

Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional

Virgílio Afonso da Silva

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

101 ↓

1. Introdução: formas de compreender o tema

O tema do presente trabalho pode ser compreendido pelo menos de duas formas distintas. Quando se fala em conflitos (ou colisões)¹ de direitos fundamentais entre ordem nacional e transnacional, pode-se querer fazer menção a formas distintas de se garantir o mesmo direito ou a formas distintas de se solucionar uma mesma colisão entre direitos (seja em abstrato, seja em um caso concreto específico).

O primeiro tipo de colisão ocorre quando a proteção de um determinado direito, no texto de uma constituição nacional, é mais ampla ou mais restrita que a proteção do mesmo direito em nível transnacional. Um exemplo recorrente dessa situação no direito constitucional brasileiro é a vedação de prisão civil por dívidas, cuja garantia, na constituição brasileira, é menos ampla do que a sua correspondente na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), já que, no primeiro caso, admitem-se duas exceções a essa garantia (nos casos de dívida alimentícia e de

¹ Por simplificação, os termos "conflito" e "colisão" serão utilizados aqui como sinônimos. Para uma distinção entre eles, cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 4. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 77.

depositário infiel),² enquanto que, no segundo caso, apenas uma exceção é admitida à regra geral (no caso de dívida alimentícia).³

Já o segundo tipo de colisão não decorre de uma incompatibilidade - total ou parcial - entre dois textos legais de níveis diferentes, mas sobretudo da atividade jurisprudencial no âmbito dos direitos fundamentais em níveis diferentes. Por isso, esse segundo tipo de colisão pode ocorrer até mesmo nos casos em que dois direitos fundamentais sejam garantidos por textos absolutamente idênticos por uma constituição nacional e por um documento legal

↑ 101 | 102 ↓

transnacional. O que gera a colisão, aqui, não é uma diferença entre textos. Tampouco é uma diferença entre normas (compreendidas como o produto da interpretação de um texto).⁴ O que gera a colisão é uma *disparidade na solução da colisão* entre normas de direitos fundamentais.

Como se percebe, o primeiro tipo de colisão é *bilateral* e a ênfase recai na *legislação*. A solução desse primeiro tipo de controvérsia gira em torno da definição do status que um documento legal internacional ou transnacional possui na hierarquia interna de um determinado ordenamento. O exemplo utilizado acima mostra claramente o que se quis dizer com ênfase na legislação e bilateralidade: a polêmica acerca do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi resolvida⁵ por meio de uma emenda constitucional, a

² Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, LXVII: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

³ Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 7º, 7: " 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."

⁴ Nesse sentido, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 42-43. Em português, cf., por exemplo, J.J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Fundamentos da constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 47; Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 71 e ss.; Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): pp. 615 e ss.

⁵ Claro que, quando digo que a polêmica foi resolvida, não pretendo dizer que não haja ainda debate sobre a questão. Apenas quero fazer menção à reforma constitucional que teve como objetivo solucioná-la. Como exemplo da permanência do debate, cf., por todos, Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 71 e ss.

EC 45/2003, que pretendeu definir a relação entre *dois níveis de legislação*, a constitucional e a supranacional.

O segundo tipo de colisão é *quadrilateral* e a ênfase recai na *jurisdição*: pode-se dizer que ele envolve a *colisão entre soluções jurisdicionais de colisões*. De um lado, tem-se a decisão de um tribunal nacional acerca de uma colisão entre dois direitos fundamentais; de outro, a solução de um tribunal supranacional para a colisão entre os mesmos direitos fundamentais (ainda que previstos em documento distinto). A questão aqui diz respeito, portanto, a esse choque entre jurisdições.

O presente trabalho pretende ocupar-se apenas desse segundo tipo de colisão, não apenas porque o primeiro tipo de colisão requer menos um debate sobre colisões entre direitos fundamentais e mais uma discussão acerca da hierarquia de tratados na ordem interna, mas sobretudo porque a análise do segundo tipo de colisão dá mais espaço para o debate acerca do conflito de racionalidades e sobre a idéia de ônus argumentativo, como se verá adiante. Antes, porém, é preciso que se saliente que o objetivo deste trabalho não é fornecer respostas prontas para o objeto descrito por seu título. O que aqui se pretende é acrescentar mais um elemento - a ordem transnacional - a um debate com o qual me ocupo já há algum tempo a partir da perspectiva do

↑ 102|103 ↓

direito constitucional e da teoria do direito.⁶ Nesse sentido, este texto deve ser compreendido como um mero veículo de reflexões iniciais sobre a questão.⁷

2. Colisões e sopesamento

A idéia de colisão entre direitos fundamentais não é uma idéia aceita sem maiores questionamentos. A existência e a frequência de colisões depende diretamente da forma de

⁶ Cf., por exemplo, Virgílio Afonso da Silva, "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006): 23-51; Virgílio Afonso da Silva, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630 e Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

⁷ Até pelo seu caráter embrionário e pela limitação de espaço, essas reflexões serão, em vários momentos, extremamente fragmentadas.

se definir o suporte fático dos direitos fundamentais e da relação existente entre direitos e restrições.⁸ Quanto mais ampla for a definição do âmbito de proteção e do suporte fático dos direitos fundamentais, maior será a probabilidade de que o exercício desses direitos suscite uma situação de tensão e de colisão.⁹ É por isso - dentre outros motivos - que alguns autores dão preferência a uma definição mais restrita de direitos fundamentais,¹⁰ visto que, quanto menor for a quantidade de condutas ou posições jurídicas por eles protegidas, menor será a ocorrência de colisões entre eles. Uma importante consequência, sobretudo para os fins deste trabalho, do maior ou menor número de colisões entre direitos fundamentais é uma maior ou menor frequência do recurso ao sopesamento como forma de aplicação do direito.

Nos últimos anos, cristalizou-se a idéia de que a principal forma de solucionar colisões entre direitos fundamentais é por meio do sopesamento ou ponderação.¹¹ Apesar dessa idéia cristalizada, o recurso ao sopesamento continua a ser alvo de inúmeras críticas, sobretudo no exterior.¹² As principais delas apontam para uma inerente irracionalidade do sopesamento¹³ e para um

↑ 103|104 ↓

⁸ Cf. Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden: Nomos, 1998, pp. 99 e ss. e 204 e ss.; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, (no prelo).

⁹ Sobre essa questão, cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 294 e ss.

¹⁰ Cf., por exemplo, Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1990; Wolfgang Hoffmann-Riem, "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", in Michael Bäuerle et al. (Hrsg.), *Haben wir wirklich Recht?*, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 71; Bodo Pieroth / Bernhard Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*, 21. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 2005. Em português, cf., por todos, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2004.

¹¹ Cf., por todos, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 78 e ss.; mais recentemente, Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: a structural comparison", *Ratio Juris* 16:4 (2003): 433-449. Para não ter que entrar no debate acerca da distinção entre regras e princípios, quando aqui menciono "direitos fundamentais", quero me referir a "direitos fundamentais com estrutura de princípios". Essa é uma simplificação justificada, sobretudo em um texto que não se ocupa diretamente da distinção entre regras e princípios, na medida em que quase todos os direitos fundamentais têm estrutura de princípios.

¹² Para críticas recentes, cf., por exemplo, Ralph Christensen / Andreas Fischer-Lescano, *Das Ganze des Rechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 2007; Karl-Heinz Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr, 2004.

¹³ Cf., por exemplo, Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 6. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1995, pp. 62 e ss.; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, pp. 310 e ss.; Bernhard Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1976, p. 127 e ss.

desbalanceamento da separação de poderes.¹⁴ Pretendo me ocupar apenas da primeira questão.

3. Resolução de colisões e racionalidade

Em alguns trabalhos anteriores, empenhei-me em refutar alguns argumentos que apontavam para uma suposta irracionalidade do sopesamento¹⁵ e não é o caso de repetir todo o debate neste texto.¹⁶ Aqui, pretendo apontar apenas alguns poucos contra-argumentos à tese da irracionalidade. O principal deles, menos voltado ao sopesamento em si e mais para a interpretação e aplicação do direito em geral, é a constatação de que não é possível imaginar qualquer forma de interpretação e aplicação que exclua totalmente a subjetividade do intérprete e do aplicador. Essa simples e trivial constatação é de extrema importância porque nenhum dos críticos do sopesamento parece estar disposto a demonstrar a existência de alternativas nesse sentido.¹⁷

A posição de Kelsen é, nesse sentido, emblemática. Embora tenha sido o autor que, em maior medida, tentou conferir ao direito um estatuto de ciência, os limites da sua objetividade podem ser percebidos em suas considerações acerca da interpretação jurídica. Segundo ele, não existe nenhum método que permita, diante das possibilidades interpretativas de um dispositivo legal, definir qual delas é a correta.¹⁸ Isso porque a tarefa da interpretação não é cognitiva, ou seja, não é descobrir um sentido correto de um

¹⁴ Para trabalhos recentes, cf. sobretudo Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordnete Freiheit*, Tübingen: Mohr, 2003; Peter Unruh, *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes: Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002; Matthias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999; e Karl-Eberhard Hain, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, Baden-Baden: Nomos, 1999.

¹⁵ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003, pp. 89-112 e Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, (no prelo).

¹⁶ Até porque esse debate é extremamente amplo. Cf., por todos, Robert Alexy, "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris* 16:2 (2003): 131-40 e Robert Alexy, "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law* 3:4 (2005): 572-581.

¹⁷ Talvez a exceção digna de nota aqui seja Friedrich Müller, que defende uma teoria do direito que, supostamente, seria mais racional e prescindiria do sopesamento. Não me parece, contudo, que seu empenho tenha êxito, seja porque sua teoria não implica necessariamente ganho de racionalidade, seja porque não prescinde totalmente do sopesamento. Sobre isso, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pp. 93 e ss.

¹⁸ Cf. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Berlin: Springer, 1960, p. 349.

dispositivo, mas um ato de vontade, para o qual concorrem razões de natureza moral, de concepções de justiça, de juízos sociais de valor etc.¹⁹

Com a menção a Kelsen não se pretende, aqui, compartilhar das concepções positivistas acerca da interpretação do direito, sobretudo não daquelas que vêem na atividade do juiz uma atividade em muitos casos meramente

↑ 104|105 ↓

discricionária. O que se pretende, ainda que de forma simplificada, é apontar para os limites e possibilidades da racionalidade na aplicação do direito. Também não se pretende, com essa menção, defender o sopesamento a partir do ponto de vista segundo o qual uma suposta irracionalidade do sopesamento não seria um problema diante da irracionalidade geral na aplicação do direito.

Quando aqui se afirma que os críticos do sopesamento como método de aplicação do direito - que são, nesse sentido, críticos da teoria dos princípios que esse trabalho pressupõe como correta - não propõem alternativas, não se pretende, portanto, defender a irracionalidade do sopesamento a partir da irracionalidade geral. Claro que não. A defesa do sopesamento (e da teoria dos princípios) vai muito além do argumento negativo e se apóia em argumentos propositivos, já que são justamente os adeptos da teoria dos princípios - ou de outras teorias que aceitam o sopesamento - que se dedicam a formular critérios que pretendem sempre ampliar as possibilidades racionais da argumentação jurídica.²⁰ Não é o caso, aqui, de se aprofundar nas diferentes teorias da argumentação jurídica, até porque não é esse o objetivo deste trabalho. Aqui basta a constatação de que uma das formas de se aumentar a racionalidade da argumentação e de um procedimento como o sopesamento é "a fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo

¹⁹ Idem, p. 351.

²⁰ Cf. aqui, por todos, Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação".²¹ Isso será explorado mais adiante a partir da idéia de ônus argumentativo.

4. Racionalidade e conflito entre a ordem nacional e transnacional

E qual é relação entre o exposto até aqui e o tema do presente trabalho? Essa relação pode ser resumida por meio da idéia de que o conflito entre duas ordens - nacional e transnacional - poderia ampliar ainda mais o suposto grau de irracionalidade na aplicação do direito. Isso porque teríamos dois níveis de sopesamento entre pelo menos dois direitos fundamentais.

Claro que se poderia argumentar que isso em nada difere do que já ocorre com o duplo grau de jurisdição na ordem interna nacional. No caso

↑ 105|106 ↓

brasileiro, há sempre pelo menos dois sopesamentos possíveis para um determinado caso, aos quais se podem ainda somar, em inúmeros casos, os sopesamentos realizados pelo STJ e pelo STF. Mas a questão é muito mais complexa do que a simples pluralidade de níveis que, de fato, já existe na ordem interna. Isso por pelo menos duas razões: em primeiro lugar, porque, ao contrário do que ocorre na ordem nacional, a relação entre os níveis das jurisdições nacional e transnacional não é claramente uma relação hierárquica e vinculante verticalmente, como será ainda explorado mais adiante; além disso, na grande maioria dos casos, ao contrário do que ocorre na simples relação entre graus diversos no âmbito da jurisdição nacional, que aplicam o direito a partir do mesmo material legal (constituição, leis, decretos etc.), o conflito entre as ordens de jurisdição nacional e transnacional implica também uma tensão resultante de material legal distinto e, às vezes, conflitante.

Essa situação plurifacetada de tensão poderia dar ainda mais força à crítica da insegurança jurídica ligada ao sopesamento como forma de solução de colisões entre

²¹ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, (no prelo). No mesmo sentido, cf. Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

direitos fundamentais. Afinal, a quantos resultados diferentes e possíveis se pode chegar por meio do sopesamento? E que sopesamento deve prevalecer?

Embora essas questões pareçam simples de serem respondidas, já que se poderia transportar para elas a mesma resposta que se pode dar nos casos de solução para a tensão entre os diversos graus de jurisdição na ordem interna - isto é, prevalece a última decisão -, no caso em questão a resposta é, como já se mencionou, menos direta. A pergunta-chave, aqui, então, é: qual é o *valor* das decisões da ordem transnacional?

5. Estudos de caso: BVerfGE 101, 361 e BVerfGE 111, 307

A pergunta formulada no tópico anterior não faz referência à *prevalência* de uma ordem sobre outra, mas ao *valor* da decisão da jurisdição transnacional em face da jurisdição nacional. Isso porque a resposta à pergunta pode não se resumir a um *jogo binário de prevalências*. Não se trata, portanto, de uma questão de mera vinculação e é justamente nisso que reside o interesse do debate. Para abordar o problema, recorro a duas decisões recentes do Tribunal Constitucional alemão que, embora sobre temas distintos, têm íntima relação

↑ 106|107 ↓

entre si. A decisão no caso *Caroline de Mônaco II*,²² de 1999, e a decisão no caso sobre *filho fora do casamento*, de 2004.²³

A utilização dessas decisões baseia-se em duas razões principais: em primeiro lugar, a decisão no caso "Caroline de Mônaco II" é uma típica decisão baseada em um sopesamento entre direitos fundamentais; e, em segundo lugar, a decisão no caso sobre filho fora do casamento faz direta menção à decisão do caso *Caroline* e a seus desdobramentos posteriores na Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Nesse sentido, pode-se dizer que estamos diante da tensão quadrilateral mencionada no início deste texto: de um lado a necessidade de se resolver a colisão entre dois direitos fundamentais e, de outro, a necessidade de se resolver a colisão entre duas ordens de jurisdição.

²² Cf. BVerfGE 101, 361. Há ainda uma decisão Caroline de Mônaco I (BVerfGE 97, 125), que não será objeto de análise aqui.

²³ Cf. BVerfGE 111, 307.

5.1. BVerfGE 101, 361

Algumas revistas alemãs publicaram, em diversas edições, fotos da princesa Caroline de Mônaco em diversas situações do dia-a-dia. Diante disso, Caroline ajuizou ação em Hamburgo, Alemanha, com o intuito de que fossem proibidas novas publicações dessas fotos que, segundo ela, violavam a sua vida privada. Diante do insucesso em algumas instâncias, o caso chegou ao Tribunal Constitucional alemão.

O Tribunal Constitucional, em sua decisão, fez uma distinção entre três grupos de fotos: (1) fotos do cotidiano da princesa, durante as compras, ao andar de bicicleta ou a cavalo; (2) fotos da princesa junto com um ator, durante refeição em um restaurante; (3) fotos dela com seus filhos. Embora Caroline pleiteasse o mesmo efeito para todas elas - ou seja, a proibição de republicação - o tribunal chegou à conclusão de que o peso dos direitos envolvidos, em cada um dos grupos, deveria ser avaliado de forma distinta.

No caso das fotos do primeiro grupo, não se trataria de situações ligadas diretamente à esfera privada da princesa, razão pela qual uma eventual restrição à sua privacidade ocorreria apenas em pequena medida. Já no que diz respeito às fotos do segundo grupo, o tribunal chega a outra conclusão, baseado no fato de que as fotos foram tiradas a grande distância, o que demonstra que Caroline e seu

↑ 107|108 ↓

acompanhante - que haviam se sentado em mesa bem ao fundo do restaurante - poderiam supor que estivessem fora de uma esfera de publicidade. Por isso, mesmo que estivessem fora do "âmbito doméstico", sua esfera privada mereceria uma maior proteção. Em relação ao terceiro grupo de fotos, o peso da proteção deveria ser ainda maior, pelo fato de envolver a proteção às crianças fotografadas.

Insatisfeita parcialmente com o resultado do julgamento - e diante de mais outras duas tentativas infrutíferas diante do mesmo tribunal -, Caroline de Mônaco ajuizou ação perante a Corte Européia de Direitos Humanos,²⁴ sob alegação de que seu direito à privacidade, previsto no art. 8º da Convenção Européia de Direitos Humanos, não havia sido

²⁴ Cf. *Caroline von Hannover v. Germany*, no 59320/2000.

devidamente protegido na ordem interna. A corte julgou favoravelmente ao pedido, decidindo que fotos que não tenham interesse público, não importa se o fotografado é uma pessoa pública, ferem o direito à privacidade e devem ter sua publicação vedada.²⁵ E, para dar ainda mais peso à proteção da privacidade, a corte parte do pressuposto de que Caroline não pode ser considerada como uma pessoa pública pelo simples fato de pertencer à família real.²⁶

O que aqui importa, como foi expresso na pergunta formulada ao final do tópico 4 deste trabalho, é definir qual deve ser o *valor*, para a jurisdição interna, atribuído a decisões como essa. Uma resposta possível é aquela formulada pelo próprio Tribunal Constitucional alemão na decisão sobre a adoção de filho tido fora da relação matrimonial.

5.2. BVerfGE 111, 307

O que importa, na decisão do Tribunal Constitucional alemão acerca do filho tido fora da relação matrimonial e que fora dado para adoção, não é a questão substancial em si, mas as considerações que o tribunal faz acerca da relação entre a sua jurisprudência e a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos. Essa decisão, de 14 de outubro de 2004, é considerada como uma espécie de reação à decisão da Corte Européia no caso Caroline de Mônaco, proferida três semanas antes. Segundo o Tribunal Constitucional, as decisões da CEDH *não vinculam* os tribunais nacionais. A partir dessa concepção, seria possível imaginar que a resposta ao problema em análise reside - ao

↑ 108|109 ↓

contrário do que foi afirmado anteriormente - em uma questão binária: existe ou não existe vinculação. Mas a questão é mais complexa. Segundo o Tribunal Constitucional, embora não haja uma vinculação propriamente dita, desconsiderar as decisões da CEDH não seria compatível com a proteção aos direitos fundamentais e ao princípio do Estado de Direito.²⁷ Nesse sentido, não levar em consideração as decisões da CEDH seria tão equivocado quanto

²⁵ Cf. *Caroline von Hannover v. Germany*, no 59320/2000, §§ 53, 60, 63, 65 e 77.

²⁶ Idem, §§ 72 e 76. Cf., no entanto, o voto divergente do Juiz Cabral Barreto (§§ 1 e 2).

²⁷ Cf. BVerfGE 111, 307 (323).

tentar executá-las diretamente como se houvesse uma pura e simples supremacia de suas decisões em relação às decisões dos tribunais nacionais.²⁸

O *valor* das decisões de tribunais como a Corte Europeia de Direitos Humanos, portanto - e com isso se responde à questão formulada no fim do tópico 5.1, acima - é sobretudo um valor argumentativo. É claro que, enquanto decisão judicial, ela vincula as partes envolvidas em cada caso concreto, mas apenas no caso concreto.²⁹ Para além disso, o dever dos tribunais nacionais é o de levar em consideração, *na medida do metodologicamente sustentável*, as normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos, na interpretação que a Corte Europeia delas faz.³⁰ Nesse sentido, é possível se afirmar que as decisões da CEDH criam sobretudo *ônus argumentativos*. Isso é perceptível na seguinte passagem da decisão: se, em um processo concreto do qual a República Federal da Alemanha é parte, a Corte Europeia aponta uma violação da convenção, essa decisão deve ser *levada em consideração* em âmbito nacional, ou seja, as autoridades competentes e os tribunais têm que dela se ocupar de forma explícita e, se for o caso, *fundamentar de forma consistente por que não seguem a interpretação supranacional*.³¹ Nesse sentido, decisão incorreta não aquela que se desvia das decisões de tribunais supranacionais, mas aquelas que, quando o fazem, não enfrentam o ônus argumentativo de superá-las.

6. Conclusão: sopesamento, racionalidade e ônus argumentativo

O presente texto foi estruturado a partir de duas partes bastante distintas. A primeira delas ligada às colisões de direitos fundamentais e à racionalidade

↑ 109|110 ↓

do procedimento para solucioná-las - o sopesamento - e a segunda, à colisão entre jurisdições na ordem nacional e na ordem transnacional. Existem dois elos de ligação entre elas: o primeiro deles é o caso que deu ensejo à abordagem aqui escolhida - o caso *Caroline de Mônaco II*, do Tribunal Constitucional alemão -, cuja "revisão" pela Corte Europeia de

²⁸ Cf. BVerfGE 111, 307 (323-324).

²⁹ Cf. BVerfGE 111, 307 (327).

³⁰ Cf. BVerfGE 111, 307 (323).

³¹ Cf. BVerfGE 111, 307 (324).

Direitos Humanos provocou uma tensão entre o sopesamento levado a cabo por esses dois tribunais para solucionar a mesma colisão entre direitos fundamentais.³² Mais interessante, no entanto, é o segundo elo de ligação, que reside na associação entre colisão de direitos fundamentais, sopesamento, racionalidade e ônus argumentativos.

Como foi dito anteriormente, a racionalidade da interpretação e da aplicação do direito não implica uma rejeição do sopesamento. Ao contrário, ela deve ser garantida *no âmbito do sopesamento*, por exemplo a partir a fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação. Um desses parâmetros pode ser o estabelecimento de ônus argumentativos.³³

O sopesamento, enquanto procedimento de interpretação e aplicação do direito, é baseado em precedências condicionadas: dizer que um determinado direito fundamental prevalece sobre outro em um determinado caso concreto é algo que exige fundamentação detalhada. Esse é um primeiro ônus. Foi isso o que o Tribunal Constitucional alemão procurou fazer na decisão do caso *Caroline de Mônaco II*, sobretudo ao distinguir entre diferentes grupos de fotografias, que retratavam diferentes situações na vida pessoal da princesa. Ao assim proceder, o tribunal procurou justificar a prevalência de um direito fundamental em alguns casos e a sua não-prevalência em outros casos.

As diferenças entre o sopesamento do tribunal alemão e da corte europeia apenas demonstram que a aposição de um nível transnacional torna o procedimento ainda mais complexo. Quanto a isso, não há nenhuma dúvida. Mas, ao mesmo tempo, e isso é aqui de extrema importância, essa nova tensão entre essas duas ordens pode ter o efeito benéfico de incluir mais parâmetros concretos para a aplicação do direito - e para o sopesamento - no âmbito

↑ 110 | 111 ↓

³² Ambos as decisões declaram explicitamente tratar-se de um caso de sopesamento entre direitos fundamentais. Cf. BVerfGE 101, 361 (388, 391, 394) e *Caroline von Hannover v. Germany*, no 59320/2000, §§ 57, 58, 60, 76, 79.

³³ Para um desenvolvimento maior dessa idéia, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, (no prelo), *passim*.

nacional: *rejeitar decisões supranacionais é possível, mas o ônus argumentativo é enorme*. Como se vê, a partir da idéia de que não existe uma vinculação pura e simples (ou uma não-vinculação pura e simples) entre essas duas ordens, é possível interpretar a tensão entre elas como uma *criação de ônus argumentativo adicional*. Com isso, a racionalidade e a possibilidade de diálogo intersubjetivo tendem apenas a aumentar.

7. Bibliografia citada

- Alexy, Robert. "Balancing, constitutional review, and representation", *International Journal of Constitutional Law* 3:4 (2005): 572-581.
- _____. "On Balancing and Subsumption: a structural comparison", *Ratio Juris* 16:4 (2003): 433-449
- _____. "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris* 16:2 (2003): 131-40.
- _____. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- _____. *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.
- Andrade, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 2004.
- Barcellos, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- Borowski, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden: Nomos, 1998.
- Canotilho, J.J. Gomes / Moreira, Vital. *Fundamentos da constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- Christensen, Ralph / Fischer-Lescano, Andreas. *Das Ganze des Rechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 2007.
- Grau, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, São Paulo: Malheiros, 2002
- Habermas, Jürgen. *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- Hain, Karl-Eberhard. *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, Baden-Baden: Nomos, 1999.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang. "Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?", in Michael Bäuerle et al. (Hrsg.), *Haben wir wirklich Recht?*, Baden-Baden: Nomos, 2003: 53-76.
- Jestaedt, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Berlin: Springer, 1960.
- Ladeur, Karl-Heinz. *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr, 2004.

- Müller, Friedrich. *Juristische Methodik*, 6. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1995.
- _____. *Die Positivität der Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1990.
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard. *Grundrechte - Staatsrecht II*, 21. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, 2005.
- Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- Poscher, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordnete Freiheit*, Tübingen: Mohr, 2003.
- Schlink, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- Silva, Virgílio Afonso da. "O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais", *Revista de Direito do Estado* 4 (2006): 23-51.
- _____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, (no prelo).
- _____. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003.
- _____. "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.
- _____. "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.
- Unruh, Peter. *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes: Eine verfassungstheoretische Rekonstruktion*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.