

Aspectos constitucionais dos atores subnacionais nas relações internacionais

Jefferson Aparecido Dias.

Como citar: DIAS, Jefferson Aparecido. Aspectos constitucionais dos atores subnacionais nas relações internacionais. *In:* POSSAS, Lúcia M. V.; SALA, José Blanes (org.). **Novos atores e relações internacionais**. Marília: Oficina Universitária, 2010. p.243-254. DOI: <https://doi.org/10.36311/2010.978-85-7983-065-5.p243-254>



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0).

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0).

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia Creative Commons Reconocimiento-No comercial-Sin derivados 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0).

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DOS ATORES SUBNACIONAIS NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Jefferson Aparecido Dias¹

Antes de tratarmos da posição dos atores subnacionais nas relações internacionais, são importantes algumas considerações iniciais quanto ao foco que se pretende dar a esta apresentação e, também, sobre quais são as premissas das quais partiremos para chegar às conclusões que ao final serão apresentadas.

Primeiramente, gostaríamos de esclarecer que nossa manifestação se restringirá a uma análise jurídica das possibilidades que, em tese, existem para avaliar a validade dos acordos internacionais firmados por atores subnacionais. Não realizaremos qualquer análise econômica ou política, como também não pretendemos avaliar a conveniência e a oportunidade da celebração de tais acordos por Estados e Municípios, ou seja, se eles são bons ou não; limitar-nos-emos a demonstrar em quais casos esses acordos podem ser considerados válidos do ponto de vista jurídico.

Feita essa primeira observação, precisamos estabelecer algumas premissas a partir das quais será realizada a mencionada análise jurídica² e a primeira delas diz respeito ao papel que os princípios devem ocupar em nossa ordem jurídica.

¹ Procurador da República em Marília, Mestre em Teoria do Direito e do Estado pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha e Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, em Sevilha (Espanha).

² Estas premissas estão fundadas em trabalho de pesquisa anteriormente realizado e publicado em: DIAS, J. A. *Princípio da eficiência & moralidade administrativa*. 2. ed. Curitiba : Juruá, 2008.

De forma popular, o termo princípio é concebido como o início ou origem de algo; também pode ser o ponto de partida para uma jornada ou o alicerce de uma obra.³

Do ponto de vista jurídico, os princípios podem ser concebidos como a base sobre a qual se desenvolve o direito ou uma de suas vertentes ou, numa posição moderna, como uma das espécies de normas, ao lado das regras.

Pela primeira posição, os princípios não teriam força normativa e, portanto, somente trariam preceitos programáticos à espera de serem aplicados, sem qualquer obrigatoriedade. Já pela segunda posição, ou seja, pela qual os princípios são espécies de normas, eles têm força normativa e devem ser observados, da mesma forma que as regras, existindo apenas uma diferença entre ambos quanto à forma de sua aplicação.

Robert Alexy (1993, p. 86) defende que os princípios *“son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes [...] son mandatos de optimización [...]”* que podem ser cumpridos em diferentes graus, de acordo com o caso concreto, enquanto as regras *“son normas sólo pueden ser cumplidas o no.”*

A partir dos conceitos apresentados por Robert Alexy, vemos que as regras devem ser cumpridas numa relação de tudo ou nada, ou seja, ou uma regra é aplicável a um caso concreto ou não. Já com os princípios ocorre algo diferente, uma vez que eles podem ser aplicados em diferentes graus, mas na maior medida possível, de acordo com o caso concreto.

Essa distinção quanto ao grau de aplicação conduz a outra diferença entre princípios e regras que é a forma pela qual devem ser solucionados os casos em que ocorrer um conflito de regras ou uma colisão de princípios.

³ Derivado do latim *“principium”* (origem, começo), em sentido vulgar quer exprimir o começo da vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa (SILVA, De P. *Vocabulário jurídico*, v. 3, p. 36).

Na primeira situação, quando tivermos um conflito de regras, ou seja, quando duas regras puderem ser aplicadas a um caso concreto, deveremos solucioná-lo a partir de uma relação de tudo ou nada procedendo (DIAS, 2008, p. 24):

- 1) pela inclusão de uma cláusula de exceção em uma das regras;
- 2) pelo reconhecimento de invalidade de uma das regras, eliminando-a do ordenamento jurídico; ou
- 3) pela conclusão de inaplicabilidade de uma das regras ao caso.

Assim, a regra será aplicada ou não, não existindo a possibilidade de sua aplicação parcial.

Na segunda situação, quando dois ou mais princípios puderem ser aplicados ao mesmo caso concreto, é preciso lembrar que eles, como mandatos de otimização, admitem um cumprimento gradual, de diferentes formas, de acordo com o caso concreto. Na verdade, os princípios são razões que se inclinam numa ou noutra direção, sugerindo uma ou outra solução (DWORKIN, 2002, p. 42).

Aqui são necessárias duas considerações: a primeira delas é que entendemos, como vários autores, que não existem princípios absolutos, razão pela qual defendo que não é possível que um princípio prevaleça sempre em relação a todos os outros, sendo sempre necessário analisar o caso em concreto; e, em segundo lugar, julgamos que não é possível fazer uma hierarquização rígida de princípios, como se eles estivessem em uma tabela organizada a partir do que tem maior valor até aquele de menor valor, apesar de reconhecer a possibilidade de organização de uma relação de procedência flexível dos princípios, com a indicação daqueles que, *prima facie*, devem prevalecer em relação aos outros, admitindo, contudo, que essa relação seja alterada de acordo com os casos concretos.

Portanto, quando ocorrer a colisão de dois ou mais princípios, será necessário verificar qual deles deverá prevalecer no caso concreto, por meio de uma ponderação, utilizando uma relação de precedência condicionada (ALEXY, 1993, p. 92), na qual deverá

ser avaliado qual o peso que cada princípio possui no caso específico.

Tomemos um princípio P1 e outro princípio P2, ambos aplicáveis a um caso concreto, mas que levariam a resultados diferentes. Nesse caso, precisaremos verificar qual princípio deve ser prestigiado em relação ao outro, diante das condições do caso concreto.

As soluções possíveis para essa colisão de princípios podem ser representadas pelas fórmulas abaixo, nas quais "p" significa a prevalência de um princípio em face do outro, e "C", as condições nas quais isso ocorrerá:

- 1) P1 p P2
- 2) P2 p P1
- 3) P1 p P2 C 1
- 4) P2 p P1 C 2

Nas duas primeiras fórmulas, a solução indicada deve ser a adotada quando aplicamos relações de precedência previamente estabelecidas, ou se admitíssemos a existência de um princípio absoluto, uma vez que são incondicionadas, ou seja, independem das condições do caso concreto.

Já as duas últimas representam uma relação de precedência condicionada, pela qual devemos analisar as condições do caso concreto e verificar qual dos princípios (P1 ou P2), nessas circunstâncias, tem um peso maior em relação ao outro, como se utilizássemos a balança de Themis⁴ e, dependendo do lado para o qual pender a balança, um dos princípios deverá prevalecer sobre o outro no caso apresentado, sem que isso resulte na sua invalidação ou na inaplicabilidade do princípio preterido.

Ambos os princípios colidentes deverão ser respeitados, porém em graus diferentes, pois, ao prestigiarmos um princípio em relação ao outro, não podemos eliminar ou mesmo não aplicar

⁴ Na mitologia grega, Themis é a deusa da justiça e traz em uma de suas mãos uma balança e na outra uma espada.

de forma completa o princípio preterido, uma vez que todos os princípios válidos possuem um núcleo intangível que sempre coexistirá com os outros princípios aplicados ao caso concreto.

Uma metáfora que pode ser usada para facilitar a visualização dessa ponderação no caso de colisão de princípios é um encontro das águas de dois rios com colorações diferentes. Imaginemos o encontro dos rios Negro e Solimões em Manaus no Amazonas. São dois rios com águas de cores diferentes, enquanto o rio Negro possui esse nome por ter águas escuras, decorrentes da decomposição da madeira, as águas do rio Solimões têm um tom marrom claro, em razão de possuir uma grande carga de sedimentos argilosos. Quando chove mais na cabeceira de um dos rios, digamos que na do rio mais escuro, o Negro, suas águas vão avançar sobre as águas barrentas do rio Solimões. Numa outra circunstância, se as chuvas forem maiores do lado do rio Solimões, teremos um afluxo da água barrenta avançando sobre as águas negras.

Assim são os princípios: em algumas circunstâncias, um princípio, por estar com mais força, avança sobre o outro; em outras, o princípio que anteriormente foi preterido pode prevalecer. Isso é o que um juiz faz todos os dias ao sentenciar, o que um Procurador da República faz quando decide entrar com uma ação civil pública.

Importante destacar, ainda, que em todos os casos a constrição de um dos princípios deverá corresponder à maior aplicação do outro, ou seja, ao limitarmos a aplicação de um princípio, restringindo o seu conteúdo, deveremos, pelo menos na mesma proporção, ampliar o conteúdo do princípio que concluímos preponderante naquele caso.

Nesse sentido, Alexy propõe a adoção de uma *“ley de la ponderación”*, pela qual *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.”* (ALEXY, 1993, p. 161) .

Por essa lei, ao adotarmos uma solução para a colisão de princípios, ela deverá prestigiar um deles na mesma proporção (ou mais) que afronta o princípio preterido.

Para a realização dessa ponderação na solução das colisões, é muito importante a análise dos valores que cada um dos princípios visa preservar no caso concreto, ou qual o peso que eles possuem numa determinada situação.

Após tais ponderações, poderemos concluir qual princípio deverá prevalecer sobre o outro diante de certas circunstâncias e, dessa forma, a partir desta solução, adotar uma regra para a solução dos casos futuros de colisão de princípios, que poderá ser aplicada quando se repetirem as mesmas condições.

Assim agem os Tribunais que, a partir de suas jurisprudências, elaboram regras para a solução de colisões de princípios que serão aplicadas nos casos futuros todas as vezes que se reproduzirem as mesmas circunstâncias.

No caso brasileiro, o desenvolvimento de uma cultura de ponderação na aplicação da Constituição é imprescindível, pois o constituinte optou por organizar todo o sistema jurídico partindo de princípios expressos no texto constitucional, inovando a ponto de estabelecer expressamente quais princípios devem nortear a atuação da Administração Pública.

Feitas essas considerações sobre os princípios e a sua aplicação, inclusive no que diz respeito à solução das colisões, devemos analisar se existe alguma colisão de princípios nos casos de acordos internacionais celebrados por agentes subnacionais.

O primeiro princípio que nos interessa é o federativo que pode ser conceituado como a divisão de competências entre União, Estados e Municípios, de acordo com o previsto na Constituição Federal.

Na Constituição, tal princípio pode ser observado explícita e implicitamente nos artigos 1.º, 21, 49 e 84 , que prevêm:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político

[...]

Art. 21. Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

[...]

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

[...]

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (BRASIL, 1988).

No caso brasileiro, contudo, essa divisão de competências tem beneficiado a União em detrimento dos Estados e Municípios, como uma forma de aumentar a arrecadação federal e diminuir a parcela de recursos destinada aos orçamentos estaduais e municipais.

Celso Ribeiro Bastos critica tal divisão e defende que ela deveria prestigiar os Municípios (BASTOS, 1994, p. 145-146):

A federação é a forma de Estado pela qual se objetiva distribuir o poder, preservando a autonomia dos entes políticos que a compõem. No entanto, nem sempre alcança-se uma racional distribuição do poder; nestes casos dá-se ou um engrandecimento da União ou um excesso de poder regionalmente concentrado, o que pode ser prejudicial se este poder estiver nas mãos das oligarquias locais. O acerto da Constituição, quando dispõe sobre a Federação, estará diretamente vinculado a uma racional divisão de competência entre, no caso brasileiro, União, Estados e Municípios; tal divisão para alcançar logro poderia ter como regra principal a seguinte: nada será exercido por um poder mais amplo quando puder ser exercido pelo poder local, a final os cidadãos moram nos Municípios e não na União.

Portanto, deve o princípio federativo informar o legislador infraconstitucional que está obrigado a acatar tal princípio na elaboração das leis ordinárias, bem como os intérpretes da Constituição, a começar pelos membros do Poder Judiciário.

De acordo com esse princípio e as regras dele decorrentes, não seriam válidos os acordos internacionais celebrados por agentes subnacionais, uma vez que tais atos seriam privativos da União.

É importante, no entanto, verificarmos se, nos casos concretos, a celebração de acordos internacionais por agentes subnacionais, apesar de, em tese, violar o princípio federativo, não estaria amparada em outros princípios.

Imaginemos um determinado acordo, celebrado por um agente subnacional, com o fim de prestigiar o princípio da dignidade da pessoa humana que, usando as palavras de Joaquín Herrera Flores, pode ser conceituado: “não (como) o simples acesso aos bens, mas sim que dito acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado a priori por processos de divisão do fazer que colocam a uns em âmbitos privilegiados na hora de aceder aos bens e a outros em situações de opressão e subordinação.”(HERRERA FLORES, 2008, p.26).

A pergunta que devemos fazer é se esse acordo deve ser considerado nulo pelo fato de violar o princípio federativo ou, ao contrário, seria válido já que estaria justificado pelo princípio da dignidade humana.

Primeiro, é preciso decidir se vamos considerar o princípio federativo como sendo absoluto ou hierarquicamente superior aos demais princípios, caso em que o acordo acima mencionado seria nulo, em razão de não observá-lo. Tal decisão estaria amparada, em tese, pelos preceitos constitucionais acima mencionados.

Apesar dos mencionados preceitos constitucionais, entendemos que o princípio federativo não pode ser considerado como absoluto ou mesmo superior aos demais, uma vez que ele também deve ser aplicado dentro das possibilidades fáticas e jurídicas como todos os outros princípios.

Além disso, apesar de ele decorrer do princípio da soberania, que está acima do princípio da dignidade humana no já mencionado art. 1.º da Constituição, não podemos admitir que seja superior *prima facie* aos outros princípios, muito menos ao da dignidade humana, pois tal fato permitiria que o Estado, em nome da soberania ou do princípio federativo que dela decorre, praticasse agressões à vida das pessoas, torturas, perseguições políticas, tudo em nome do chamado “bem da nação”.

Assim, defendemos que o princípio federativo deva ser submetido a uma ponderação junto com os outros princípios com que colidir e, em algumas situações, deve ceder aos outros princípios que, mediante certas condições, devem ser prestigiados.

Também merece destaque o inciso VIII do art. 84, da Constituição, principalmente com as mudanças promovidas no texto constitucional pela Emenda n.º 45. Isso porque segundo uma interpretação do texto original da Constituição, todo tratado ou convenção internacional de que o Brasil fosse signatário deveria ingressar no ordenamento jurídico como se fosse um preceito constitucional.

Entretanto, a partir da inclusão do § 3.º ao art. 5.º da Constituição, pela Emenda Constitucional n.º 45, o tratado ou convenção celebrado poderá ou não ingressar no ordenamento jurídico nacional como emendas constitucionais se “forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.” (BRASIL, 1988)

Então vejamos: se a própria Constituição, na sua nova redação, reconhece que nem todos os tratados e convenções internacionais devem entrar no ordenamento pátrio como se fossem preceitos constitucionais e reconhece que eles podem ingressar como outro *status*, defendemos que alguns desses acordos internacionais podem ingressar no ordenamento jurídico como se fossem convênios, instrumentos jurídicos admitidos em nossa legislação e passíveis de terem como origem um acordo internacional, segundo nossa interpretação do texto constitucional.

Dessa forma, concluímos que, sob determinadas condições, os atos celebrados entre Estados ou Municípios com estados estrangeiros serão válidos se os princípios nos quais eles se baseiam estiverem em condição de prevalência sobre o princípio federativo, a partir da relação de precedência condicionada que já apresentamos, casos em que ingressarão no ordenamento jurídico brasileiro como se fossem um convênio.

Os servidores públicos federais, contudo, não poderão concordar com tal conclusão e, quando consultados, se manifestarão pela impossibilidade da celebração de acordos internacionais por agentes subnacionais.

Isso ocorrerá em razão do princípio da legalidade, pelo qual toda a atuação da Administração precisa ser precedida de uma atribuição normativa, cabendo à Administração atuar como executora de normas antecedentes, pois a “[...] ação administrativa apresenta-se-nos assim como exercício de um poder atribuído previamente pela lei e por ela delimitado e construído. Sem uma atribuição legal prévia de potestades, a Administração, simplesmente, não pode atuar.” (ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 1999, p. 376-377).

Hely Lopes Meirelles (1994, p. 83) resume a vinculação da Administração Pública: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador significa “deve fazer assim”.

Também bastante clara a lição de Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 29) sobre o tema:

Inexiste poder para a Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que ela não concede expressamente, nega-lhe implicitamente. Por isso, seus agentes não dispõem de liberdade – existente somente para os indivíduos considerados como tais – mas de competências, hauridas e limitadas na lei.

A lei agiria assim como uma “*jaula de hierro*” (MENDIETA, 2000, p. 29) a limitar a atuação da Administração Pública, admitindo apenas os movimentos que já estiverem nela previstos.

Daí a explicação porque, ao serem consultados sobre a possibilidade de os Estados e Municípios celebrarem acordos internacionais, os servidores públicos federais respondem que isso não é possível, e na qualidade de membros da Administração Pública não poderiam responder de forma diversa, uma vez que a sua atuação está vinculada ao previsto na lei, em razão do princípio da legalidade.

Aqui também teremos uma nítida colisão de princípios que deverá ser solucionada de acordo com a fórmula acima apresentada, e nos parece evidente que o princípio da dignidade humana deverá ser prestigiado, tanto em detrimento do princípio federativo quanto do princípio da legalidade. O mesmo poderá ocorrer quando a colisão se der, por exemplo, entre o princípio de preservação do meio ambiente e os princípios federativo ou da legalidade.

Assim, parece-nos equivocada a decisão de que todos os atos celebrados por atores subnacionais em relação a entes internacionais são ilegais, devendo ser analisadas, em cada caso concreto, as condições em que o ato foi celebrado e os princípios que se encontram em colisão com o princípio federativo.

Se esse princípio possuir um valor superior ao do princípio federativo, entendemos que o ato celebrado pelo autor subnacional será válido, amparado por uma relação de precedência condicionada.

Por essa mesma fórmula, se o princípio prestigiado possuir um valor inferior ao do princípio federativo, o ato celebrado não será considerado válido, já que, nesse caso, deve prevalecer o princípio federativo.

A partir daí, parece-nos que podemos abandonar um formalismo excessivo que tem levado à conclusão equivocada de que todos os atos celebrados por atores subnacionais com entes internacionais são inválidos e buscar uma plena efetividade de nossa Constituição e do ordenamento jurídico em defesa da dignidade da pessoa humana.