

**CONFLITOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA
TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO: PROPORCIONALIDADE E
PONDERAÇÃO À LUZ DE ROBERT ALEXY**
*CONFLICTS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE PERSPECTIVE OF THE
TRANSNATIONALIZATION OF LAW: PROPORTIONALITY AND REFLECTION IN THE
VISION OF ROBERT ALEXY*

Renata Albuquerque Lima*
Átila de Alencar Araripe Magalhães**
Thaís Araújo Dias***

RESUMO

Os Direitos Fundamentais possuem caráter polifacético por compreenderem à proteção de uma pluralidade de direitos que são de suma importância para o homem. No Brasil, a consecução desses direitos é meta primordial do Estado Democrático de Direito. Isso confere relevância para o contexto jurídico e sócio-político ao garantir ao cidadão uma proteção contra às arbitrariedades do Poder Público. Os Direitos Fundamentais são considerados princípios, embora possuam uma elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico. Ressalta-se que eles não são absolutos. Dessa relatividade, surge a judicialização como resultado da colisão de Direitos Fundamentais. O assunto se torna ainda mais delicado ao se inserir esse conflito no contexto da transnacionalidade do direito, quando ocorrem conflitos entre a ordem nacional e transnacional. Diante disso, questiona-se qual ferramenta deve ser utilizada em casos de colisões de Direitos Fundamentais quando estas ocorrem entre a ordem nacional e transnacional. Ademais, será analisada a técnica defendida pelo jurista alemão Robert Alexy que compreende o uso da ponderação e o princípio da proporcionalidade como meio de resolver colisões entre Direitos Fundamentais. Por fim, a pesquisa utilizada nesse trabalho possui caráter teórico-bibliográfico, pois se pauta em livros e artigos referentes ao tema.

Palavras-chave: Colisão de Direitos Fundamentais; transnacionalidade do direito; ponderação; princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

Fundamental Rights have a multifaceted character because they understand the protection

* Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduada em Direito pela UFC e em Administração de Empresas pela UECE. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Coordenadora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Faculdade Luciano Feijão. Professora do Mestrado em Direito da UNICHRISTUS. Advogada. E-mail: realbuquerque@yahoo.com

** Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Mestre em Administração de Empresas pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR e especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. É professor de Direito Processual Civil da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Advogado. O autor encontra-se vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, na Cidade de Fortaleza/CE, Brasil, e-mail: atila@leitearripe.adv.br.

*** Graduada em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA. Bolsista do CNPQ. E-mail: thais_araujo_dias@hotmail.com

of a plurality of rights that are of the utmost importance for society. In Brazil, the achievement of these rights is the primary goal of the Democratic State of Law. This gives relevance to the legal and socio-political context by guaranteeing the citizens a protection against the arbitrariness of the Public Power. Fundamental Rights are considered principles, although they have a high hierarchical position in the legal system. It is emphasized that they are not absolute. From this relativity, the judicialization arises as a result of the collision of Fundamental Rights. The issue becomes even more delicate when inserting this conflict in the context of the transnationality of law, when conflicts between the national and transnational order occur. Based on this, it is asked which tool should be used in cases of fundamental rights collisions when these occur between national and transnational order. In addition, the technique advocated by the German jurist Robert Alexy, which includes the use of weighting and the principle of proportionality as a means of resolving collisions between Fundamental Rights, will be analyzed. Finally, the research used in this work has a theoretical-bibliographic character, since it is based on books and articles related to the subject.

KEY-WORDS: Collision of fundamental rights; transnationality of law; reflection; principle of proportionality.

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais visam à proteção. Eles podem ser “conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger à dignidade humana em todas as dimensões” (ARAÚJO, NUNES, 2005, p. 109). Por visarem proteger uma pluralidade de direitos que são de suma importância para o homem, é que possuem o termo “fundamental”. São estes direitos que compreendem os direitos individuais, sociais, econômicos e que se relacionam com a fraternidade e a solidariedade.

Os Direitos Fundamentais encontram-se inseridos nas constituições de diversos Estados, as quais os positivam dentro da esfera estatal (SARLET, 2004). É uma forma que o Estado possui de assegurar, de forma vertical, aos seus cidadãos, tais direitos polifacéticos. No que concerne à perspectiva histórica brasileira, após o regime militar que se iniciou em 1964, os Direitos Fundamentais são inseridos na Constituição Federal de 1988, período esse conhecido como redemocratização.

Essa Constituição, conhecida como Cidadã, sobreleva tais direitos, dentro de um contexto jurídico e sócio-político, a fim de evitar o arbítrio do Estado e de seus prepostos, verificado no período de regime militar. A previsão legal desses direitos, no cerne da Constituição, encontra-se no seu Título II - “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, direitos esses que se constituem como um pilar do Estado Democrático de Direito.

Por ser meta primordial do Estado Democrático de Direito, os Direitos Fundamentais devem ser objeto de uma preocupação especial por parte do Poder Judiciário. Embora o

processo de judicialização não esteja restrito a esses direitos, estes requerem uma atenção diferenciada.

No que toca ao fenômeno da judicialização, a atuação judicial se calca sobre a previsão constitucional de proteção de direitos, ao mesmo tempo em que se verificam uma pretensão objetiva e uma pretensão subjetiva (MAGALHÃES, 2012). Nesse sentido, a judicialização decorre naturalmente da atuação do Poder Judiciário, quando da resolução judicial de conflitos.

Com efeito, vive-se no Brasil um momento de intensa judicialização de direitos, em especial de Direitos Fundamentais, o que pode ser explicado pelo fato desses Direitos serem considerados de suma relevância para o cidadão e estarem sendo constantemente desrespeitados pelo Estado. O problema surge quando esses Direitos entram em rota de colisão, entre si, ou com outras normas constitucionais.

Os Direitos Fundamentais são considerados princípios. Robert Alexy (2015) compreende que os princípios possuem caráter genérico e, por conseguinte, não dependem de situações fáticas por estarem presentes em vários graus de jurisdição. A motivação para atribuir aos Direitos Fundamentais o *status* de princípios repousa em seu conteúdo axiológico, o qual permite inferir que estes possuem elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico (VALE, 2009).

Embora seja visível a relevância dos Direitos Fundamentais, estes não são princípios absolutos. Tais princípios, diante do caso concreto, são passíveis de relatividade (LOPES, 2012). É diante dessa relatividade, somada ao fenômeno da judicialização e ao grande rol de Direitos Fundamentais grafados na Constituição Federal que emerge o fenômeno da colisão de Direitos Fundamentais.

Por colisão de Direitos Fundamentais, compreende-se o fenômeno onde valores e/ou princípios, previstos no texto constitucional de maneira simultânea, se embatem, evidenciando uma contradição concreta (ANDRADE, 1987). Nesse caso, esses conflitos são solucionados pelo Poder Judiciário. O questionamento que os autores desse artigo fazem diz respeito à postura com a qual o julgador deve adotar, a fim de dirimir essa colisão.

A colisão de Direitos Fundamentais torna-se um assunto ainda mais delicado, quando o fenômeno da transnacionalidade do direito é inserido nesse contexto. Explica-se: com o advento da globalização, as relações entre pessoas e entes de Estados soberanos distintos se estreitaram. Este fenômeno impacta diferentes áreas, inclusive no âmbito do Direito. Em decorrência da globalização, surge um fenômeno reflexivo denominado de

transnacionalidade, que remete à ideia de desterritorialização. A transnacionalidade articula o ordenamento jurídico mundial à margem da soberania estatal (STELZER, 2011).

Jessup (1965), o pioneiro a tratar desse assunto, compreende que o Direito Transnacional supera a dicotomia entre o público e o privado, visto que o Direito Transnacional é constituído pelo Direito Internacional Público e pelo Direito Internacional Privado, assim como as regras deles decorrentes. Assim, o Direito Transnacional engloba todo o direito que compreende a regulação de relações, ações ou eventos que ultrapassam as fronteiras nacionais.

Neste panorama, as colisões de Direitos Fundamentais não ficam restritas ao Estado Brasileiro, mas também ocorre entre Estados distintos, verificando-se conflitos entre a ordem nacional e a ordem transnacional. De acordo com Virgílio Afonso da Silva (2010), essas colisões podem ocorrer em dois aspectos, a primeira é a forma distinta de se garantir um mesmo direito; a segunda é a forma distinta de solução de uma colisão de direitos.

Diante dessas problemáticas ora expostas, questiona-se qual ferramenta deve ser utilizada em casos de colisões de Direitos Fundamentais quando estas ocorrem entre a ordem nacional e ordem transnacional. Ademais, será analisada a técnica defendida pelo jurista alemão Robert Alexy, que compreende o uso da ponderação e o princípio da proporcionalidade, e como estes podem ser recursos factíveis para superar a parcialidade em casos de colisões entre Direitos Fundamentais.

Por fim, a pesquisa utilizada nesse trabalho possui caráter teórico-bibliográfico, pois se pauta em livros e artigos referentes ao tema. Outrossim, pode-se caracterizar a pesquisa como qualitativa, eis que se analisou a teoria de Robert Alexy, no tocante à resolução de conflitos de direitos fundamentais.

2 A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Além do entendimento do conceito dos Direitos Fundamentais, é necessário compreender a sua importância diante do Estado brasileiro. Por ser um Estado caracterizado como Estado Democrático de Direito, o Brasil possui uma preocupação especial relativamente aos Direitos Fundamentais, pois são eles que protegem o homem. Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 110) demonstra a sua relevância, ao asserir que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências da dignidade da pessoa humana.”

Os Direitos Fundamentais, na visão de Vidal Serrano (2009, p. 15), consistem em um “sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformado a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões”. Para compreender o aspecto deontológico das normas, há de se relacionar direitos subjetivos com direitos fundamentais. Na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Robert Alexy (2014) expõe essa interação de direitos subjetivos com direitos fundamentais ao afirmar que a existência de um direito fundamental requer uma norma garantidora que o positiva. Entretanto, a existência da norma nem sempre garante a existência de um direito fundamental quando este não outorga direito subjetivo. Este autor alemão atribui relevância à normatividade, uma vez que em seu país de origem, assim como no Brasil, a positivação é a base do ordenamento jurídico.

Há uma gama de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Virgílio Afonso da Silva (2010) alerta sobre a possibilidade desses Direitos Fundamentais colidirem entre si. E essa colisão é mais frequente do que o que se imagina, cabendo ao julgador do caso concreto identificar o que é do que não é direito fundamental. Saber diferenciar regras de princípios é de suma importância para se compreender os Direitos Fundamentais. Essa diferenciação se faz relevante, já que as normas jurídicas, oriundas de suas características polifacéticas, podem ser regras ou princípios.

Robert Alexy (2014) aponta que essa distinção entre regras e princípios é a “mais importante diferença teórico-estrutural da norma para a teoria dos direitos fundamentais (...)”. Acrescenta o autor, com exemplos, que o conhecimento destes conceitos é um elemento fundamental para a dogmática de direitos, como o de liberdade, proteção, igualdade, dentre outros. Alexy (2014) ainda faz uma analogia da relevância dessa distinção com a de uma coluna-mestra de um edifício, só que, no caso, esta seria uma coluna-mestra dos direitos fundamentais por ser uma solução de questionamentos centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Entretanto, não há, na doutrina, um só critério objetivo capaz de distinguir regras de princípios. Ademais, paira uma celeuma doutrinária quando se refere a essa diferenciação. Nesse diapasão, Virgílio Afonso da Silva (2011) sustenta que não há uma classificação que seja mais ou menos adequada do que outras.

Robert Alexy diferencia regra de princípio, no âmbito da teoria da fundamentação. Em específico, no tocante aos direitos fundamentais, o autor afirma que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja

realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” (ALEXY, 2014, p. 90). Nessa perspectiva, como ponto decisivo na distinção de regras e princípios, foi estabelecido que é o âmbito de atuação e a forma como é dada essa atuação, que pode ser destinada ao caso fático ou de maior amplitude.

Consonante o nicho de atuação, o referido autor admite que uma regra, válida, deve fazer aquilo que se propõe, ou seja, deve ser limitada, não podendo abranger além do que se é exigido, muito menos ser omissa quanto ao seu objetivo. Nessa perspectiva, “Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.” (grifos dos autores) (ALEXY, 2014, p. 90).

Diferentemente das regras que possuem o caráter de determinação, os princípios são compreendidos como mandados de otimização. Essa compreensão se dá pelo fato de que os princípios podem ser satisfeitos em graus variados. É relevante demonstrar que a sua satisfação não se limita à dependência unicamente das possibilidades fáticas, o que se difere das regras. Ademais, os princípios também se fazem presentes nas possibilidades jurídicas (ALEXY, 2014). No que concerne ao âmbito das possibilidades jurídicas, Alexy (2014, p. 90) aduz que “O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”.

Diante do exposto, é possível observar que as regras possuem dois extremos, no que concerne à satisfação: estas regras nada mais são do que normas que podem ser totalmente satisfeitas ou não satisfeitas. Diferentemente, os princípios podem variar de satisfação em graus, ou seja, pode haver uma variação de graus de satisfação. Essa conclusão é denominada por Robert Alexy como uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. A distinção qualitativa é vista pelo autor como elemento fundamental para que seja possível diferenciar regras e princípios.

A existência de conflitos entre regras faz com que se recorde que estas não possuem graus de satisfação. Dessa forma, a regra mais específica no caso concreto deverá ser utilizada baseada no princípio da especialidade. Diferentemente, a outra regra será declarada inválida e terá incluída uma cláusula de exceção. Os conflitos entre regras resultam na validade de uma e na não validade da outra, visto que estes ocorrem na dimensão da validade (ALEXY, 2014). Quando há colisão de princípios ocorre para além da dimensão da validade, mas da dimensão do peso. Dessa forma:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com o outro princípio terá de ceder, isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá uma cláusula de exceção. (ALEXY, 2014, p. 93)

Por haver nos princípios o caráter de determinação, não será possível, em caso de colisão, denominar um princípio válido e o outro de princípio inválido. O princípio que irá prevalecer será aquele que está mais consonante com o caso. Robert Alexy reputa isso como “precedência”, ou seja, um dos princípios terá precedência em face do outro. É válido ressaltar que esta precedência não será *ad eternum*, mas somente sob a determinada situação. Dessa forma, terá um grau mais elevado de validade aquele princípio que melhor se conecte ao caso concreto e, por conseguinte, será o que prevalecerá.

3 A TRANSNACIONALIDADE DO DIREITO

A globalização não é um fenômeno recente, mas sua incidência torna-se cada vez mais perceptível no cotidiano da sociedade hodierna. É fato que hoje as relações internacionais, as trocas de informações, as mudanças no âmbito econômico fluem com facilidade, a partir de reiteradas novas tecnologias que são oriundas, de forma direta, desse fenômeno. O Direito tem como pilar de sua pretensão a tutela das relações sociais, conseqüentemente, cabe a ele se preocupar com as vicissitudes sociais, bem como com as novas relações jurídicas que são frutos da globalização.

Há uma relação direta entre a transnacionalidade e a globalização. A primeira pode ser compreendida como um fenômeno reflexivo da segunda. Assim, a transnacionalização não é um fenômeno distinto da globalização. Em uma perspectiva etimológica, o termo transnacional é oriundo do prefixo *trans* que, no latim, significa “além de”. Destarte, o termo “transnacional” diz respeito àquilo que vai além da nação. Referido fenômeno tem como característica a permeabilidade. A globalização, por sua vez, possui uma perspectiva de envolvimento, de conjunto, enquanto a transnacionalidade é um novo espaço, que não se confunde com espaço internacional ou nacional (STELZER, 2011).

Essas fenomenologias se intensificam concomitante com a expansão do capital, ou seja, a partir do pós-Segunda Guerra, quando o mercado necessita aumentar as suas fronteiras comerciais (BECK, 1999). Essa perspectiva econômica é a energia motriz para o surgimento de novos contextos entre nacionalidades distintas. Atualmente, a economia de um país não se faz independente do desenvolvimento econômico de outros países; as relações internacionais nesse âmbito são fatores basilares para a transnacionalidade. Com o avanço comercial, as fronteiras físicas entre nações não são mais consideradas como um fator impeditivo do

desenvolvimento econômico. Nesse cenário, empresas multinacionais impactam diretamente nas relações entre cidadãos de nacionalidades distintas.

Embora a Economia seja considerada uma Ciência autônoma, possui ela uma capilaridade capaz de se entranhar em diversas outras searas cognitivas. A interrelação com o Direito é um exemplo. Alguns autores afirmam que a Economia se encontra presente de forma ubíqua na sociedade, daí a razão pela qual o Direito sentiu a necessidade de se relacionar com essa Ciência, transformando-se em um instrumento econômico (ROSA, 2011).

Diante do exposto, pode-se observar que há uma nova natureza na perspectiva mercantil. Agora, o mercado é internacionalizado, desembocando em mudanças na sociedade. Assim, essa internacionalização do mercado passa a influenciar diretamente os Estados, os empresários e aqueles que possuem relação direta com o comércio; uma decisão tomada em um dado mercado gera consequências e impacta toda uma sociedade. Ao observar que essas consequências e impactos repercutem na vida da sociedade, é preciso avaliar, de forma crítica, os aspectos negativos que essa fenomenologia da transnacionalidade pode vir a reverberar.

Santos (2012) alerta que a mundialização do comércio e os fenômenos daí derivados ocasionam aos Estados-Nação uma fragilidade em suas regulamentações. Essa afirmação está fundamentada no fato de que, de acordo com a soberania estatal, cabe ao Estado somente regulamentar juridicamente as suas relações internas. Dessa forma, é preciso observar que essa crítica alerta para a fragilidade e uma possível problemática, compreendida sob o ponto de vista regulatório.

De acordo com as novas relações e transformações que ocorrem por meio do avanço tecnológico, também se originam conflitos políticos, jurídicos, econômicos e sociais. O surgimento de tais conflitos é natural da transnacionalidade, e, em havendo conflagrações, deve o direito buscar solucioná-las. Por ser um fenômeno relativamente recente, direitos diversos, inclusive direitos fundamentais e difusos, precisaram ser criados com a finalidade de harmonizar a convivência da sociedade internacional (FERNANDES E SANTOS, 2014).

Essa necessidade de inovação normativa do sistema jurídico, no que concerne à criação de novos direitos, é um exemplo de demanda transnacional. Embora haja algumas inovações, o Estado, diante das preditas necessidade, ainda não consegue responder, de forma sólida e consistente, à complexidade dessas demandas. Nessa perspectiva, acumulam-se os problemas, formando uma crise cíclica. Para os autores Cruz e Bodnar (2011), o fator principal para esse cenário é o próprio Estado Constitucional Moderno.

As demandas transnacionais são consideradas pela doutrina moderna como “novos direitos”. Essa denominação é assim utilizada pelo fato de que tais necessidades são fundamentais para o homem, no aspecto de indivíduo, e pela coletividade, no aspecto internacional. Nessa perspectiva, vale salientar que a característica de ser fundamental se dá por abranger os direitos difusos e transfronteiriços no que concerne à efetividade. Dessa forma, pode-se afirmar que a transnacionalidade tem sua essência a partir das demandas transnacionais (GARCIA, 2009).

4 CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO NACIONAL E TRANSNACIONAL

Nos dias atuais, observa-se o surgimento de novos direitos, inclusive de direitos fundamentais como visto acima; quanto maior o leque de direitos fundamentais, e quanto mais vago for o seu conceito, maior será a consequência no que concerne à incidência de colisão desses direitos. Ou seja, a quantidade de direitos fundamentais tutelados pelo Estado está ligada, de forma intrínseca, à possibilidade de conflitos entre eles.

Logo, o fenômeno da transnacionalidade do direito não se restringe a um espaço unicamente doutrinário, mas também prático. Essa afirmativa é fundamentada no fato de que a valoração dos direitos fundamentais, compreendidos por Robert Alexy como princípios, deve ser guia para as decisões judiciais.

Para que se possa denominar um direito com o termo “novo direito”, é necessário, inicialmente, compreender que essa denominação não se refere ao surgimento de qualquer direito. Este deve possuir determinadas características além de se incluir em um contexto universal. Logo, quando há afirmação de que há um crescente surgimento dos “novos direitos”, isso se refere a um grupo de direitos fundamentais com características peculiares.

A terceira geração dos Direitos Fundamentais remete, prontamente, aos novos direitos. Paulo Bonavides afirma que é nessa geração que se encontram os direitos que estão “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade” (2006, p. 569). Nessa perspectiva, tais direitos não possuem destinatários objetivos ou singulares. Eles têm por “primeiro destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (BONAVIDES, 2006, p. 569).

A presença do caráter universal é de suma relevância para caracterizar o grupo de “novos direitos”. Ao recordar que a transnacionalidade é um fenômeno para além das

fronteiras nacionais, é possível observar a relação entre essa nova perspectiva de direito e essa fenomenologia. Com o fito de alcançar a universalidade como características basilares dos “novos” direitos, pode-se concluir que estes são, em simultaneidade, individuais, coletivos, difusos e, conseqüentemente, transindividuais (GARCIA, 2009). O caráter multifacetário desse grupo de direitos é o motivo de sua complexidade e da necessidade de compreendê-los. Ademais, por não se limitarem às fronteiras tradicionais estatais, deve haver uma cautelosa observação por parte do legislador ao tratar sobre o assunto e, também, por parte do judiciário ao julgá-lo.

A característica deontológica e principiológica dos direitos fundamentais faz com que a sua judicialização seja mais complexa. O surgimento desses novos direitos na perspectiva transnacional gera o questionamento de como deve ser construída a decisão judicial diante de um conflito entre direitos fundamentais de ordem nacional e transnacional. No que concerne a este conflito, o constitucionalista Virgílio Afonso da Silva (2010) afirma existir maneiras distintas de colisões entre eles. Enfatiza o autor, que ocorre conflito quando um texto constitucional e uma norma transnacional mencionam o mesmo direito, mas com formas distintas de garanti-los. Uma outra forma de conflito expressa pelo autor tem como impulsionador a própria solução da colisão, ou seja, quando, no âmbito nacional, o *modus* de solucionar o conflito de direitos é distinto da solução compreendida pelo âmbito transnacional.

As colisões citadas diferem-se na amplitude de entes que participam desse conflito, ou seja, na lateralidade. E, no que concerne à base, jurisprudencial ou legal, que originou o impasse entre a ordem nacional e a ordem transnacional. O conflito concernente à proteção do direito é caracterizado como uma colisão bilateral. Essa característica se dá por haver uma divergência entre o que está previsto na constituição, no âmbito nacional, e o documento, no âmbito transnacional. Dessa característica, já é possível compreender que o foco é a legislação. Nesse caso, há a proteção de um direito em comum, mas a previsão legal sobre este se difere entre às ordens, enquanto o documento legal transnacional prevê uma proteção mais ampla ou mais restrita quando comparado com a constituição estatal (SILVA, 2010).

Na outra possibilidade de colisões não há um foco no direito, mas na própria resolução do conflito. Nesse caso, há uma mesma tutela sobre um mesmo direito, o que difere é a forma de solucionar a colisão. Aqui, encontra-se uma divergência do primeiro caso; por se tratar da forma de solução, a ênfase desse caso está voltada para a jurisdição. Esse choque jurisdicional é quadrilateral por haver uma disparidade entre decisões de tribunais; a decisão

de um tribunal nacional diante de um conflito difere da decisão tomada por um tribunal supranacional (SILVA, 2010).

Diante da explanação sobre a forma como ocorre os conflitos entre o âmbito nacional e o transnacional, sob a ótica de Virgílio Afonso da Silva, indaga-se quais as formas para solucioná-los, a partir das propostas de saneamento do jurista alemão Robert Alexy. Ademais, questiona-se sobre a existência de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais transnacionais.

5 PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE: TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com a problemática exposta referente ao surgimento de “novos” direitos originados da fenomenologia da transnacionalidade, há a conclusão de que a preocupação do Estado não deve ser mais limitada por fronteiras. Canotilho (2008, p. 286) demonstra que o pólo de tutelados foi alterado e, com isso, houve uma mudança substancial na constituição, “enquanto o problema da constituição nacional era a limitação jurídica do poder absoluto, o problema do constitucionalismo global reconduz-se à regulação de outras dinâmicas sociais relacionadas com a digitalização, a privatização e a rede global”.

São as dinâmicas sociais que movem o Direito, e, por conseguinte, as decisões judiciais também são por elas influenciadas. A significativa complexidade dos conflitos de direitos fundamentais transnacionais oriundos dessas dinâmicas advém do fato de envolver inúmeras nações com ordenamentos jurídicos distintos. As técnicas de saneamento de conflitos defendidas pelo autor alemão Robert Alexy possuem peculiaridades diante do caso concreto por possuírem uma natureza funcionalista. Diferentemente de outros doutrinadores, Alexy não limitou a sua teoria a determinados casos, mas dispôs ao tomador de decisões critérios a serem observados diante do fato.

Essa característica é de suma relevância no que concerne aos conflitos transnacionais, já que não haverá fragilidade de um ordenamento jurídico, ou seja, não é necessário que um ordenamento se sobressaia diante do outro. Mas, haverá uma avaliação do caso concreto diante dos elementos estabelecidos pelo autor, os quais deverão ser utilizados.

Inicialmente, é necessário compreender a ponderação como um elemento da proporcionalidade. Alexy define a proporcionalidade como um princípio ao relacioná-la com os direitos fundamentais:

Uma das teses fundamentais expostas na teoria dos Direitos Fundamentais é que esta definição implica no princípio da proporcionalidade com seus três subprincípios:

idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e vice-versa: que o caráter de princípios dos direitos fundamentais se segue logicamente do princípio da proporcionalidade.” (ALEXY, 2002, p. 26).

A diferença entre a ponderação e a proporcionalidade deve ser observada de forma criteriosa e pormenorizada, já que estas, por muitas vezes, são utilizadas em conjunto para a solução de conflitos entre direitos fundamentais. Como já constatado, para Robert Alexy, os Direitos Fundamentais, por serem valorados, são considerados princípios. Observando a sua relevância, um conflito entre princípios não gera invalidade ou hierarquia de um diante do outro, mas a precedência. Ou seja, avalia-se qual dos princípios possui o maior grau de satisfação; essa técnica é denominada de proporcionalidade.

É o caráter principiológico dos Direitos Fundamentais que faz com que as colisões entre eles sejam sanadas, por meio da proporcionalidade já que eles não podem permanecer estabelecidos em posições definitivas, e sim de acordo com a situação fática (ALEXY, 2014). A proporcionalidade, nesse contexto, pode ser definida como uma regra de simultânea interpretação e aplicação do direito. Essa técnica de solução conflito é utilizada quando houver uma relação em que a concretização de um direito fundamental restringe um outro direito fundamental ou um interesse coletivo. A sua aplicação evita que haja uma desproporcionalidade na aplicação dos princípios. Para que isso seja objetivado, é necessário que perpassa pela avaliação da adequação, necessidade e proporcionalidade, esta última em sentido estrito (DA SILVA, 2011).

O próprio termo “proporcionalidade” remete a uma ideia equânime. Essa técnica de saneamento de conflito tem como objetivo principal a consecução da justiça, mas para que isso aconteça, não necessariamente, é preciso que haja uma única saída para a solução. Realocando no contexto principiológico dos Direitos Fundamentais, pode-se afirmar que através da aplicação da proporcionalidade será possível, havendo necessidade no caso, utilizar dois princípios de forma simultânea. A diferença entre eles se fará na variação do grau de satisfação. O princípio que tiver maior compatibilidade e uma maior incidência de proteção será aplicado em maior escala quando comparado com o outro. Entretanto, o princípio que será aplicado de forma subsidiária ainda incidirá.

A peculiaridade do princípio da proporcionalidade diz respeito à sua capacidade de solução de conflitos, observando o grau de satisfação junto ao caso concreto. Isso permite ao judiciário uma flexibilidade em sua decisão, já que, ao invés de optar por uma única incidência de um direito fundamental, poderá optar por dois ou mais direitos fundamentais.

Essa gama de possibilidades oriundas do princípio da proporcionalidade é

compreendida, por muitos autores, como uma forma de relação de simultaneidade de aplicação de princípios basilares do direito, como é o caso da isonomia. Willis Santiago (2007) faz uma reflexão sobre o aspecto intrínseco entre os princípios da proporcionalidade e da isonomia. O autor afirma que ambos são peças fundamentais para a justiça. Ademais, ressalta a proximidade desses princípios através da própria etimologia do termo isonomia, na qual traduz a ideia aristotélica de igualdade proporcional.

Por ser um princípio-gênero da proporcionalidade como visto anteriormente, decorre de outros subprincípios, dentre eles a ponderação. Por se tratar de uma relação entre gênero e espécie, conseqüentemente, há uma relação de complementariedade. Ambas possuem os mesmos interesses constitucionais e para que haja a realização da ponderação, é essencial a proporcionalidade. Daniel Sarmiento (2003, p. 96) afirma que “Na verdade, ponderação e proporcionalidade pressupõem-se reciprocamente, representando duas faces de uma mesma moeda”.

A ponderação é descrita pelo autor germânico Robert Alexy como um modelo de fundamentação. Esta não é uma mera decisão, mas uma técnica que deve conter elementos de fundamentações necessárias para que tenha como consequência a decisão coerente. Dessa forma, não há uma limitação decisória, mas a ponderação permite ao jurista uma base sólida, observando a segurança em sua decisão (LIMA, 2014).

Tal técnica permite ao jurista ponderar, ou seja, avaliar qual princípio é mais consonante com o conflito. Esse fato gera uma maior segurança por afastar o risco de decisões que possuem caráter subjetivo, e que venham a adotar posicionamentos contrários aos direitos fundamentais. A presença da objetividade beneficia às partes envolvidas no processo e à própria sociedade, já que, ao serem informadas das razões que motivaram a decisão, há uma sensação de segurança jurídica diante da decisão tomada (SAKO; SILVA, 2005).

A objetividade deve ser um elemento sempre presente na resolução de conflitos, mas é sabido da dificuldade de afastar a subjetividade em sua totalidade. Por isso, faz-se relevante a utilização da ponderação. Robert Alexy denomina como “lei de ponderação” o conjunto de regras baseadas em fundamentações que são aptas para as decisões. A utilização dessa “lei” gera a capacidade de observar o grau de satisfação do princípio e, como consequência, prescrever que quanto maior o grau de satisfação, proporcionalmente, maior deverá ser a sua importância de satisfação quando comparado com o outro princípio em conflito (LIMA, 2014).

Suzana de Toledo Barros explana, objetivamente, os aspectos principais da ponderação e a finalidade do uso dessa técnica.

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento (colisão de direitos fundamentais) um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Assim se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo. (BARROS, 1996, p. 169).

Ambas as técnicas podem ser utilizadas nos dois conflitos expostos anteriormente de direitos fundamentais no âmbito transnacional, quando há uma mesma preocupação na consecução de um mesmo direito e a forma de proteção é diversa entre o texto constitucional e uma norma transnacional. Nesse caso, há que se falar em hierarquia, e a decisão irá variar de acordo com o País e a forma como este recepciona, em seu ordenamento jurídico, as normas transnacionais. No caso do Brasil, os tratados internacionais possuem o *status* supralegal, e até mesmo constitucional, quando atingir os trâmites e o quórum nas casas legislativas.

Na ausência de hierarquia no ordenamento jurídico, a ponderação e a proporcionalidade são técnicas de saneamento que podem ser usadas. O aspecto positivo de utilizá-las é que não haverá uma sobreposição de um dispositivo sobre o outro, mas apenas será utilizado o que melhor valorar a consecução do direito fundamental do caso. Nesse diapasão, a outra possibilidade de ocorrência de conflitos transnacionais exposta por Virgílio Afonso poderá ser resolvida por meio do uso das técnicas propostas por Robert Alexy. O foco desse segundo conflito está na sua própria resolução; os mesmos direitos são tutelados da mesma forma, entretanto a forma de solução de conflitos é distinta.

O último se trata de um choque jurisdicional entre tribunais distintos e de ordenamentos jurídicos divergentes, onde um tribunal nacional adota uma resolução de um conflito de forma oposta à de um tribunal transnacional. A complexidade dessa forma de conflito requer uma maior utilização da proporcionalidade, visando não optar unicamente por uma decisão, mas fazer o uso de ambas de forma simultânea, podendo gerar uma terceira solução capaz de satisfazer ambas.

6 CONCLUSÃO

A análise dos referenciais estudados permite constatar que Direitos Fundamentais se constituem em um pilar jurídico, dada à sua relevância para a consecução de uma vida digna para os membros de uma dada sociedade. Entretanto, embora tais direitos possuam o *status* de

princípio, estes não são absolutos e, conseqüentemente, podem entrar em colisão. A frequência da incidência dos conflitos entre os Direitos Fundamentais está diretamente relacionada ao seu âmbito de proteção e de suporte fático.

Através da distinção entre regras e princípios foi possível compreender que o conflito entre os pares possui conseqüências distintas no ordenamento jurídico. Assim, diferentemente dos conflitos entre regras, nos conflitos entre os princípios há uma dimensão do peso, ocasionando uma precedência diante do outro; no conflito entre as regras há dimensão de validade. Os princípios são compreendidos como mandados de otimização e por isso não há hierarquia entre eles.

Os conflitos entre os Direitos Fundamentais não estão restritos aos limites territoriais dos Estados. Situam-se no fenômeno da transnacionalidade, o qual gera novos conflitos políticos, jurídicos, econômicos e sociais. Como conseqüência deste fenômeno, há uma fragilidade nas regulamentações estatais, em especial, no que concerne à soberania dos Estados. Ao mesmo tempo, tal fenômeno, como resposta à demanda transnacional, deu origem a um grupo de direitos denominados de “novos” direitos. Estes, também, são fundamentais para o homem enquanto indivíduo, e para a coletividade, no âmbito internacional.

No âmbito transnacional, conclui-se, a partir da análise das obras de Virgílio Afonso da Silva, que há duas maneiras distintas de conflitos. Estes diferem-se quanto à amplitude de entes que participam do conflito, ou seja, a lateralidade; e, no que concerne à base, jurisprudencial ou legal, que originou o impasse entre a ordem nacional e a ordem transnacional. Um exemplo de conflito é quando um texto constitucional e a norma transnacional mencionam o mesmo direito, mas com formas distintas de garanti-los. Outro exemplo, é quando o conflito tem como impulsionador a própria solução da colisão, ou seja, quando o *modus* de solucionar o conflito de direitos entre o tribunal nacional e o tribunal transnacional é distinto.

Na compreensão do jurista alemão Robert Alexy, as propostas de resolução de conflitos transnacionais possuem peculiaridades diante do caso concreto por possuírem uma natureza funcionalista. Sua teoria não se limita a determinados casos, mas dispôs ao tomador de decisões critérios a serem observados diante do fato. É essa característica das técnicas de proporcionalidade e ponderação que as tornam capazes de solucionar conflitos transnacionais, já que não haverá fragilidade de um dado ordenamento jurídico.

Dessa forma, o uso dessas técnicas saneadoras de conflitos não causa uma fragilidade da soberania estatal do Estado em conflito, já que não é necessário que um ordenamento se sobressaia diante do outro. Haverá, pois, uma avaliação de caso concreto a observar, e, diante dos elementos estabelecidos pelo autor, definir qual técnica deverá ser utilizada. A diferenciação entre ponderação e proporcionalidade pode contribuir para a compreensão de como podem ser utilizadas, concomitantemente, para a solução de conflitos entre direitos fundamentais.

A proporcionalidade não admite posições definitivas; ela é uma regra de simultânea interpretação e aplicação do direito e, conseqüentemente, varia de acordo com a situação fática, cabendo o seu uso em situações que a concretização de um direito fundamental restringe um outro direito fundamental ou um interesse coletivo, evitando desproporcionalidade na aplicação dos princípios, maior flexibilização do judiciário em sua decisão e, conseqüentemente, consecução da justiça.

A ponderação descrita Robert Alexy constitui-se “lei de ponderação” que agrega elementos de fundamentação necessários à decisão coerente, permitindo ao jurista uma base segura para a decisão. A sua aplicação permite à observância do grau de satisfação do princípio.

Em síntese, na inexistência de hierarquia no ordenamento jurídico, o uso de ponderação e proporcionalidade não se configura hierarquia ou sobreposição de um dispositivo sobre o outro, devendo o jurista recorrer àquele que melhor valora a consecução do direito fundamental ou a ambos, a depender do caso em apreço. Proporcionalidade e ponderação alinham-se, portanto, aos mesmos interesses constitucionais e, por se configurarem uma relação entre gênero e espécie, denota-se uma relação de complementariedade.

À guisa de conclusão, afirma-se que as técnicas defendidas por Robert Alexy são de suma relevância para a resolução de conflitos de direitos fundamentais no âmbito nacional e transnacional. A sua utilização evita decisões de caráter *ad eternum*, e, como consequência, não determina uma sobreposição de um ordenamento jurídico nacional sobre um transnacional e vice-versa.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2014.

ALEXY, Robert. Epílogo a La Teoria de Los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios

Políticos e Constitucionales, Madrid, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 22, nº 66, set/dez 2002.

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Júnior. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Tradução de André Carone, São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, 2010.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 132, 2011.

FERNANDES, Rodrigo; SANTOS, Rafael Padilha dos. Transnacionalidade e os novos rumos do Estado e do Direito. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.9, n.1, 1o quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

GARCIA, Marcos Leite. “Novos” Direitos Fundamentais: características básicas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <
http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654
>. Acesso em jun 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5. ed., São Paulo: RCS Editora, 2007.

MAGALHÃES, Daniella Santos. A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <
http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526
>. Acesso em abr 2017.

JESSUP, Philip C. *Direito Transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva, São

Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31437>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em abr 2017.

ROSA, Alexandre Morais. *Direito transnacional, soberania e o discurso da Law and Economics*. Direito e transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2011.

SAKO, Emília Simeão Albino; SILVA, Celismara Lima da. A Aplicação do Princípio da Proporcionalidade na Solução dos Hard Cases. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, volume 832, p. 52-65, fevereiro de 2005.

SANTOS, Karla Margarida Martins. Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v.9, n.4, p. 59-91, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, 2003.

STELZER, Joana. *O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica*. Direito e transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2011.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Encaminhado em 25/06/2017

Aprovado em 22/11/2017