

35. PRINCÍPIO FORMAL DA SUBSIDIARIEDADE: uma análise crítica para uma teoria dos princípios formais

FORMAL PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY: a critical analysis for a formal principle's theory

Alexandre Van de Pol¹
Cláudia Toledo²

Resumo

O presente artigo constitui resultado parcial da pesquisa de dissertação de mestrado sobre parâmetros decisórios ao conflito de competências a partir da tese Mathias Klatt em *Positive Rights Who Decides*. Especificamente, trata-se aqui do princípio da subsidiariedade. Este princípio é fundamentado por Klatt nos trabalhos de Matthias Kumm e seus estudos sobre a legitimidade do direito internacional e do conflito político e jurídico entre a Corte de Justiça da União Europeia, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e as cortes constitucionais nacionais deste bloco internacional e deste continente. O problema central deste artigo é a obscuridade do tratamento da subsidiariedade enquanto parâmetro decisório, uma vez que, apesar de considerá-lo, Klatt não lhe estrutura argumentativamente, deixando vago como a sua utilização pode ser justificada e o que da construção de Kumm é pertinente à ponderação. A hipótese, constituída posteriormente à leitura exploratória da tese de Kumm, é de que a subsidiariedade é um princípio formal do direito internacional que justifica a inserção do parâmetro da subsidiariedade no conflito de competências desenvolvido por Klatt. Apesar disto constituir uma hipótese de confirmação da tese de Klatt, o ponto importante está na verificação das premissas e na correlação com o restante do escopo teórico do autor desenvolvido paralelamente e posteriormente ao seu estudo publicado sobre a subsidiariedade. A metodologia utilizada não poderia ser diferente daquela utilizada pelos próprios autores, a analítica, com ambos trabalhando a partir da teoria dos princípios de Robert Alexy. Em termos gerais, como dito, trata-se da busca de confirmação da tese do autor a partir de uma releitura das premissas, sendo uma revisão teórica crítica, assim, o objetivo geral é a própria revisão crítica da tese de Klatt. Para tanto, foi necessário aqui analisar criticamente a construção histórica, legal e teórico-jurídica da subsidiariedade tanto em Kumm, quanto em Klatt de forma comparativa. As conclusões foram várias, mas, principalmente que a subsidiariedade constitui um princípio formal procedimental do direito internacional e que diversos elementos da tese de Kumm encontram alocação na tese de Klatt como argumentos à ponderação de competências em diferentes parâmetros, entre eles argumentos ao próprio parâmetro da subsidiariedade.

Palavras-chave: teoria dos princípios formais, princípios formais procedimentais, princípio da subsidiariedade.

Abstract

This article is a partial result of the thesis research on decision factors to the competence conflict from the thesis of Mathias Klatt in Positive Rights Who Decides. Specifically, it is about

¹ Mestrando em Direito (UFJF)

² Professora do Mestrado em Direito e Inovação (UFJF), Orientadora

the principle of subsidiarity. This principle is supported by Klatt from the work of Matthias Kumm and his studies about the legitimacy of international law and political and legal conflict between the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights and the national constitutional courts of this international bloc and of this continent. The central problem of this article is the obscurity of the treatment of subsidiarity as a decisive parameter since, in spite of considering it, Klatt does not structure it argumentatively, leaving vague how its use can be justified and what of the construction of Kumm is pertinent to the balancing. The hypothesis, constituted after the exploratory reading of the Kumm's thesis, is that subsidiarity is a formal principle of international law that justifies the insertion of the subsidiarity factor in the conflict of competences developed by Klatt. Although this is a hypothesis of confirmation of Klatt's thesis, the important point is the verification of the premises and correlation with the rest of the author's theoretical scope developed in parallel and after his own article about the subsidiarity principle. The methodology here could not be different from the one used by the authors themselves, the analytical philosophy, with both working from Robert Alexy's theory of principles. In general terms, as mentioned, it is a search for confirmation of the author's thesis based on a re-reading of the premises, being a theoretical review critical, so the general objective is the critical review itself of Klatt's thesis. Therefore, it was necessary to analyze critically the historical, legal and legal theory of subsidiarity both in Kumm and Klatt in a comparative way. The conclusions were several, but mainly that subsidiarity is a formal procedural principle of international law and that several elements of Kumm's thesis find an allocation in Klatt's thesis as arguments to the weighting of competences in different parameters, among them arguments to the subsidiarity.

Keywords: *theory of formal principles, formal procedural principle, principle of subsidiarity*

Introdução

A subsidiariedade é um princípio formal procedimental do constitucionalismo cosmopolita que surge pela coordenação de Estados nacionais. Este princípio se estabelece como parâmetro decisório para as autoridades nacionais e internacionais quando estas se encontram em um conflito de competências multinível. Para compreender estas afirmativas será necessário adentrar em três discussões distintas. A primeira é sobre o que é um constitucionalismo cosmopolita, a segunda é sobre o que é um conflito de competências multinível e a terceira é sobre o que é um princípio formal procedimental e como ele se torna parâmetro decisório neste conflito.

A compreensão por um constitucionalismo cosmopolita é resultado da disputa de duas correntes jurídicas a dos nacional-constitucionalistas e a dos internacional-constitucionalistas e esta contenda é apresentada por Matthias Kumm. A base do debate está sobre se o direito internacional pode ou não corresponder as características de um constitucionalismo. Essas características então no entendimento de que uma constituição constitui um projeto normativo político proveniente de uma autoridade legítima que possui soberania sobre uma jurisdição determinada.

A discussão sobre projeto normativo político e jurisdição no constitucionalismo cosmopolita é mais simples. A discussão sobre autoridade legítima e soberania, contudo, demanda uma discussão mais profunda e coordenada. A primeira destas se relaciona ao processo histórico de formação de uma comunidade internacional em torno de um projeto normativo político e nos procedimentos que levaram a sua concepção. A segunda, relaciona-se com a recompreensão da soberania a partir deste processo, relativizando a autonomia do Estado para decidir sobre seus assuntos nacionais e internacionais a partir de uma integração com uma comunidade de Estados.

O conflito de competência multinível é o conflito entre as cortes constitucionais do sistema europeu de proteção de direitos humanos. Ele é chamado de multinível, pois há cortes responsáveis por esta espécie de proteção em diferentes esferas jurisdicionais no continente europeu. Em um primeiro nível há as cortes constitucionais nacionais, em um segundo nível há a Corte de Justiça da União Europeia e em um terceiro nível há a Corte Europeia de Direitos Humanos. Mathias Klatt realizará esta análise e nomeará este sistema de Triângulo das Bermudas europeu justamente pela potencialidade de conflito de seus níveis.

A terceira e última tese a ser apresentada neste artigo é a de que a subsidiariedade representa um princípio formal fundamenta normativamente a aplicação do parâmetro da subsidiariedade na ponderação de competências multinível. Para tanto, será necessário apresentar aqui o que é são princípios formais e suas espécies e o que é um parâmetro e seu papel em uma ponderação.

A hipótese deste artigo é de a subsidiariedade é um princípio formal procedimental que fundamenta o parâmetro da subsidiariedade no conflito de competências. Já o objetivo geral é produzir um entendimento completo da subsidiariedade. Para isto há três objetivos específicos a serem atingidos: i) compreender quais são os fundamentos materiais e normativos para a existência do princípio da subsidiariedade, ii) identificar a partir destes fundamentos o que é pertinente ao parâmetro da subsidiariedade e iii) sintetizar um princípio da subsidiariedade pertinente a teoria dos princípios de Robert Alexy.

Metodologicamente será realizada uma análise crítica e comparativa das três teses apresentadas por Kumm, Klatt e Alexy. Esta análise crítica i) analisará e comparará os trabalhos de Mathias Klatt e de Mattias Kumm, sobre o qual o primeiro se baseia, para compreender suas concepções de subsidiariedade e ii) analisará e comparará estes fundamentos a partir da teoria dos princípios de Klatt, permitindo, assim, iii) sintetizar indutivamente uma compreensão completa da subsidiariedade.

Uma vez que os autores analisados, Mathias Klatt e Mattias Kumm, partem do pensamento de Robert Alexy como marco teórico, tendo, inclusive, abordado a subsidiariedade dentro de um contexto de ponderação, esse autor será também o marco teórico que orientará este artigo.

A justificativa deste trabalho se dá, pois, quando Klatt elenca o princípio da subsidiariedade como parâmetro do conflito de competências no sistema normativo multinível europeu, ele não desenvolve criticamente sua compreensão, tão somente se referindo a Kumm. Assim, este artigo representa um estudo de aprofundamento nas premissas de Klatt e, por necessidade analítica, da fundamentação de Kumm para a subsidiariedade.

Klatt denomina este parâmetro de princípio da subsidiariedade, contudo, terminologicamente chamar um parâmetro de princípio confunde a razão de ser de um critério com a norma que declara o princípio que justifica o próprio critério. Mais detalhadamente, o parâmetro da subsidiariedade é um critério composto por argumentos de naturezas normativa e material que auxiliam na tomada de decisão sobre qual autoridade do sistema normativo multinível deve decidir. Terminologicamente, estou chamando de parâmetro justamente o conjunto de argumentos pertinentes a um mesmo critério avaliativo, no caso deste trabalho, o parâmetro da subsidiariedade. Já o princípio da subsidiariedade é uma norma de direito internacional que determina que a autoridade competente para tomar uma decisão deve ser apontada relativamente aos valores comunitário e individual. Esta distinção é relevante, pois, mesmo que o parâmetro aqui estudado se fundamente em uma norma, isto não significa dizer que todos o sejam.

1. Sistema normativo multinível europeu: constitucionalismo cosmopolita

A tese do constitucionalismo cosmopolita é resultado da disputa de duas correntes

jurídicas: a dos nacional-constitucionalistas e a dos internacional-constitucionalistas e esta contenda é apresentada por Matias Kumm (2013). A pergunta que orienta o debate está em se o direito internacional poderia ou não corresponder às características de uma constituição. Segundo os primeiros, uma constituição é um projeto normativo político proveniente de uma autoridade legítima que possui soberania sobre uma jurisdição determinada.

Enquanto que a discussão sobre projeto normativo político e jurisdição no constitucionalismo cosmopolita é mais simples, a discussão sobre autoridade legítima e soberania, demanda uma análise mais profunda e coordenada. A primeira discussão se relaciona ao processo histórico de formação de uma comunidade internacional em torno de um projeto normativo e político e dos procedimentos que levaram a sua concepção. A segunda, relaciona-se com a recompreensão da soberania a partir deste processo histórico, relativizando a autonomia do Estado para decidir sobre seus assuntos nacionais e internacionais à medida que se integra a uma comunidade de internacional. A seguir, analisar-se-á em subtópicos distintos as discussões sobre a legitimidade do direito internacional (1.1), sobre a soberania (1.2) e, por fim, sobre as discussões mais simples de projeto e jurisdição (1.3).

1.1. Fundamentos da legitimidade do direito internacional

Mattias Kumm em seu trabalho *The Legitimacy of International Law* (2004) reúne quatro conjuntos de argumentos de natureza normativa e material para reconhecer ao direito internacional sua legitimidade. Ele chamará estes conjuntos argumentativos de princípios, aqui, contudo, por rigor terminológico, chamarei a estes conjuntos argumentativos de fundamentos da legitimidade do direito internacional. Afinal, neste trabalho, o termo princípio tem origem tão somente normativa, enquanto que os fundamentos de Kumm vão além.

É importante destacar que, apesar de as fontes de Kumm não se restringirem à norma, muitos de seus fundamentos serão relevantes para acrescer maior densidade argumentativa ao que virá a ser o parâmetro da subsidiariedade e a outros parâmetros já existentes a partir dos trabalhos de Mathias Klatt. Afinal, conforme exposto, parâmetros e argumentos não tem fonte exclusiva no sistema normativo. Desta forma, à medida que os fundamentos à legitimidade do direito internacional forem sendo apresentados, indicar-se-á sua relevância aos parâmetros da ponderação de competências.

Na construção de uma tese pela legitimidade do direito internacional, o autor apontará quatro fundamentos: i) a legalidade, ii) a subsidiariedade, iii) a adequação procedimental e a participação democrática, e iv) a busca de objetivos razoáveis (2004, p. 918-827).

1.1.1. A legalidade internacional

O primeiro destes fundamentos é o que Kumm denomina princípio formal da legalidade internacional (2004, p. 918). Segundo o autor, o cumprimento dos procedimentos legais previstos para a positivação internacional “estabelece uma presunção em favor da autoridade de Direito Internacional”, constituindo o aspecto formal se sua legitimidade. Além deste fundamento jurídico, Kumm trará argumentos da ciência política para aprofundar o significado desta legalidade.

O direito internacional, principalmente o direito internacional que trata de normas direito fundamental, é de extrema significância procedimental pois é fruto da cooperação internacional. Seu processo de produção é rigoroso, demanda aprovação de diversas instâncias e agentes políticos internacionais e nacionais e sedimenta a coordenação dos países em prol de algo acordado entre os signatários.

Os propósitos são diversos: coordenação de ação econômica, política, criminal, migratória, assistencialista e legal. Além disto, o sistema normativo do direito internacional

auxilia na estabilidade do direito doméstico e de regimes democráticos (Idem, p. 919). Seguir os ditames deste direito e o promover, para muito além de uma questão de legalidade, é uma questão de justiça.

Em uma era pós-positivista no qual o Direito se produz tanto a partir da legalidade, quanto da persecução do princípio material da justiça, a produção do direito internacional significa o cumprimento de um dever *prima facie* de civilidade (Idem, p. 918). A motivação primeira deste processo, segundo o autor, é o tratamento das externalidades em termos de justiça (Idem, p. 919), inspirado em Rawls, e que trata da busca de uma solução coordenada das nações para os resultados negativos de suas atividades.

O fundamento da legalidade do direito internacional para Kumm não seria devido apenas pelo cumprimento de procedimentos legislativos, mas pelo cumprimento de um dever de justiça a que todos os Estados de Direito estão compelidos.

Ao considerar os argumentos trazidos dentro desta fundamentação, é possível dizer que o entendimento deste dever internacional de realizar o conteúdo de justiça, minimamente em relação às externalidades negativas das atividades nacionais, constitui um argumento para que a autoridade internacional deva decidir quando em um conflito de competências. Assim, surge o argumento das externalidades negativas relevantes ao conteúdo de justiça a partir da tese de Rawls (1971, p.333-42), argumento este que fará parte da construção de um parâmetro da subsidiariedade [item 2.1].

1.1.2. A subsidiariedade

O segundo destes fundamentos de Kumm é de natureza jurídica e o autor lhe denomina legitimidade jurisdicional o princípio da subsidiariedade (Idem, p. 920). Esta fundamentação é importante tanto para a legitimidade do direito internacional, como para uma recompreensão da concepção de soberania quanto para a análise do princípio formal da subsidiariedade. Desta forma, ele será analisado ao final das exposições sobre legitimidade e soberania e antes da análise da subsidiariedade enquanto princípio.

1.1.3. A adequação procedimental e a participação democrática

O fundamento da adequação e da participação de Kumm é apresentado como legitimidade procedimental: o princípio da adequada participação e responsabilidade (Idem, p. 924). A construção desta fundamentação visa relativizar a gravidade atribuída pelos autores nacional-constitucionalistas à distância entre a produção da norma de direito internacional e a participação democrática. Segundo estes autores, esta distância impediria a responsabilização eleitoral dos representantes democráticos envolvidos no processo de positividade das normas de direito internacional. Esta distância, inclusive, mitigaria ainda mais a potencial participação democrática direta, pois aconteceria em ambientes internacionais de ainda mais difícil acesso.

Além da distância (Idem, p. 914), os nacional-constitucionalistas atacarão a legitimidade do direito internacional a partir do entendimento de que cada um dos Estados-membros possui procedimentos de validação internos distintos. A distinção procedimental por si só não é o problema, o problema estaria no fato de que, em uma comunidade internacional, existem países democrático e países não democráticos – ou menos democráticos. Esta diferença afetaria o resultado da cooperação internacional e condicionaria países democráticos à valores impróprios (Idem, p. 926).

A contraposição de Kumm a estes argumentos é que a legislação internacional, tal como a legislação nacional, é aprovada domesticamente, o que equivaleria às distâncias já existentes. Além disso, uma vez que o Estado signatário realiza os procedimentos de validação internamente, ao Estado é dada a oportunidade de avaliar a adequação das normas do direito

internacional à própria constituição, bem como reconhecer legitimidade dos procedimentos democráticos alheios. Assim, a crítica de risco democrático para o Estado signatário só se encontra presente nas hipóteses de coerção política, econômica ou militar no cenário internacional, algo que, por sua extensão, não será abordado aqui.

Apesar de Kumm não considerar que os argumentos nacional-constitucionalistas afetam a legitimidade do direito internacional a partir da diferença de procedimentos e de densidade democrática, é preciso destacar que o direito internacional é fruto de um momento do cenário internacional. Significa dizer que mesmo que sua legitimidade e teor democrático existam durante a positivação de normas de direito internacional, as decisões provenientes de órgãos internacionais criados nestes sistemas estão diluídas no tempo, ou seja, podem ser dadas cenários mais ou menos democráticos. Consequentemente, a avaliação da legitimidade democrática destas decisões permanece pertinente em uma ponderação e deve, sim, considerar tanto os procedimentos, quanto a participação democrática dos Estados-membros.

O embate trazido na construção deste fundamento traz novos argumentos a serem considerados no parâmetro da legitimidade democrática de Mathias Klatt (2015, p. 370), contudo, na dimensão internacional e será denominado aqui como argumento da legitimidade democrática internacional.

1.1.4. A busca de objetivos razoáveis

O fundamento da busca de objetivos razoáveis de Kumm é apresentado por ele como alcançando resultados razoáveis e constitui o quarto de seus fundamentos (2004, p. 927). Esta fundamentação representa uma contra argumentação à concepção de que decisões dos órgãos administrativos internacionais que afetam princípios materiais mitigam a legitimidade desta autoridade.

Significaria dizer que a legitimidade do direito internacional é mitigada a cada resultado negativo na esfera internacional. Segundo o autor, isto mergulharia o direito internacional na anarquia, afinal, resultados tanto negativos quanto positivos fazem parte da função deste órgão e, inclusive, justificam sua legitimidade. Entretanto, isto não exclui a possibilidade de normas internacionais injustas ou ineficientes serem contestadas (Idem, p. 927). Contestação esta que demanda e reforça a legitimidade de uma autoridade de um órgão internacional jurisdicional.

Apensar de este embate não afetar a legitimidade do direito internacional de modo significativo, ele traz à ponderação um novo argumento para o parâmetro da afetação dos princípios materiais em jogo (KLATT, 2015, p.371). Isto, pois, quando uma corte constitucional internacional decide sobre direitos fundamentais, estará afetando toda a comunidade, daí o argumento da proteção internacional de princípios materiais.

Destaca-se, ainda, que é justamente a busca da proteção de princípios materiais que coordena os esforços de Estados-membros em um constitucionalismo cosmopolita como o europeu, constituindo uma parte do projeto normativo político da comunidade.

1.2. Recompreensão da soberania

A segunda discussão apresentada aqui se relaciona com a recompreensão da soberania a partir do processo histórico de integração nacional a uma comunidade internacional. Este processo de integralização, segundo Kumm, acabará por relativizar a soberania dos Estados-membros para decidir sobre seus assuntos internos e externos à medida que esta integração se torna mais profunda política e juridicamente.

1.2.1. Histórico

Segundo Kumm, a doutrina internacionalista não começou a desenvolver e se preocupar com o tema da integração internacional até o final da Guerra Fria (2004, p. 911). Este desinteresse teria três razões principais. A primeira, porque o direito internacional anteriormente era visto como ou inefetivo ou inconfiável diante um cenário de conflito permanente. A segunda, porque o direito internacional tratava de processos de descolonização ou do desenvolvimento econômico de países periféricos – o que significava que tais tratados não versavam diretamente sobre os países centrais ou seus cidadãos. E a terceira, porque, em termos de legitimidade, exigia-se pouco tradicionalmente dos tratados internacionais, pois tratavam ou de tecnicidades internacionais ou de assuntos consulares de menor atingimento, temas de menor relevância política (Idem, p. 912).

Contudo, com o fim deste período histórico, percebeu-se que a institucionalidade internacional havia se expandido significativamente tanto em importância, quanto em conteúdo. O direito internacional era campo de posituação sobre direitos humanos, migração, meio ambiente, criminologia, entre outros temas (Idem, p. 913). Isto representava condicionantes considerados profundos à autonomia nacional e à flexibilidade das mudanças político-partidárias (Idem, p. 915). Consequentemente, começam os questionamentos sobre a legitimidade do direito internacional em prol da defesa da soberania nacional.

A legitimidade do direito internacional fora abordada acima. Ela é relevante no sentido de reconhecer que as normas de direito internacional são válidas para os Estados-membros de uma comunidade. Aqui, será apresentada a fundamentação de Kumm que sustenta que a soberania não deixa de existir em uma comunidade internacional, mas que tão somente ela é compartilhada com outros Estados. Assim, ao mesmo tempo que um cidadão de um Estado-membro é influenciado pela posituação comunitária pela participação de cidadãos de outros Estados, ele da mesma forma ele o faz em relação a este cidadão, constituindo uma soberania compartilhada.

1.2.2. O debate dos nacional-constitucionalistas e internacional-constitucionalistas

A solução ao problema da soberania é fruto da síntese do debate entre nacional-internacionalistas e internacional-constitucionalistas. A primeira corrente de pensamento afirma que no sistema normativo multinível a decisão final sobre uma matéria reside na corte constitucional nacional. A segunda, afirma que no sistema normativo multinível esta decisão reside na corte constitucional internacional. Desta forma, cada uma das correntes argumentará pela supremacia de um órgão jurisdicional constitucional distinto dentro deste sistema normativo multinível.

Os nacional-constitucionalistas reunirão argumentos a partir de três fundamentos para afirmar que a supremacia das normas de direito internacional afeta ou elimina a soberania nacional. O primeiro, trata-se da necessidade de uma especificidade de política pública no atendimento a direitos fundamentais domesticamente previstos ou de objetivos regionalmente relevantes. O segundo, trata-se da necessidade de as cortes constitucionais nacionais reverem as decisões das cortes constitucionais internacionais que possuam conteúdo *ultra vires* (KUMM, 2005, p. 264). O terceiro, é sobre a potencialidade de conflito entre as normas de direito internacional e de direito nacional (Idem, p. 265).

Os internacional-constitucionalistas reunirão contra-argumentos à esta concepção a partir de quatro fundamentos. O primeiro, trata o direito internacional como um sistema normativo superior hierarquicamente ao sistema normativo nacional, o que se baseia na concepção kelseniana de autoridade e fundamento (KUMM, 2013, p. 606). O segundo, trata o direito internacional como tendo legitimidade autônoma e progressiva (Idem, p.609). O terceiro, trata que o direito internacional e o direito nacional possuem valores fundamentais semelhantes, portanto, eles não seriam argumento contra a legitimidade do direito internacional

(Idem, 609). Mattias Kumm chega a afirmar que argumentação contra a supremacia do direito nacional é considerada, inclusive, como uma *bete noir* por estes doutrinadores (Idem, p.610).

Alguns dos argumentos acima, tanto dos nacional-constitucionalistas, quanto dos internacional-constitucionalistas, serão considerados na ponderação de competências entre as cortes constitucionais nacionais e as cortes constitucionais internacionais. Isto, pois alguns deles já preveem existência de um conflito de competência, sendo argumentos que visam defender a própria competência de uma das cortes. Alguns deles, inclusive, pertencem ao próprio parâmetro da subsidiariedade que será refinado aqui a partir do que acerta Klatt (2015).

A consideração deles como argumentos presentes em parâmetros da ponderação significa buscar uma solução jurídica considerando todas as circunstâncias normativas e materiais pertinentes ao caso concreto. Isto é possível, pois a autonomia compartilhada, que substitui a concepção de soberania dos Estados-membros em um sistema normativo multinível, é dada em grau, sendo otimizada coordenadamente a outros princípios pertencentes ao sistema normativo.

O primeiro argumento dos nacional-constitucionalistas se responde pela elaboração do argumento da proximidade institucional pertencente ao parâmetro da subsidiariedade. Este argumento acerta que quanto mais próximo institucionalmente uma das cortes estiver da solução do problema e mais capaz, portanto, de o resolver, mais competente será esta corte para decidir.

O segundo argumento dos nacional-constitucionalistas se responde pela própria implementação da ponderação, afinal, uma decisão só é *ultra vires* quando ela viola os termos da ação ou da competência da corte. Significa dizer que este argumento em muito expressa o próprio problema político gerado por uma ponderação deficiente. Kumm, inclusive, aborda como isto tem sido resolvido no contexto europeu. O terceiro argumento pertence ao segundo, pois expressa a busca de uma solução para o próprio conflito de competências, sendo um receio diante à incerteza jurídica do resultado deste conflito.

O primeiro argumento dos internacional-constitucionalistas pela supremacia constitucional da corte constitucional internacional frente as cortes constitucionais nacionais, a partir da recompreensão da soberania como autonomia compartilhada, deixa de fazer sentido. Isto, pois, como abordado, a relação de competência entre as cortes no sistema normativo multinível será dada em grau em relação às circunstâncias normativas e materiais do caso concreto.

O segundo argumento dos internacional-constitucionalistas sobre uma legitimidade autônoma e progressiva foi respondido no item 1.1, assim, reconhece-se a legitimidade do direito internacional por uma série de fundamentos. Apenas a título de destaque, a concepção de “progressivo” deste argumento está na leitura histórica da sedimentação das normas de direito internacional e do aprofundamento das relações a partir da previsão de normas de direito subjetivo cada vez mais extensivos e específicos no sistema europeu.

O terceiro argumento dos internacional-constitucionalistas sobre valores fundamentais semelhantes, constituirá a fundamentação de projeto normativo político dentro da tese de constitucionalismo cosmopolita desenvolvida por Kumm (2013) que será abordado à frente.

1.2.3. A obrigação de coordenação em torno das externalidades

Para Mattias Kumm a concepção de soberania como a plena capacidade de impor a lei sobre um território e a plena capacidade de autogoverno é mal compreendida (Idem, 611). A prática do autogoverno pleno é mitigado pela necessidade gerada a partir da responsabilidade dos governos de sanar as externalidades negativas em termos de justiça (Idem, 612).

Externalidades negativas constituem todo e qualquer efeito material sobre quaisquer outros cidadãos que não os nacionais a partir de ações do Estado ou de dentro do Estado no

qual estas externalidades são geradas. A ideia dada a partir do termo relevantes em termos de justiça será melhor abordada pelo próprio autor e por Rawls, sobre o qual Kumm se baseia, mas estas externalidades dizem respeito a coisas como a poluição do meio ambiente e represamento de águas, ou seja, ações que geram impactos materiais que por si só seriam injustos. Assim, excluir-se-iam elementos de política econômico-comercial (Idem, p. 612-3).

Apesar de a discussão sobre o que é ou não uma externalidade em termos de justiça ser bem mais profunda e problemática do que está apresentado aqui, o relevante, para uma nova soberania, é a percepção de que tais externalidade geram uma obrigação ao Estado. Uma obrigação de solucionar ou reparar coordenadamente com a comunidade afetada a externalidade em questão. Isto evidenciaria para o autor a interdependência das nações e a necessidade de tomar medidas coordenadas. O exemplo do meio ambiente em tempos de alerta sobre o aquecimento global e poluição global não é em vão, afinal, as medidas regionais serão mais efetivas que medidas isoladas e desordenadas.

As duas últimas discussões pertinentes à soberania e à formação de um sistema normativo multinível europeu que poderia ser chamado de constitucionalismo cosmopolita reside na compreensão de projeto normativo político e jurisdição.

1.2.4. Projeto político e jurisdição no constitucionalismo cosmopolita

Para Mattias Kumm, o argumento de que o direito internacional não constituiria um projeto normativo político pertinente a formação de um constitucionalismo cosmopolita não se sustenta. A partir da análise tanto do processo histórico de cooperação, quanto da produção de diversos tratados internacionais, principalmente os que dizem respeito a direitos humanos, não é possível afirmar – ou não é mais possível afirmar – que o sistema normativo internacional no caso europeu não represente não só uma normatividade vinculante como um sistema constitucional.

O ponto final da argumentação por um constitucionalismo cosmopolita europeu reside na compreensão de uma jurisdição orientada pelo princípio da subsidiariedade. Este princípio no sistema europeu representa a negação de uma hierarquia normativa na qual uma corte constitucional internacional estaria no topo. Este princípio representa a própria coordenação das cortes na busca da proteção dos direitos fundamentais presentes tanto nas constituições nacionais, quanto nos tratados internacionais.

É uma jurisdição coordenada na qual estão presentes as cortes constitucionais nacionais e internacionais. Esta coordenação não representa um conflito de competência insolúvel, pois é possível traçar parâmetros e argumentos capazes de orientar a consideração das circunstâncias materiais e normativas pertinentes. Abaixo será exposto o princípio da subsidiariedade e como ele se adequa à teoria dos princípios e como ele influencia na ponderação.

2. Princípio da Subsidiariedade

Como afirmam Kumm e Klatt, o melhor exemplo que se tem da existência e aplicação do princípio da subsidiariedade é derivado da União Europeia. Este princípio é considerado aqui como um princípio procedimental. Princípio procedimental representa uma de duas dimensões dos princípios formais na teoria dos princípios.

A Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2015) apresenta duas espécies de princípios, princípios materiais e princípios formais. O primeiro se refere às normas que declaram direitos fundamentais, como os direitos à saúde e a educação. O segundo, refere-se aos princípios que determinam que aquilo que foi autoritativamente produzido seja respeitado (Idem, p. 518), incluindo aí os princípios que “expressam questões de competência” (ALEXY, 2015, p. 331) e os princípios que instruem procedimentos (Idem, pp. 579 e 625). A primeira

destas espécies chamarei de princípios formais que declaram competência. Eles são responsáveis por atribuir a uma autoridade a capacidade de modificar uma situação normativa por meio de um ato institucional (KLATT, 2015, p.363). A segunda destas espécies chamarei aqui de princípios que declaram procedimentos. Eles são responsáveis por instruírem o que ou como as autoridades devem considerar ao alterar uma situação normativa.

A fundamentação normativa do princípio da subsidiariedade europeu reside em dois tratados internacionais. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados em seu art. 27 e o Tratado de uma Constituição para a Europa em seu art. 5º. Estas normas de direito internacional atribuem vinculabilidade dos Estados signatários à norma de direito internacional ao mesmo tempo que reconhecem a capacidade normativa de adequar domesticamente os termos dos tratados, permitindo o respeito às especificidades de cada Estado.

No caso do sistema normativo multinível europeu, como abordado anteriormente, contudo, tanto os agentes políticos nacionais, quanto internacionais são capazes de alterar a situação normativa. Esta modificação poder acontecer tanto em sede de um legislativo internacional, quanto em sede de um judiciário internacional. Assim, o princípio da subsidiariedade se torna mais complexo, pois demanda que sejam comportados na sua concepção não só argumentos para especificação doméstica das normas de direito internacional, como também argumentos em defesa da competência de cada um dos níveis deste sistema.

Como abordado na introdução, Klatt denomina este parâmetro de princípio da subsidiariedade, contudo, terminologicamente chamar um parâmetro de princípio confunde a razão de ser de um critério com a norma que declara o princípio que justifica o próprio critério. Mais detalhadamente, o parâmetro da subsidiariedade é um critério composto por argumentos de naturezas normativa e material que auxiliam na tomada de decisão sobre qual autoridade do sistema normativo multinível deve decidir. Terminologicamente, estou chamando de parâmetro justamente o conjunto de argumentos pertinentes a um mesmo critério avaliativo, no caso deste trabalho, o parâmetro da subsidiariedade. Já o princípio da subsidiariedade é uma norma de direito internacional que determina que a autoridade competente para tomar uma decisão deve ser apontada relativamente aos valores comunitário e individual das nações. Esta distinção é relevante, pois, mesmo que o parâmetro aqui estudado se fundamente em uma norma, isto não significa dizer que todos o sejam.

O princípio da subsidiariedade de Kumm, então, ao ser integrado apropriadamente por Klatt (2015) à teoria dos princípios formais de Alexy (ALEXY, 2016) será entendido como princípio formal da subsidiariedade. Princípio, pois é norma jurídica inerente ao sistema normativo internacional que se implementa de forma gradual, podendo ser mais ou menos realizada à medida que o sistema normativo internacional integra em maior ou menor medida aquelas normas do sistema normativo doméstico. É formal, pois não possui conteúdo relativo a direitos fundamentais, mas relativos a uma decisão jurídica. E é procedimental, pois determina como ou o que as autoridades devem considerar ao realizar modificações em uma situação normativa.

Desta forma, quando uma autoridade internacional realizar uma modificação normativa de forma a afetar uma ou mais normas do direito nacional de um Estado-membro e restar dúvidas sobre se aquela é a autoridade competente para o fazer, estabelece-se um conflito de competências.

Para solucionar este conflito de competências, recorrer-se-á à ponderação de competências e durante a justificação externa serão aplicados diversos parâmetros para se decidir a quem cabe a competência de modificar a situação normativa. Justificação externa é o processo no qual se reúnem os parâmetros e argumentos pertinentes à ponderação, sendo estes parâmetros e argumentos aqueles relativos às circunstâncias materiais e normativas do caso concreto capazes de influenciar a tomada de decisão.

O princípio da subsidiariedade constitui uma razão de natureza jurídica pertinente à esta

tomada de decisão, por isto, ele participa da justificação externa. Sua participação como parâmetro se deve pela diferença realizada neste trabalho entre parâmetros e argumentos. Parâmetros reúnem em si o complexo de argumentos tematicamente pertinentes à sua ideia central, podendo ser tanto argumentos de natureza material, ou empírica, quanto argumentos provenientes de outras normas.

O parâmetro da subsidiariedade, então, determina que quanto maior o valor comunitário de um sistema normativo, menor a competência das autoridades nele incluídas. Abaixo, expor-se-á a síntese de argumentos pertinentes ao parâmetro da subsidiariedade

2.1. Argumentos pertencentes ao parâmetro da subsidiariedade

O primeiro destes argumentos é o argumento das externalidades negativas relevantes em termos de justiça descrito no item 1.1. Segundo ele, quanto mais extensivas forem as externalidades negativas em termos de justiça, maior deve ser o papel da autoridade internacional para solucionar ou reparar estas externalidades.

O segundo, é o argumento da proximidade institucional fundamentado no item 1.2.2. Segundo ele, quanto mais capaz for uma autoridade de solucionar um caso concreto, mais competente será esta autoridade. Desta forma, este argumento é capaz de depor tanto a favor das cortes constitucionais nacionais, quanto da corte constitucional internacional. Seria possível, inclusive, chegar-se a conclusão de que, apesar de se tratar de um problema comunitário, a ação internacional é menos efetiva que iniciativas locais.

O último, é o argumento da individualidade nacional baseado na compreensão de projeto nacional apresentado ao longo do item 1, mais especificamente no item 1.2.4. Segundo ele, quanto mais densificadas estiverem as previsões normativas sobre um direito fundamental no sistema normativo comunitário, maior será a competência para a autoridade internacional decidir sobre a matéria. Desta forma, este argumento também é capaz de depor a favor tanto das autoridades internacionais quanto das autoridades nacionais. Isto por dois motivos. O primeiro motivo porque o sistema normativo internacional tendenciosamente realiza previsões normativas mais genéricas que aquelas do sistema nacional. O segundo, porque, mesmo em uma integração como da União Europeia, as políticas públicas sobre direitos fundamentais são condicionadas por processos históricos significativamente diferentes entre os países, demandando ações específicas.

O último ponto pertinente ao princípio da subsidiariedade está conectado a consideração de hipóteses nas quais um maior peso abstrato é atribuído a uma autoridade em relação a outra.

2.2. Primazia e supremacia constitucional

A discussão de supremacia das autoridades internacionais ou das autoridades nacionais já foi debatida no item 1.2, mais especificamente no item 1.2.2. Como concluído anteriormente, a relação entre estas autoridades em um sistema normativo internacional será dada em grau. Contudo, há elementos normativos que podem atribuir previamente um maior peso à competência de uma ou outra autoridade, significando que elas entram na ponderação com uma margem de vantagem (KLATT, 2015-A, p. 374).

No caso da União Europeia, segundo Klatt (2015-B, p. 16-24), o sistema normativo criado a partir da Constituição Europeia, em seu art. 5, atribui à competência da Corte de Justiça da Europeia esse peso abstrato maior para decidir, significando que ela tem uma primazia em relação às cortes constitucionais nacionais.

Art. 5 – Nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a Comunidade tomará as medidas de acordo o princípio da subsidiariedade se,

e na medida em que, os objetivos da ação perpetrada não puderem ser suficientemente realizados pelos Estados-membros e, portanto, devido à escala de efeitos da ação proposta, ser melhor alcançados pela Comunidade. [Destaques próprios].

Apesar de segundo os próprios doutrinadores europeus este artigo não ser claro em todos os seus aspectos (KUMM, 2004, p. 920), ele demandaria que a excepcionalidade à norma comunitária deveria ser dada por uma boa razão (Idem, p. 921). Uma boa razão dada de tal forma que atribuiria à autoridade internacional maior peso decisório.

Aqui, contudo, não vejo o porquê concordar com esta afirmativa, não pelo menos a partir simplesmente da tese de boa razão superficialmente apresentada pelos autores. A análise desta tese representa uma limitação deste artigo. Contudo, a partir da análise do artigo em si apresentarei uma breve análise.

Segundo o primeiro destaque realizado tão somente se evidencia que há um possível conflito de competência quando o sistema normativo internacional prevê a matéria em sob disputa. O segundo destaque apenas declara a existência do princípio da subsidiariedade, determinando-o como adequado a instruir a solução deste conflito. E o terceiro, apresenta o segundo argumento do parâmetro da subsidiariedade, o argumento da proximidade institucional do item anterior. Assim, este artigo determina que a presença deste argumento é necessária a qualquer relativização da competência comunitária sem, contudo, desconsiderar a pertinência dos outros parâmetros e argumentos da ponderação. Na medida que atender a um requisito legal representa maior dificuldade à relativização da competência comunitária, é possível afirmar que esta possui a referida margem de vantagem.

3. Limitações

O presente trabalho não considerou as relações entre Estados que não possuem entre si uma autoridade central de qualquer espécie capaz de interpretar e demandar aplicação de um conteúdo de direito internacional. Desta forma, as normas de direito internacional que tratam de relações privadas e comerciais tendem a não ser inseridas nesta construção teórica.

O presente trabalho não pretende solucionar o atual debate entre Klatt e Alexy quanto à uma ponderação combinada ou separada. Acredita-se, contudo, que tanto a solução por uma ou por outra forma de ponderação não afetará as conclusões deste trabalho.

Diferentemente dos trabalhos de Klatt e Kumm, não se ateuve aqui à análise das relações jurisprudenciais atuais a esta produção, nem se fez, como se pretende num tempo futuro, analisar a pertinência do princípio da subsidiariedade às relações regionais da América Latina, seguindo um processo de valorização dos elementos latinos e suas possíveis contribuições à Teoria do Direito.

Este trabalho pertence a uma pesquisa mais ampla sobre os parâmetros estabelecidos por Klatt. Contudo, não foram adiantadas conclusões parciais não publicadas sobre os outros parâmetros, cabendo detalhamentos futuros ao tema em trabalhos próprios.

4. Conclusões

O presente trabalho tinha como objetivos específicos i) analisar e comparar os trabalhos de Mathias Klatt e de Mattias Kumm, sobre o qual o primeiro se baseia, para compreender suas concepções de subsidiariedade e ii) analisar e comparar estes fundamentos a partir da teoria dos princípios de Klatt, permitindo, assim, iii) sintetizar indutivamente uma compreensão completa da subsidiariedade.

O primeiro e o segundo objetivos foram realizados de maneira coordenada ao longo de dos itens 1 e 2. Não foi possível desenvolver uma análise ponto a ponto e, portanto, isolada, dos

trabalhos, pois diversos fundamentos de ambos os trabalhos possuíam relevância tanto à tese por um constitucionalismo cosmopolita, a partir do reconhecimento de sua legitimidade e da necessária recompreensão da soberania nesta espécie de sistema, quanto à teoria dos princípios. Assim, concluiu-se pela presente estrutura para a síntese do princípio formal procedimental da subsidiariedade. Pontualmente as conclusões deste artigo foram:

1. Que a fundamentação pela legitimidade do direito internacional apresentada em A legalidade internacional (item 1.1.1) contribui para a fundamentação do argumento das externalidades negativas relevantes em termos de justiça e pertence ao parâmetro da subsidiariedade.
2. Que a fundamentação pela legitimidade do direito internacional apresentado em A adequação procedimental e a participação democrática (item 1.1.3) contribui para a fundamentação do argumento da legitimidade democrática internacional e pertence ao parâmetro da legitimidade democrática de Klatt.
3. Que a fundamentação pela legitimidade do direito internacional apresentado em A busca de objetivos razoáveis (item 1.1.4) contribui para a fundamentação do argumento da proteção internacional de princípios materiais e pertence ao parâmetro afetação dos princípios materiais em jogo de Klatt.
4. Que a contestação da corrente jurídica dos nacional-constitucionalistas sobre a necessidade de especificações regionais fundamenta o argumento da proximidade institucional e pertence ao parâmetro da subsidiariedade (item 1.2.2).
5. Que a compreensão de projeto nacional, um dos fundamentos à legitimidade do direito internacional apresentado (item 1.2.4) contribui para a fundamentação do argumento da individualidade nacional pertencente também ao parâmetro da subsidiariedade.
6. Que o princípio da subsidiariedade é um princípio formal procedimental que determina que quanto maior o valor comunitário de um sistema normativo, menor a competência das autoridades nele incluídas (tem 2).
7. Que, dentro das limitações apresentadas, a concepção de primazia das competências internacionais no sistema europeu, dá-se tão somente pela presença de um requisito necessário, qual seja, o argumento da proximidade institucional (item 2.2).

Referências

ALEXY, Robert. Princípios Formais. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Trad.). In. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi (Org.) Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Grupo Gen-Editora Forense, 2000.

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso jurídico racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Editora Landy. 2001.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Virgílio A. Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2015.

ALLAN, T.R.S. *Deference, Defiance, and Doctrine: Defining the limits of Judicial Review. The*

University of Toronto Law Journal, Vol. 60, nº 1. *The Role of the Courts in Constitutional Law*, Winter, 2010. Disponível em: < encurtador.com.br/mwxEZ> em 13 de Dez. de 2018.

BOROWSKI, Martin. *The structure of Formal Principles – Robert Alexy’s ‘Law of Combination’*. WORKSHOP, Principles Theory; On the nature of legal principles; 2007.

FELLESDAL, Andreas. *The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law*. In. *Global Governance as Public Authority: Structures, Contestation, and Normative Change*. Jean Monnet Working Paper 12/11. New York. New York University School of Law. 2011.

KLATT; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford Press, 2012.

KLATT, Matthias. *Balancing Competences: How institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conflicts*. *Global Constitutionalism* 4(2). 2015-A.

KLATT; Positive Rights: *Who decides? Judicial review in balance*. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, v. 13, nº 2, p.354-382, 2015-B.

KLATT, Matthias. *Judicial Review and Institutional Balance. Comments on Dimitrios Kyritsis*. *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. 2018.

KLATT; SCHMIDT, Johannes. *Epistemic discretion in constitutional law*. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 10, N. 1, p. 69105, 2012.

KUMM, Matthias. *The Legitimacy of International Law: a constitutionalist framework of analysis*. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, 2004.

KUMM, Matthias. *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*. *European Law Journal*, V. 11 nº 3, May, 2005.

KUMM, Matthias. *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law*. Indiana University Press. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 20, nº 2, 2013.

TOLEDO, Cláudia. *Competence Conflicts – Objective Criteria and Balancing of Formal Principles*. IVR – Congresso Mundial de Filosofia. No prelo 2017.

TOLEDO, Cláudia. *Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais e Conflito de Competências*. In: Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. (Org.).

BUSTAMANTE, Thomas et al. Belo Horizonte: *Initia Via*, v. 3, p. 278-293, 2014.

VAN DE POL, Alexandre. *Ponderação de Princípios Formais: proposições a partir da análise de Matthias Klatt*. 2017. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora.