direito porque a Constituição assim o definiu.

Para a constatação do direito, segundo o ideário positivo, o julgador não irá se valer de axiologia, mas sim de análise sistemática e meticulosa do ordenamento jurídico, decidindo, dentro de uma discricionariedade autorizada e limitada pela análise do conjunto normativo, quem é o detentor do direito subjetivo. Mesmo Alexy, em tendência notadamente neoconstitucionalista, afirma que não se pode dizer o que são Direitos Fundamentais pela leitura do texto constitucional, mas sim pela leitura da jurisprudência do tribunal constitucional: os Direitos Fundamentais são o que são em função da interpretação (2009, p. 554). Reitera-se ponto inicialmente afirmado, que sustenta o pensamento positivo: há campos comuns entre Direito e Ética, porém, embora comuns, cada campo deve se sustentar em sua própria ciência.

Assim, nesta meticulosa análise de cunho interpretativo-discricionário, o julgador irá constatar sobre qual direito houve a subsunção daquela situação fática. Rememorando o exemplo dos diversos direitos serem feixes paralelos entre si, caberá ao julgador perceber sob o facho de qual direito aquela determinada situação fática irá se iluminar. Padilha lança interessante olhar sobre a questão, por meio da pontificação de Hart e de Dworkin sobre o conflito nos "casos difíceis", ao afirmar que

> [...] Para ser racional, o discurso decisório tem que estar aberto à possibilidade de questionamento, pelo qual cabe, nos limites da presente pesquisa, perquirir quanto à hipótese de, em uma decisão racionalmente fundamentada, identificar-se sempre uma única resposta correta. [...] Existe uma única resposta certa em casos difíceis? Mesmo que, aparentemente, não exista nenhuma resposta certa para uma questão de direito, premido pelo princípio da obrigação da prestação da tutela jurisdicional, o juiz deverá

> buscar a resposta correta (justa), mesmo que esteja cercado de dúvidas sobre qual seja esta resposta. (2006, p. 90).

Bem assim, na Teoria da colisão de Direitos Fundamentais haveria um exame de preponderância entre um Direito Fundamental colidente com outro Direito Fundamental e, ainda sim somente caberia uma única resposta correta. Após este exame de preponderância, um daqueles Direitos Fundamentais colidentes seria considerado "mais importante" à luz daquela situação fática em detrimento do outro Direito Fundamental considerado "perdedor". No entanto, apesar de naquela situação fática se reconhecer a aplicação do Direito Fundamental "vencedor", foi pontificado que o Direito Fundamental "perdedor" não sofreria um esvaziamento completo em virtude de seu "núcleo essencial". O que se tem, entrementes, é que naquela situação fática e individual houve sim um pleno esvaziamento do Direito Fundamental perdedor, em que pese se afirmar que seu "núcleo essencial" está intacto.

Em uma análise fria da teoria da colisão, poder-se-ia afirmar que mesmo segundo esta teorização, ocorre a subsunção de norma de Direito Fundamental em detrimento de outra, já que o "núcleo essencial" que deveria ser mantido, no caso individual e específico, não é dotado de qualquer utilidade naquele caso fático e individual. Em outras palavras, estabelecendo-se um paralelo entre a Teorização da Colisão e a Teorização da Não Colisão, o chamado "núcleo essencial" seria o Direito Fundamental *in abstracto*, como, da mesma forma, o exame de preponderância seria, na verdade, a subsunção da norma de Direito Fundamental no caso concreto revelando os limites do Direito Fundamental in concreto.

Indo além, tendo em vista a possibilidade de uma única resposta correta para um "caso difícil" à luz da teoria da colisão, pode-se chegar ao pensamento de que tal se aproxima em muito com a construção desenvolvida em um exame de subsunção normativa, em que também somente há uma única resposta possível. A diferenciação, evidentemente, da teoria da colisão com a teoria da não colisão reside na utilização de valores subjetivos (cf. PADILHA, 2006, p. 96) por parte do julgador, ao passo que naqueloutra se utilizaria a exegese normativa e, secundariamente, valores fáticos. E, neste sentido, Padilha volta a reconhecer e afirmar a que se "as decisões a respeito de vários princípios foram deixadas a cargo dos juízes [...] se está agindo dentro da legalidade, muito embora se corra o risco de os juízes fazerem escolhas erradas" (2006, p. 105), o que ocorreria mercê da discricionariedade outorgada pela liberdade interpretativa dos princípios. Isto revela que há uma grande preocupação por parte da teoria

da colisão no sentido de se julgar adequadamente dentro da liberdade conferida pela concepção pós-positiva de princípios.

Sob outro enfoque, o principal temor dos aplicadores da teoria da colisão, justificadamente, é a perda do "núcleo essencial" com o consequente esvaziamento dos Direitos Fundamentais pelos quais se muito lutou até o momento, o que provocaria o seu óbvio esvaziamento. No entanto, na prática, quando observado o caso concreto e individual, apesar de se afirmar que não houve o esvaziamento, os efeitos sensíveis apontam para outra direção. E além. Segundo a Teoria da colisão, o Direito Fundamental não seria enfraquecido por meio do exame de preponderância. Isto não parece adequado à realidade. No momento em que se afirma que um Direito Fundamental, em uma situação concreta e individual, tem "mais importância" do que outro Direito Fundamental, nada mais se está fazendo senão enfraquecer o Direito Fundamental "perdedor".

Pela Teoria da não colisão, o "núcleo essencial" do Direito Fundamental seria mantido, uma vez que o Direito Fundamental *in abstracto* não é passível de especulação, julgamento ou controvérsia. Todos têm Direito Fundamental *in abstracto* a tudo. O que irá definir os limites do Direito Fundamental *in concreto* será um exame de subsunção, em que se constataria se naquela determinada situação fática e individual, seria guarnecido um Direito Fundamental ou outro Direito Fundamental cujos interesses e bens jurídicos são potencialmente colidentes. Ao ser realizado o exame de subsunção, os limites do Direito Fundamental in concreto seriam definidos para aquela determinada situação fática, sem que isso prejudicasse nenhum Direito Fundamental *in abstracto*. Em assim sendo, não haveria nunca um enfraquecimento do Direito Fundamental "perdedor", porque sua aplicação para aquela determinada situação concreta e individual sequer seria reconhecida.

Em outras palavras, pode-se considerar que, pela Teoria da não colisão, o Direito Fundamental não seria desgastado por decisões judiciais que reconhecem dois Direitos Fundamentais ao caso concreto e individual, porém pretere um em relação o outro. Pela Teoria da não colisão, o Direito Fundamental estaria sempre em seu tônus potencial máximo, uma vez que não seria desgastado por um exame de importância feito pelo Judiciário, sendo aplicável ao caso individual apenas um Direito Fundamental in concreto e mantendo-se preservados todos os Direitos Fundamentais *in abstracto*.

Toda esta pontificação busca os efeitos da aplicação nos Direito Fundamental. Quando se admite, em termos práticos e próprios à realidade brasileira, p.ex., que os interesses

relacionados à propriedade poderão vir a se chocar com os interesses de proteção ambiental, verifica-se que esta construção tem um sentido objetivo. Em se supondo ser a proteção ambiental um Direito Fundamental, conforme se verificará, ter-se-á uma nova Geração de Direitos absolutamente colidentes (segundo a Teoria da colisão) ou limitadores (segundo a Teoria da não colisão), já que é da quintessência desta natureza de Direitos Fundamentais efetivamente tolher, no todo ou em parte, certas liberdades e, além, certos Direitos Fundamentais consagrados pela história do Direito.

Retomando o exemplo acima colocado, não seria possível, em outros tempos, conceber ingerências em um Direito Fundamental historicamente tão arraigado na realidade jurídica como sempre foi o direito de propriedade. Outro exemplo de Direito Fundamental tolhido seria a liberdade de iniciativa, prevista no sistema brasileiro desde o art. 1º da Constituição, que trata das diretrizes e fundamentos do Estado brasileiro. Este embate entre interesses, ambos tutelados por Direitos Fundamentais *in abstracto*, inevitavelmente iria ocorrer, uma vez reconhecido o Direito Fundamental de proteção ambiental que, in concreto, determina uma série de limitações a seus pares.

Aplicação prática das teorias: Direito Fundamental de reunião e Direito Fundamental à saúde; Direito Fundamental de reunião e direito ao sossego.

Na ADIn 1.969, o Supremo Tribunal Federal manifestou, por meio do voto do relator anuído pelos demais ministros, pelo reconhecimento de colisão entre o Direito Fundamental à saúde e o Direito Fundamental de reunião. A ADIn objetivava declarar inconstitucional decreto do poder executivo do Distrito Federal que proibia manifestações públicas com carros de som na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios e Praça dos Buritis e adjacências. Foi reconhecido, no entanto, que tais lugares eram próprios para estas manifestações, ao contrário, por exemplo, das proximidades de hospitais em que o direito à manifestação e o direito de reunião seria colidente com o direito à saúde e à recuperação dos enfermos ali situados. Nas palavras do relator, Min. Lewandowski:

> Ora, certo que uma manifestação sonora nas imediações de um hospital afetaria a tranquilidade necessária a esse tipo de ambiente, podendo, até mesmo, causar prejuízos irreparáveis aos pacientes. Ter-se-ia, nesse caso, uma hipótese de colisão entre direitos fundamentais, na qual o direito dos pacientes à recuperação da saúde certamente prevaleceria sobre o direito de reunião com tais características. Numa situação como essa, a restrição ao uso de carros, aparelhos e objetos sonoros mostrar-se-ia perfeitamente razoável. (STF, ADI 1969 / DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28/06/2007)

A teoria da colisão explica que tal situação determina a preponderância do Direito Fundamental à saúde em relação ao Direito Fundamental de manifestação e de reunião. No entanto, em que pese a construção teórica no sentido de não ter havido esvaziamento do "núcleo essencial" do Direito Fundamental de manifestação e de reunião, em função da proibição de seu gozo naquela determinada situação individual, efetivamente houve tal esvaziamento. Ora, se se decreta que não pode o direito de manifestação pública interferir no direito à saúde, por força de conclusão, se afirma que naquela determinada situação individual não se o gozo daquele aludido Direito Fundamental.

A teoria da não colisão explicaria a mesma situação por meio de um exame de subsunção. Todos têm Direito Fundamental *in abstracto* a tudo, o que não seria objeto da problemática. Entrementes, no caso individual, se estabeleceu os exatos limites do direito de manifestação, ou seja, definiu-se que naquela particular e precisa situação, não há o direito de manifestação, sendo reconhecido apenas o Direito Fundamental in concreto à saúde.

Se se idealizasse a teorização da teoria da colisão, admite um desgaste atroz no que diz respeito ao Direito Fundamental "perdedor". Melhor explicando, pela teoria da colisão, o Direito Fundamental perdedor seria efetivamente reconhecido para aquela situação individual, mas não seria aplicado por uma preponderância do Direito Fundamental "ganhador".

Pela teoria da não colisão, não haveria desgaste do direito de manifestação, uma vez que, tal e qual na subsunção tributária ou penal, o "núcleo essencial" ou o Direito Fundamental *in abstracto* de manifestação seria mantido intacto, inviolado, e em sua potencialidade plena. Seria apenas estabelecida uma limitação para um caso específico. Em uma nova situação de conflito de interesses que envolvessem bens jurídicos tutelados por Direitos Fundamentais, todos os Direitos Fundamentais estariam novamente em sua potencialidade plena, já que no plano abstrato.

Casuística

O modelo proposto no item acima efetivamente demonstrou os efeitos práticos da teoria da colisão e da teoria da não colisão. Desta forma, ater-se-á doravante apenas a observação de alguns casos das cortes brasileiras e alemãs. Tais casos serão melhor observados à luz da teoria da não colisão na Conclusão deste estudo.

Direito Fundamental à integridade física e direito de conhecimento das origens. Direito Fundamental de liberdade de crença e busca processual pela verdade.

Outro acórdão emblemático é o HC 71.343-4, atinente à condução coercitiva do suposto pai ao exame de DNA. O relator Min. Resek sintetizou a problemática:

> O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física.
> [...]
> Nessa trilha, vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, em última análise, um interesse também público.
> [...]
> O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado. (STF HC 71373 / RS, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10/11/1994).

Em posição contrária, o Min. Marco Aurélio expos que

> [...] para mim, a violência é impar e discrepa, sobremaneira, não só da ordem constitucional em vigor, como também das normas instrumentais comuns aplicáveis à espécie.
> [...]
> Ninguém está compelido, pela ordem jurídica, a adentrar a Justiça para questionar a respectiva paternidade, da mesma forma que há consequências para o fato de vir aquele que é apontado como pai a recusar-se ao exame que objetive o esclarecimento da situação. É certo que compete aos cidadãos em geral colaborar com o Judiciário, ao menos na busca da prevalência dos respectivos interesses e que o sacrifício – na espécie, uma simples espetadela – não é tão grande assim. Todavia, princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa. [...] Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de certa prova? [...] Assim o é porque a hipótese não é daquela em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como o das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade. (STF HC 71373 / RS, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10/11/1994).

Suscitando claramente a problemática, o Min. Moreira Alves bem pondera: "[...] Estamos, pois, diante de dois valores: um disponível; outro, que a Constituição resguarda, e

que é o da inviolabilidade da intimidade." (STF HC 71373 / RS, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10/11/1994). Esta situação fica demonstrada pelo acórdão da Corte Constitucional Alemã (2 BvR 75/71) em ação penal que objetivava impor multa a testemunha que, por motivos religiosos, se recusou a prestar juramento ainda que não secular:

> O reclamante é protegido pelo direito fundamental da liberdade de crença do Art. 4 I GG, em sua convicção religiosa, que não permite sua avaliação pela Constituição e pela lei ordinária, considerando o atual juramento, mesmo em sua forma laica, ainda como uma ação de base religiosa, proibida por Deus segundo o teor do Sermão da Montanha. Ele não se recusa a prestar o juramento de testemunha sem "motivo legal" nos termos do § 70 I StPO, não podendo, portanto, nem mesmo indiretamente por meio da imposição de pena administrativa (Ordnungsstrafe), ser impedido de comportar-se segundo os mandamentos de sua fé.
> [...]
> O direito de liberdade de crença assegurado pela Grundgesetz não é relativizado nem pela ordem jurídica geral, nem por uma cláusula indeterminada de ponderação de bens jurídicos. Seus limites podem ser estabelecidos somente pela própria Constituição, isto é, de acordo com a ordem axiológica constitucional e levando em conta a unidade do sistema axiológico fundamental (BVerfGE 12, 1 [4]; 32, 93 [108]). Especialmente a estreita relação entre a liberdade de crença e a dignidade humana, enquanto mais alto valor do sistema dos direitos fundamentais, exclui a possibilidade de submeter, de plano, as atividades e padrões de comportamento que decorram de uma determinada postura relacionada à crença, a sanções que o Estado prevê para um tal comportamento, sem consideração de sua motivação religiosa (BVerfGE 32, 98 [108]). Característico de um Estado que tem a dignidade humana como o mais alto valor constitucional e que garante a liberdade de consciência e de crença sem reserva legal, e do qual o titular jamais poderá ser abstratamente privado ("unverwirkbar"), é, pelo contrário, que ele permita também às minorias (Außenseiter und Sektierern) o livre desenvolvimento de sua personalidade segundo suas convicções religiosas subjetivas, desde que estas não entrem [até o ponto em que não entrarem] em contradição com outros valores da Grundgesetz e que não decorram prejuízos sensíveis para a coletividade e direitos fundamentais de terceiros de seu comportamento. [7] (p. 361-363).

Direito Fundamental à intimidade e de inviolabilidade de correspondência e Direito Fundamental à segurança

No HC 70.814-5, o rel. Min. Celso de Mello enfrentou a problemática da colisão entre o direito à inviolabilidade de correspondência e o direito coletivo à segurança.

[7] Vale a pena informar o voto em sentido contrário: "Opinião discordante do Juiz Dr. V. Schlabrendorff [....] Eu sintetizo: A [necessidade de] proteção da coletividade é mais elevada do que o pequeno ônus sofrido pela convicção defendida pelo reclamante." (p. 366)

> A Lei de Execução Penal, ao elencar os direitos do preso, reconhece-lhe a faculdade de manter contacto com o mundo exterior por meio de correspondência escrita (art. 41, XV). Esse direito, contudo, poderá ser validamente restringido pela administração penitenciária, consoante prescreve a própria Lei nº 7.210/84 (art. 41, parágrafo único).
> Razões de segurança pública, de disciplina penitenciária ou de preservação da ordem jurídica poderão justificar, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (HC 70814 / SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/03/1994).

Direito Fundamental de liberdade religiosa e organização publica: prestação positiva

Outras situações de suposta colisão. O Min. Gilmar Mendes, relator da STA 389-AgR suspendeu a antecipação de tutela que determinava a realização do ENEN, para alunos judeus, em data diversa do sabbath guardado por estes religiosos. Afirma que:

> A designação de dia alternativo para a realização das provas do ENEN por um determinado grupo de alunos que respeitam a milenar tradição do Shabat poderia ser, a priori, considerado uma medida de 'acomodação', apta a afastar sobrecargas indesejáveis sobre aquele grupo religioso, que, em nosso país, revela-se minoritário.
> Ocorre que, apesar das diversas dificuldades administrativas e práticas que decorreriam da medida, aptas, inclusive, a inviabilizar o ENEN (não em virtude de dificuldades financeiras ou meramente operacionais, mas em razão dos problemas advindos da aplicação de provas distintas a indivíduos que participam de uma mesma seleção), a designação de data alternativa parece, em mero juízo de delibação, não estar em sintonia com o princípio da isonomia, convolando-se em privilégio para um determinado grupo religioso.
> Até mesmo porque, conforme registrado na decisão agravada, o Ministério da Educação oferta aos candidatos que, em virtude de opções religiosas não podem fazer as provas durante o dia de sábado, a possibilidade de fazer a prova após o pôr-do-sol (deve-se lembrar que o Shabat judaico inicia-se no pôr-do-sol da sexta-feira e termina no pôr-do-sol do sábado). Tal medida já vem sendo aplicada, há algum tempo, no tocante aos adventistas do sétimo dia, grupo religioso que também possui como 'dia de guarda' o sábado. (STF, STA 389 AgR / MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03/12/2009)

Neste mesmo sentido julgou o TJ do Ceará, adventista que, por formação religiosa, não pode comparecer a curso de formação militar no sábado:

> (...) o requerente não pode impor que a Administração se amolde à sua crença religiosa. O impetrante não me parece ter direito a receber tratamento distinto nas etapas de ingresso e de frequência do cargo que escolheu, por professar crença que guarda os sábados em obediência a preceitos religiosos. Nesse diapasão, tenho que o interesse público deverá

> preponderar sobre o particular (TJCE, proc. 35952-52.2010.8.06.0000, Des. Fernando Ximenes, p. 13/07/10).

Direito Fundamental de liberdade religiosa e organização publica: prestação negativa

Há uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão que viria corroborar com a letra inicial do Programa Nacional de Direitos Humanos, no sentido de impedir símbolos religiosos em repartições públicas. Na ação julgada em 16 de maio de 1995 (1BvR 1087/91), pais e alunos ingressaram em face do estado da Baviera para que fosse declarada inconstitucional lei que obrigava as escolas a ostentar crucifixo. A procedência do pedido foi dada:

> O Art. 4 I GG, protege a liberdade de crença. A decisão por ter ou não ter uma crença é, assim, assunto do indivíduo, e não do Estado. O Estado não pode nem lhe prescrever nem lhe proibir uma crença ou uma religião. Faz parte da liberdade de crença, porém, não somente a liberdade de ter uma crença, mas também a liberdade de viver e comportar-se segundo a própria convicção religiosa (cf. BVerfGE 32, 98 [106]). A liberdade de crença garante, especialmente, a participação em atos litúrgicos que uma crença prescreve ou na qual encontra expressão. A isso corresponde, no sentido oposto, a liberdade para não participar de atos litúrgicos de crença não compartilhada. Essa liberdade refere-se, do mesmo modo, aos símbolos por meio dos quais uma crença ou uma religião se apresenta. O Art. 4 I GG, deixa a critério do indivíduo decidir quais símbolos religiosos serão por ele reconhecidos e adorados e quais serão rejeitados. Em verdade, não tem ele direito, em uma sociedade que dá espaço a diferentes convicções religiosas, a ser poupado de manifestações religiosas, atos litúrgicos e símbolos religiosos que lhe são estranhos. Deve-se diferenciar disso, porém, uma situação criada pelo Estado, na qual o indivíduo é submetido, sem liberdade de escolha, à influência de uma determinada crença, aos atos nos quais esta se manifesta, e aos símbolos por meio dos quais ela se apresenta. Por essa razão, o Art. 4 I GG revela sua eficácia assecuratória de liberdade justamente em áreas da vida não deixadas à auto-organização social, mas que são tomadas, por precaução, pelo Estado (BVerfGE 41, 29 [49]). Isso leva também em conta o Art. 140 GG c.c. Art. 136 IV WRV, o qual proíbe expressamente que alguém seja coagido à participação em atividades religiosas.
> [...]
> Esse conflito entre diversos titulares de um direito fundamental garantido sem reserva, bem como entre esse direito fundamental e outros bens constitucionalmente protegidos, deve ser solucionado segundo o princípio da concordância prática (praktische Konkordanz), o qual determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas (cf. BVerfGE 28, 243 [260 s.]; 41, 29 [50]; 52, 223 [247, 251]). (p.369 e 373-374)

Direito Fundamental à saúde e Direito Fundamental à liberdade religiosa

Julgado pelo STJ, RHC 7785, o Min. Luiz Vicente Cernichiaro enfrentou a questão da afirmada colisão entre o direito à saúde e vida em confronto com o direito de liberdade religiosa. Foi impetrado um *habeas corpus* com o objetivo de trancar ação penal contra pacientes que se não permitiram que médicos efetuassem transfusão de sangue em enfermo grave, testemunha de Jeová, que faleceu por falta de socorro médico adequado. Afirma:

> No Direito nacional, o sangue é tido como substância essencial à vida do homem e de alguns animais; poderá ser objeto material do crime de lesão corporal (art. 129), necessário que é à saúde.
> Os adeptos de Testemunha de Jeová, ao contrário, além da realidade e características físicas, conferem-lhe natureza sacra e, por isso, intocável, impossível, então, como consequência, a prática de transfusão.
> O Direito Penal brasileiro volta-se para um quadro valorativo. Nesse contexto, oferece particular importância à vida (bem jurídico). Daí, por ser indisponível (o homem não pode dispor da vida). A irrelevância penal do suicídio decorre de Política Criminal, a fim de a pessoa que tentou contra a própria vida ser estimulada a mudar de ideia, o que provocaria efeito contrário se instaurado inquérito policial, processo e, depois, condenação, cumprimento da pena.
> Em decorrência, não configura constrangimento ilegal (compelir, mediante violência, ou grave ameaça, a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa a que não está obrigada por lei) médico, para salvar a vida do paciente, de perigo iminente, promover a transfusão de sangue, se cientificamente recomendada para esse fim.
> O profissional da medicina (em qualquer especialidade) está submetido ao – Direito brasileiro. Tanto assim, as normas da deontologia médica devem ajustar-se a ele. Daí, não obstante, ser adepto de Testemunha de Jeová, antes de tudo, deve cumprir a legislação vigente no país. (STJ, RHC 7785, o rel. Min. Fernando Gonçalves j. 05/11/1998)

Em sentido oposto a este julgado da Corte Constitucional do Brasil, a Corte Constitucional Alemã julgou, em 19 de outubro de 1971, o caso 1 BvR 387/65:

> Num Estado no qual a dignidade humana é o mais alto valor e no qual a livre autodeterminação de cada indivíduo representa, ao mesmo tempo, um valor constitutivo da comunidade [política], a liberdade de crença garante ao indivíduo um certo espaço jurídico livre de intervenção estatal, no qual ele possa se orientar segundo o estilo de vida correspondente à sua convicção. Nesse sentido, a liberdade de crença é mais do que tolerância religiosa, ou seja, mais do que a mera tolerância da confissão religiosa ou da convicção não religiosa (BVerfGE 12, 1 [3]). Ela inclui, por isso, não apenas a liberdade (interior) de ter ou não ter uma crença, mas também a liberdade exterior de manifestar a crença, professá-la e propagá-la (cf. BVerfGE 24, 236 [245]). Faz parte dessa garantia, ainda, o direito do indivíduo de orientar todo seu comportamento segundo os ensinamentos de sua crença, agindo de acordo com sua íntima convicção religiosa. Aqui, não são protegidas pela liberdade de crença apenas as convicções religiosas que se baseiem em dogmas de fé. Antes disso, ela abrange também as convicções religiosas que, em face de uma situação concreta da vida, exijam, ainda que não coercitivamente, uma reação estritamente religiosa, que todavia é considerada como o melhor e o mais adequado meio para enfrentar uma

> circunstância da vida de maneira coerente com a atitude prescrita pela fé. De outra sorte, o direito fundamental da liberdade de crença não poderia ter um pleno desdobramento [no caso concreto].
> [...]
> Não pode ser imputado ao reclamante que ele tenha se omitido em persuadir sua esposa, em oposição à sua convicção religiosa, à renúncia desta mesma convicção religiosa. (...) (p. 352 e 354).[8]

Direito Fundamental à intimidade e à imagem e Direito Fundamental à liberdade de informação

Finalmente, um dos casos mais famosos da Corte Constitucional alemã, o caso dos soldados assassinados em Lebach. Um indivíduo teve participação acessória (nos preparativos) no latrocínio de soldados de um depósito de armas. Os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua. O coadjuvante, a seis anos de reclusão. O canal ZDF, às vésperas de soltar o coadjuvante no crime, se preparava para exibir documentário sobre o ocorrido. Em 5 de junho de 1973 a reclamação 1 BvR 536/72 foi julgada procedente pelo Tribunal Constitucional, proibindo a exibição do documentário.

> O rádio e a televisão são, assim como a imprensa, meios de comunicação de massa imprescindíveis que têm influência decisiva, tanto para a ligação entre o povo e os órgãos públicos e seu controle, quanto para a integração da comunidade em todos os setores da vida social. Disponibilizam ao cidadão a informação ampla e necessária sobre os acontecimentos e sobre desenvolvimentos no Estado e na vida social. Possibilitam a discussão pública e as mantêm, na medida em que informam sobre as diversas opiniões, dando ao indivíduo e aos diversos grupos sociais a oportunidade de atuar como formadores de opinião e representando eles mesmos um fator decisivo no processo permanente da formação de opinião e vontade públicas (cf. BVerfGE 12, 113 [125]; 12, 205 [260]). Apesar da definição parcimoniosa de seu teor ("noticiário"), a liberdade de radiodifusão não se distingue essencialmente da liberdade de imprensa; vale da mesma forma para programas puramente informativos e para programas de outros tipos. Informação e opinião podem ser transmitidas tanto em um filme televisivo ou em programa musical, como por meio de notícias ou comentários políticos; cada canal de televisão tem, já pela escolha e a forma do programa a ser transmitido, um efeito formador de opinião (cf. BVerfGE 12, 205 [260]; 31, 314 [326]).

[8] Ainda neste sentido, na 2ª Vara da Fazenda de Belém/PA, a muito bem fundamentada decisão monocrática do MM. Juiz de Direito Dr. Marco Antonio Lobo Castelo Branco, destacando-se o seguinte trecho: *"Ora isto é absurdo, pois a inviolabilidade do direito à vida deve ser conjugado com o inciso III do mesmo artigo 5º, que proíbe terminantemente a tortura. Reitero que sendo a dignidade da pessoa humana fundamento da República, a inviolabilidade do direito à vida é a inviolabilidade do direito à vida digna. Por isto não cabe aqui qualquer aplicação do princípio da proporcionalidade. Não vejo dois princípios em colisão. Não vejo como averiguar necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito diante da ausência de colisão de princípios. O que ocorre na realidade é a negação a um direito fundamental de liberdade de consciência e crença, ou seja, a negação a um princípio e não colisão entre mais de um. Aliás, este é um direito fundamental de qualquer cidadão e não apenas dos Testemunhas de Jeová." (TJPA, 2ª Vara da Fazenda de Belém, proc. 2009.1.049843-2, j. 18/11/2009)*

Tampouco a liberdade de radiodifusão permite de antemão uma distinção dos programas segundo o interesse defendido ou a qualidade da apresentação; uma restrição a produções "sérias", que sirvam a um interesse digno de reconhecimento, público ou privado, resultaria ao final em uma avaliação ou direcionamento por parte de órgãos estatais, o que justamente contrariaria a essência desse direito fundamental (cf. BVerfGE 25, 296 [307]; 34, 269, 282 et seq.). Conseqüentemente, uma estação de rádio ou um canal de televisão pode se valer, em princípio, da proteção do Art. 5 I 2 GG, indiferentemente de se tratar de programas políticos, debates críticos sobre questões que tocam no interesse da coletividade ou peças radiofônicas, programas de variedades ou de entretenimento. A eficácia da garantia constitucional, portanto, não depende da respectiva prova de um interesse "justo" ou "legítimo" do programa examinado (cf. Adolf Arndt, op. cit.). Conseqüentemente, a liberdade de radiodifusão não abrange apenas a seleção do conteúdo apresentado, mas também a decisão sobre o tipo e o modo de apresentação, inclusive a definição de qual das diferentes formas de programa é escolhida para tanto.

Só quando o exercício da liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido com o programa concreto, o tipo e modo da configuração e o efeito previsto ou atingido. A Constituição regulou o possível conflito entre a liberdade de radiodifusão e os interesses, por ela atingidos, de cidadãos, grupos ou da comunidade pela referência à ordem jurídica geral; conforme o Art. 5 II GG, a promoção de programas de radiodifusão submete-se às restrições que decorrem das leis gerais. Segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, o respeito ali ordenado a outros bens jurídicos não pode, contudo, relativizar a liberdade de radiodifusão; pelo contrário, as leis restritivas da liberdade de radiodifusão devem ser interpretadas tendo em vista a garantia constitucional, eventualmente sendo elas mesmas limitadas, para garantir a concretização adequada à liberdade de radiodifusão (cf. BVerfGE 20, 162 [176 s.]; 7, 198 [208 et seq.]). Isso exige, no caso particular, uma ponderação geral e concreta dos bens jurídicos opostos entre si."

[...]

Em casos de conflito como o presente, vale, por isso, de um lado, o princípio geral de que a aplicação dos §§ 22, 23 KUG em face de programas de televisão não pode limitar a liberdade de radiodifusão excessivamente. De outro lado, existe aqui, em contraposição às demais leis gerais na acepção do Art. 5 II GG, a peculiaridade de que a limitação da liberdade de radiodifusão serve, por sua vez, à proteção de um alto valor constitucional; o interesse da pessoa em questão contra a divulgação ou apresentação de sua imagem, a ser considerado no contexto do § 23 KUG, é reforçado diretamente pela garantia constitucional da proteção à personalidade [do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG].

A solução do conflito deve partir do pressuposto de que, segundo a vontade da Constituição, ambos os valores constitucionais configuram componentes essenciais da ordem democrática livre da Grundgesetz, de forma que nenhum deles pode pretender a prevalência absoluta. O conceito de pessoa humana (Menschenbild) da Grundgesetz e a configuração a ele correspondente da comunidade estatal exigem tanto o reconhecimento da independência da personalidade individual como a garantia de um clima de liberdade que não é imaginável atualmente sem comunicação livre. Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores

> constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição.
> Certamente, podem decorrer da liberdade de radiodifusão efeitos limitadores para as pretensões jurídicas derivadas do direito [fundamental] da personalidade; porém, o dano causado à "personalidade" por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre (cf. Adolf Arndt, op. cit.). Além disso, desse valor de referência decorre que a ponderação necessária por um lado deve considerar a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade por um programa de tipo questionável e, por outro lado, está o interesse concreto a cuja satisfação o programa serve e é adequado a servir, para avaliar e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – da proteção à personalidade.
> [...]
> Resumindo, tem-se que um noticiário sobre um crime com os nomes [verdadeiros], fotos ou representação dos acusados, principalmente na forma de documentário, significará em regra uma intervenção grave na sua esfera [privada] da personalidade.
> [...]
> Pode restar pendente a questão de saber se ao documentário em pauta, que pretende reconstruir um acontecimento real de forma verossímil, poderia ser atribuído o caráter de uma obra de arte segundo o Art. 5 III GG. Também na aplicação desta norma constitucional deveria ser considerado que a liberdade artística, embora os limites do Art. 5 III GG não valham para ela, não é superior à proteção da personalidade garantida pelos Art. 1 e 2 II GG (cf. BVerfGE 30, 173 [193 et seq] – Mephisto – [cf. a seguir – próxima decisão estudada]. (p. 490-493)

Conclusão

Trabalhou-se neste estudo com casos do Brasil e da Alemanha, porém, segundo o que se pode apreender, diversos Estados com constituição escrita, do *comum law* ou do *civil law*, enfrentam questões de supostas colisões entre Direitos Fundamentais. Embora, pois, amplamente difundida, a teoria da colisão apresenta duas falhas, sendo uma prática e outra teórica: a falha de ordem teórica reside no paradoxo criado em se solver um conflito social por uma colisão de Direitos; a falha de ordem prática reside na impossibilidade de não se esvaziar, na aplicação do caso individual, um Direito Fundamental. Em outras palavras, em situação em que há conflito entre interesses sociais com bens jurídicos protegidos por Direito Fundamental, no caso individual há apenas um Direito Fundamental.

Com base nisto, uma teoria de não colisão entre Direitos Fundamentais aparenta resolver as duas problemáticas acima descritas. Tal se daria por meio do reconhecimento de uma ciência do Direito unipolar, ou seja, destinada a um único fim: a realização da Dignidade Humana. Assim, conceber-se-iam os Direitos Fundamentais fluindo paralela e harmonicamente para um único fim, situação em que cada Direito seria limitador e limitado por seu vizinho.

Segundo esta teorização, o Direito Fundamental em abstrato, ou seja, aquele adstrito à construção normativa, não seria colidente com os demais em função do fim comum uns com os outros, além da unidade da interpretação constitucional e da impossibilidade de existir inconstitucionalidade de normas constitucionais. Esta construção permite a afirmar que, em teoria, todos os indivíduos gozam de todos os Direitos Fundamentais.

O Direito Fundamental em concreto, ou seja, aquele designado para a situação fática e individual também não sofreria colisão com outros, já que para cada situação fática em que haja tensão entre interesses conflituosos tutelados por Direitos Fundamentais *in abstracto*, haverá um único Direito Fundamental reconhecido por um exame de subsunção. Portanto, aquilo que não for reconhecido pelo julgador como Direito Fundamental (in concreto), não será Direito Fundamental para aquele caso, mas sim mero interesse da parte. Isto permite que não ocorra o esvaziamento do conteúdo essencial do Direito Fundamental, uma vez que ele existe ou não existe, cabendo ao julgador determinar seus limites no caso individual.

Na aplicação concreta do Direito abstrato, o papel do julgador é imprescindível não para dizer um novo direito, como afirmou Dworkin, mas para aplicar o Direito existente, segundo as normas já existentes. Para tanto, o aplicador do Direito deverá selecionar os Direitos limítrofes àquele envolto no caso em plano (deverá observar quais são as normas limitantes e limitadas pelo Direito), para, à luz do caso concreto, dizer o Direito. No momento em que o julgador entrega a jurisdição, não há colisão entre Direitos porque ali se reconheceu os limites de um e de outro Direito Fundamental. Assim sendo, com o reconhecimento dos limites de um e de outro Direito Fundamental, um indivíduo ficou agasalhado, naquela situação fática, com o Direito Fundamental e o outro indivíduo não teve o Direito Fundamental reconhecido no caso concreto, ficando apenas com seu interesse.

Na casuística colacionada neste estudo, perceberam-se alguns pontos interessantes: entre Direitos Fundamentais e direitos subjetivos simples, preponderam sempre os Direitos Fundamentais, em função do conflito de norma de hierarquia superior; não haverá esvaziamento de um Direito Fundamental, haverá o reconhecimento ou não de um Direito Fundamental para o caso concreto, ou seja, o Direito Fundamental sempre será aplicado em sua máxima potência (ou não será aplicável, porque não cabível na situação fática).

Em análise prática dos casos colacionados, segundo a teoria da não colisão:

a partir do conflito entre os interesses (reunião *versus* saúde): há os Direitos Fundamentais *in abstracto* de reunião e à saúde; porém somente há o Direito Fundamental *in concreto* à saúde, não se aplicando ao caso concreto o Direito Fundamental de reunião;

a partir do conflito entre os interesses (intimidade *versus* inviolabilidade de correspondência e manutenção da segurança pública): há os Direitos Fundamentais *in abstracto* à intimidade, à inviolabilidade de correspondência e à segurança; porém somente há o Direito Fundamental in concreto à segurança, não se aplicando aqueles dois primeiros;

a partir do conflito entre os interesses (religiosos *versus* própria saúde): há os Direitos Fundamentais *in abstracto* à liberdade religiosa e à saúde; segundo entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão, há somente o Direito Fundamental in concreto à liberdade religiosa, não se aplicando o segundo Direito;

finalmente, a partir do conflito entre os interesses (imagem *versus* liberdade de informação): há os Direitos Fundamentais *in abstracto* à intimidade, à imagem e a liberdade de informação; segundo a Corte alemã, há somente o Direito Fundamental *in concreto* à imagem e à intimidade, não se aplicando o segundo Direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Alfredo Bosi (coord. trad.). Dicionário de filosofia. São Paulo: Mestre Jou, 1982.
ALEXY, Robert. Virgílio Afonso da Silva (trad.). Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1969 / DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 28/06/2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em 20/09/2010.
_____. _____. ADI 3540 MC / DF - Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/09/2005. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em 20/09/2010.
_____. _____. HC 71373 / RS, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10/11/1994. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em 20/09/2010.
_____. _____. HC 70814 / SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/03/1994. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em 20/09/2010.
_____. _____. STA 389 AgR / MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03/12/2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em 20/09/2010.
_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 7785, o rel. Min. Fernando Gonçalves j. 05/11/1998
_____. Tribunal de Justiça do Ceará, proc. 35952-52.2010.8.06.0000, Des. Fernando Ximenes, p. 13/07/10
_____. Tribunal de Justiça do Pará, 2ª Vara da Fazenda de Belém, Juiz Marco Antonio Lobo Castelo Branco, proc. 2009.1.049843-2, j. 18/11/2009.
CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
_____. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1. DWORKIN, Ronald. Nelson Boeira (trad.). Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
DWORKIN, Ronald. Nelson Boeira (trad.). Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
FERRAJOLI, Luigi. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes (trad.). Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
_____. Perfecto Andrés (trad.). Los fundamentos de los derechos fundamentales. 4ª ed., Madrid: Trotta, 2009.
GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? In Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, 1992-, v. 10, nº. 39, p. 115 e ss., abr./jun. 2002.
_____. Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade. São Paulo: RT, 2004.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Genaro R. Carrio (trad.) El Concepto de Derecho. 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.
KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. E-Book. Disponível em: http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml. Acessado em 13/07/2010.
MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Jurídica Virtual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Brasília: -, vol. 2, n. 13, junho/1999.
PADILHA, Norma Sueli. Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2006.
SCHWABE, Jürgen. Leonardo Martins (org. trad.). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Montevidéu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.