

O PRINCÍPIO DE SUBSIDIARIEDADE: CONCEITO E REVOLUÇÃO

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO*

Introdução. Constitucionalização da Ordem Econômica e Flexibilização da Constituição Econômica. Interpretação Constitucional Mutativa e Interpretação Harmonizante.

O princípio de subsidiariedade é examinado, com referência a vários temas que lhe são correlatos. Essas indagações prévias são necessárias, para a compreensão profunda da temática em questão. Suas relações, com a autonomia política e administrativa, levam às investigações em torno do federalismo, bem como ao nível de governo a que ele se refere, seja superior ou inferior. Seu valor jurídico e publicístico envolve várias discursões sobre sua própria natureza.

Essa relevância é apontada nos textos que abrangem a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha e sua aplicação pelo Tratado de Maastricht, com referências explícitas ao princípio, no que toca às competências exclusivas e às formas de integração federativa ou comunitária, tendo em vista a relação do princípio de subsidiariedade e o federalismo na União Européia¹.

O federalismo e a subsidiariedade levam às discussões em torno da liberdade e as atenuações daí decorrentes. Ressalte-se, entretanto, a rica tipologia do federalismo em suas realizações concretas, partindo das referências sobre a compreensão do que é federalismo, autonomia constitucionalmente qualificada, descentralização, processo de federação, repartição de poderes e pluralidade de governo.

As averiguações em torno da concepção de comunidade e eficiência estão presentes na elaboração básica do conceito.

Suas origens e significado jurídico apontam caminhos onde são mencionados Aristóteles, o pensamento cristão, a doutrina social da Igreja e as Encíclicas, com

¹ STEWING, Clemens. *Subsidiarität und Föderalismus in der Europäischen Union*, Carl Heymanns Verlag KG, 1992, 186 pp.

* Coordenador da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Livre-Docente e Doutor em Direito.

destaque para as disfunções e o bem comum. Essa compreensão envolve vários significados do paradigma ordenador, da sociedade civil, do Estado Social, da repartição de competências, Estado e Sociedade. As relações comunitárias e solidaristas envolvem a personalidade do homem, a auto-regulação e a compreensão do *Estado Mínimo*, de que nos fala Robert Nozick². A correlação entre comunidades, grupos e o modelo individualista pode configurar os tipos de relações na sociedade. Essas reflexões prévias, antecipatórias do tema, em suas particularidades, realçam o papel do governante e do governado, através da configuração da cidadania; a racionalidade das decisões públicas; o interesse local, com incursões na temática da subsidiariedade, liberdade, federalismo, democracia pluralista, equidade e indivíduo.

Nozick, ao propor o balizamento para o utopia e o modelo projetado para seu mundo, ressalta o papel de uma gama ampla e diversificada de comunidades, em que as pessoas podem ingressar, levando estilos de vida diferentes; ao mesmo tempo que individual ou coletivamente, devem concretizar as visões do bem-estar. Não se pode esquecer, como fazem todas as *formas autoritárias e totalitárias*, das divergências nas vidas concretas, presas à terra e ao modelo de mundo possível. A construção de tipo especial de comunidade, na qual o indivíduo deseja viver, não pode esquecer a natureza e a existência de outras *comunidades alternativas*, onde as pessoas podem ingressar livremente. Qualquer tipo de estrutura deverá, primeiramente, considerar que as pessoas são diferentes entre si: “Diferem em temperamento, interesses, capacidade intelectual, aspirações, inclinações naturais, anseios espirituais e modo de vida. Divergem nos valores que aceitam e usam pesos diferentes para aqueles que compartilham (desejam viver em climas diferentes — alguns nas montanhas e outros em planícies, desertos, beira-mar, cidades grandes e pequenas). Não há razão para pensar que haja uma única comunidade que sirva como ideal para todas as pessoas e há muitas para pensar que não existem” (Robert Nozick, ob. cit., pág. 335).

Os princípios fundamentais ou básicos para uma melhor sociedade, na qual todos possam viver, nem sempre realizam, concretamente, um único tipo de comunidade aceitável por todos, desde que será impossível definir, para todas as pessoas, exclusivo modo de vida e de viver. Não se pode esquecer, que as pessoas são complexas, como são as várias formas de relacionamento entre elas:

“I — Para cada pessoa, há um modo de vida que objetivamente é o melhor para ela.

a. As pessoas são bastante parecidas, de forma que há um modo de vida que objetivamente é o melhor para todas elas.

b. As pessoas são diferentes, de forma que *não* há um modo de vida que seja objetivamente melhor para todos, e

1. Os diferentes modos de vida são suficientemente semelhantes, de forma que há um tipo de comunidade (satisfazendo certas limitações) que objetivamente é melhor para todos.

2. Os diferentes modos de vida são tão desiguais, que não há um tipo de

2 NOZICK, Robert. *Anarquia, Estudo e Utopia*. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1991, trad. de Ruy Jungmann.

comunidade (satisfazendo certas limitações) que objetivamente sejam melhor para todos (não importando qual dessas diferentes vida é melhor para eles).

II. Para cada pessoa, na medida em que critérios objetivos do bem podem esclarecer (na medida em que eles existem), há uma ampla faixa de modos muito diferentes de vida que se igualam como os melhores. Nenhum outro é objetivamente melhor para que ele do que qualquer um nessa faixa e nenhum dentro da faixa é melhor do que qualquer outro. E não há nenhuma comunidade que objetivamente seja melhor para a vida de cada conjunto selecionado da família de conjuntos de vida não objetivamente inferiores”³.

Jean-François Revel, no seminário francês *Le Point*, em 1987, sob a denominação de quando o Estado se esfacela, chegou a afirmar que, sendo exageradamente pretensioso, o Estado marginaliza a sociedade e desestimula as iniciativas. Dentro dessa mesma reflexão, Michel Crozier (*Estado modesto, Estado Moderno*, (Editora Fayard, Paris, 320 páginas) considera o Estado pretensioso, interferindo no quantitativo e no abstrato, ao mesmo tempo que não liga para as necessidades qualitativas da sociedade, desestimulando toda e qualquer iniciativa. Para Crozier, referindo-se à França, o Estado esmaga a Sociedade. Em suas críticas ao Estado, entende, entretanto, que ele não pode mais voltar às funções “*minimalistas*”, do século XIX, desde que não se pode, hoje em dia, distanciar Estado e Sociedade, demasiadamente íntimos, nem provocar qualquer rompimento artificial. A Sociedade moderna não pode agüentar um sistema administrativo supercarregado e desorganizado. Destinada à complexidade e à inovação, não pode contentar-se com procedimentos arcaicos e estáticos. Fala-se, comumente, em crise da gestão pública, apesar da variedade das estruturas institucionais e burocráticas. Esse esmagamento, proveniente do Estado, acarreta atraso da Sociedade. Para Crozier, a Sociedade nasceu inteligente, ao passo que o Estado a embruteceu. O Estado não consegue modernizar as atividades e os serviços que ele criou (saúde, transporte, educação, previdência, justiça).

As necessidades das modificações são evidentes, ao passo que a Sociedade muda sozinha, quando vê que é necessário. Estado, em geral, impede as transformações, muitas vezes, procurando levá-la para direção que ela não pretende encetar. Nem sempre compete ao Estado transformar a Sociedade, para tal é preciso dessacralizar a Política. Nem sempre o sufrágio universal consagra o direito de mudar a sociedade. O novo *Projeto de Sociedade* contemporânea deve afastar-se dos mitos ultrapassados, de decadentes formas ideológicas da direita e da esquerda. Essas orientações conduzem à lógica estatal, corporativista e burocrática, esquecendo-se do tratamento prático e concreto das questões sociais e econômicas. Nem sempre são estudadas as causas não econômicas do atraso: “Eu acho que nós deveríamos tentar um indivi-

3 NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*, ob. cit., pp. 335 e 336; Rawls, John. *A Theory of Justice*. The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980; Adeodato, João Maurício Leitão. *O Problema da Legitimidade. No rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1989, 1ª ed.; Lafer, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. Companhia das Letras, São Paulo, 1988; Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. *Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1993, 2ª edição.

dualismo moderno. Penso que há lugar para tentar-se uma sociedade que seja uma sociedade de direito, justa do ponto de vista social, onde cada vez menos será uma minoria que decide em nome dos outros, quer se trate de um partido político, um ditador, um regime totalitário, uma igreja, ou seja, tudo aquilo que tende a tornar indivíduos autômatos”⁴.

A rejeição do Estado, como fenômeno dos novos dias, foi objeto de conferência proferida pelo ensafista Jean-François Revel, em Lisboa, sob o patrocínio do IEP — Instituto de Estudos Políticos de Portugal; leva esses pronunciamentos a reflexões sobre a crise do Estado, tema que tem merecido diversos artigos e ensaios.

Os estudos que destacam aspectos das origens e justificação do Estado, de há muito tempo, apontam teorias que negam ou demonstram a necessidade do Estado. Muitos trabalhos, escritos recentemente, ressaltam as incompatibilidades entre Sociedade e Estado. A elaboração teórica do Estado, aliada ao seu desenvolvimento na prática política, é resultante de etapas de seu desenvolvimento. As suas instituições básicas, sob o ponto de vista teórico e concreto, decorrem de anos de evolução política, tornando possível sua institucionalização.

Essas circunstâncias demonstram a necessidade de uma revisão da própria estrutura do Estado. Estaria ela ultrapassada, tendo em vista a complexidade dos problemas econômicos, sociais, políticos e jurídicos. Não será ele, nos nossos dias, mecanismo que não mais atende às grandes pressões sociais?

As mutações estruturais e qualitativas da Sociedade contemporânea conduz a questionamentos sobre o conceito de “pluralismo”. O pluralismo não é apenas uma maneira nova de afirmar a liberdade de opinião ou de crença. É um sistema que vincula a liberdade na estrutura social, não objetiva desvincular o indivíduo da Sociedade. O pluralismo conduz ao reconhecimento da necessidade de um processo de equilíbrio, entre as múltiplas tensões na ordem social. O Estado pode chamar a si a tarefa de promover a decisão, assumindo, inclusive, a legitimidade do conflito. O poder do Estado não deve estar assentado em base unitária e homogênea, mas no equilíbrio plural das forças que compõem a sociedade, muitas vezes, elas próprias rivais e cúmplices.

As democracias de *poder aberto* não podem aceitar o entendimento schmitiano de que os interesses da sociedade colidem ou são incompatíveis com os interesses superiores do Estado. A auto-organização da sociedade não exclui o princípio da unidade política, desde que a unidade que se procura, por meio do consenso, é a que se efetiva na pluralidade. A unidade na diversidade, não suprime a estrutura social muitas vezes antagônica. Os conceitos de consenso e pluralismo são categorias gerais, necessárias ao discurso político e normativo. A legitimidade do conflito decorre da integração dos corpos intermediários, através do consenso e da tolerância, propiciando o máximo de convivência comunitária.

4 REVEL, Jean-François. *O Estado e o Indivíduo*. Conferência pronunciada na Federação do Comércio do Estado de São Paulo. SESC-SENAC. Biblioteca “Desafio da Transição”, São Paulo, 1985, p. 22, idem, Revel, Jean-François, *El Estado Megalómano*, Editorial Planeta, Barcelona, 1983; Londono, Fernando, *La Omnipresencia creciente del Estado*, em Revista Ciencia Política, Bogotá, IV Trimestre, 1987; Barker, E. *The Discredit State*, em Political Quarterly, fev. 1915, p. 101.

A multifuncionalidade do Estado contemporâneo conduz ao realce que vem sendo dado à relação entre *Estado e Comunidade*, principalmente nas sociedades onde ocorre sólida base comunal, propiciando maior interação entre o poder central e os poderes periféricos (*federalismo, regionalismo, municipalismo*).

As *alternativas da minoria à maioria*, com os objetivos de renovação, o equilíbrio recíproco entre os diversos segmentos da sociedade, a alternância democrática, as novas e múltiplas variáveis introduzidas na *Teoria da Constituição*, apontam a qualidade constitucional que reside no sistema formal de distribuição orgânica das funções, mas também na interpenetração de leitura coordenada dos conceitos de função, estrutura e processo, por meio de conclusões, sugestões e práticas renovadas.

É, com preocupações que se colocam dentro dessa perspectiva, que aparecem temas como Reforma do Estado, modernização e privatização. Elas vêm acompanhadas de descrições sobre a presença do Estado em matérias econômicas, pelo que é descrito como sobredimensionado. A tendência estatista ou o crescimento da intervenção estatal é uma das características dessa época. O Estado aparece como o mais importante agente econômico, sendo difícil encontrar atividade na qual não intervenha direta ou indiretamente. Algumas bases desse intervencionismo assentam-se em noções de interesse público ou bem comum.

A relação entre *Constituição e Sistema Econômico* ou mesmo *Regime Econômico* é freqüente nas constituições modernas, que contemplam pautas fundamentais em matéria econômica. Chega-se a falar que ao lado de uma Constituição política, reconhece-se a existência de uma Constituição econômica que:

- regula a iniciativa privada;
- a intervenção da iniciativa pública na economia;
- um Estado subsidiário e a primazia da iniciativa privada;
- economia social de mercado⁵;
- contratação, propriedade e livre empresa;
- aceitação ou eliminação da planificação;
- sobredimensionamento do Estado.

Fala-se, em doutrina recente, em uma petrificação constitucional de certo programa econômico, com a plasmação da aplicação de distintos programas econômicos. Surge essa proposta em texto constitucional que tem vocação de permanência, objetivando a necessidade de regular o respeito ao pluralismo, que permite a alternância, no poder, das diversas forças políticas.

Os preceitos constitucionais de ordem econômica surgem como cláusulas abertas e expansivas, que são dirigidas ao legislador ordinário, possibilitando a atuação governamental e administrativa, principalmente, na gestão da política econômica.

5 OCHOA Cardich, César. *Constitución y economía de mercado*, Derecho, PUC, Lima, n. 39, 1985, p. 241; Belaunde. Domingo Garcia. *Constitución y Política*. Editorial y Distribuidora de Livros S.A., Lima, 1991, 2ª edição; idem, *Teoria y Practica de la Constitucion Peruana*, Tomo II, Ediciones Justo Valenzuela V., Lima, 1993; idem, *Esquema de la Constitucion Peruana*. Ediciones Justo Valenzuela, Lima, 1993; Ballesteros, Enrique Bernardes. Yupanqui, Samuel B. Abad. Peralta. Carolina Garcés. *Del Golpe de Estado a la Nueva Constitucion. Análisis del Proyecto de Constitución*. Comision Andina de Juristas. Serie: Lecturas Sobre Temas Constitucionales — 9, Lima, 1993.

Aqueles que passaram a redigir as constituições, elaboraram *Projetos constitucionais*, com a finalidade de consolidar certo programa econômico flexibilizando, de tal modo que o futuro governo, com ótica distinta, possa ser obrigado a modificá-lo. A *flexibilidade* é característica de certas constituições econômicas recentes.

Domingo García Belaunde e Néstor Pedro Sagüés, em estudos sobre Constituição Econômica, dimensão econômica formal, empresa no constitucionalismo europeu econômico, além de ressaltarem as *cláusulas econômicas da Constituição*, elegem temas como: pluralismo econômico, economia social de mercado, propriedade privada com limitações, razoável intervenção estatal, planificação, combate moderado ao monopólio e ao oligopólio, a empresa (compatibilização do *bem particular da empresa* com o *bem comum público temporal nacional*)⁶.

Essas preocupações decorrem de novos entendimentos sobre o Estado e a vida econômica: as comunidades políticas; o lucro nas empresas e suas relações externas; a nacionalização das empresas (em que o *princípio de subsidiariedade aconselha não estatizar*, se o serviço empresarial pode ser prestado idoneamente, pelos particulares); proibição de monopólios privados; politicidade da empresa (controlada e influenciada pelo Estado); o bem comum não se identifica com o bem do Estado; situações em que o Estado, em múltiplas ocasiões, assume o papel de empresário (obriga o Direito Constitucional disciplinar a matéria); proteção ao consumidor e ao usuário, à ecologia e ao patrimônio histórico e cultural.

Néstor P. Sagüés no exame do conceito e legitimidade da *interpretação constitucional mutativa e da interpretação harmonizante*, mostra que a hermenêutica de qualquer norma inferior à Constituição deve ser praticada de modo adequado, considerando princípios, direitos e garantias consagrados pela Constituição.

As normas da Constituição escrita revelam apenas aspectos da dimensão normativa do Direito Constitucional, desde que operam, ao lado dessas normas ou mesmo contra elas, outros tipos de normas constitucionais como: o direito consuetudinário constitucional, o direito judiciário constitucional e certas normas da legislação infraconstitucional ditadas pelo legislador ordinário (leis, leis orgânicas e leis complementares).

A esse *bloco geral de normatividade constitucional e subconstitucional*, aplica-se as regras da Hermenêutica (geral e constitucional). Nem sempre as normas da Constituição escrita revelam toda a normatividade dominante no Direito Constitucional. Deve-se destacar, ao lado do sistema legal, a *Interpretação mutativa das normas* realizada pelos Juízes, legisladores, órgãos do Poder Executivo e outros centros de poder, que podem até alterar o conteúdo dessas prescrições constitucionais, substituindo a mensagem do legislador constituinte, por outra diretriz normativa, mesmo que o texto da cláusula constitucional permaneça aparentemente intacto⁷.

6 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Princípio de subsidiariedad y principio de antissubidiariedad*, em *Jurisprudencia Argentina*, 1980, II, 775.

7 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *El concepto y legitimidad de la interpretación constitucional mutativa*, em *El Derecho*, 88-869 e 870; idem, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo 2, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1933, p. 4; García Belaunde, Domingo. *La Constitución Económica Peruana (la dimensión económica formal)*, *Constitucion, Economía y Empresa*. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, n.

As várias leituras que são feitas da Constituição (originária, emendada, revisada ou reformada, interpretativa ou hermenêutica, deturpada ou não), pelo que expõe Domingo García Belaunde, mostram a diferença entre o que pensou o constituinte e o que passa a ser consagrado em nível normativo. Mesmo sendo a vontade do legislador significativa para procurar o sentido da norma, não é esse o único elemento para fixar seu sentido ou sua determinante. As normas ficam independentes de seus autores e adquirem vida própria, sendo como consequência, nas análises posteriores, vistas sob diversas perspectivas. Mesmo que no momento da Constituinte tenha ocorrido o consenso sobre os grandes temas, principalmente econômicos, nem sempre esse entendimento é ideológico, mas assenta-se em interesses momentâneos.

O constitucionalismo econômico é proposto em Martin Bassols Coma, na análise jurídica que faz das relações da Constituição espanhola de 1978, com o sistema econômico. Na trajetória do constitucionalismo econômico, o mencionado autor destaca: as funções econômicas implícitas no constitucionalismo liberal; a emergência histórica do constitucionalismo econômico no período de entreguerras e suas funções; substituição, transformação ou revisão da ordem capitalista liberal; o modelo marxista-soviético; o modelo social democrata de Weimar; o modelo autoritário do constitucionalismo econômico; revisão da política econômica das democracias clássicas, as tendências do constitucionalismo econômico a partir da Segunda Guerra Mundial; extensão do modelo soviético e os intentos de revisão; o constitucionalismo econômico flexível e o Estado social; as recentes manifestações do constitucionalismo econômico (Grécia, Portugal e Espanha).

As constituições contemporâneas resultam de um paralelograma de forças políticas, econômicas e sociais, que atuam no momento de sua elaboração.

Nessa temática situa-se o panorama ideológico-econômico, o intervencionismo e o neoliberalismo, ante a crise do Estado de bem estar social. Dentre as constituições contemporâneas que contemplam diversas cláusulas de natureza econômica, em sua sistemática e conteúdo, convém ressaltar a Constituição espanhola: reconhecimento da livre iniciativa econômica privada (art. 32); princípios diretores dos direitos econômicos e sociais (Capítulo III, do Título I); as reservas ao setor público de serviços públicos essenciais; fontes de energia e atividades que constituem monopólio (art. 182.2); previsão da planificação da atividade econômica (art. 131.1)⁸.

20, Lima, 1986, pp. 1 a 18; Sagüés, Néstor Pedro. *Empresa y Derecho Constitucional* (La empresa en el constitucionalismo europeo contemporáneo), Revista Peruana de Derecho de la Empresa, n. 20, 1986, pp. 19 a 45; Garcia-Pelayo, Manuel. *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*, em Estudios sobre la Constitución española de 1978, Edição a cargo de Manuel Ramírez, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979.

⁸ COMA, Martin Bassols. *Constitución y Sistema Economico*, Tecnos, S.A., Madrid, 1988, 2ª edição; Bognetti, G. *Costituzione economica e Corte Costituzionale*, Giuffrè, Milão, 1983; Bidart Campos, Germán J. *Marxismo y Derecho Constitucional*, Ediar, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 1973; Crisafulli, V. *Efficacia delle norme costituzionale "Programatiche"*, Rivista Trimestrale de Diritto pubblico, ano 1, núm. 2, 1951; Dworkin, R. *Los derechos en Serio*, Barcelona, Ed. Ariel S.A., 1989; Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978; Dias, José Ramon Cossio. *Estado Social y Derechos de Prestacion*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, Prologo de Manuel Aragon; Asenjo, Oscar de Juan. *La Constitución Economica Española. Iniciativa económica pública "versos" iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

A legitimação do sistema econômico, a linguagem constitucional em matéria econômica, com o excesso de conceitualismo econômico, têm gerado dificuldades para a interpretação constitucional. Muitas vezes, a abundância dos preceitos econômicos no texto constitucional nem sempre corresponde a configuração sistemática em sua ordem expositiva. Deve-se salientar, que muitos desses preceitos não foram concretizados, em muitos sistemas constitucionais.

O Estado social espanhol deu grande relevo aos direitos prestacionais, sendo que a interpretação constitucional dos mesmos merece destaque. Entende-se que a totalidade dos preceitos constitucionais são normas jurídicas, mesmo assim aparecem as diferenças entre normas, princípios e regras. As regras são aquelas que contêm o suporte de fato de sua aplicação, bem como as consequências jurídicas que devem ocorrer. Os princípios identificam os pressupostos de fato e a previsão de suas consequências. Dada a sua estrutura lingüística, as regras são capazes de satisfazer o enunciado da conduta que prevêm, ao passo que os princípios condicionam sua intervenção. Dworkin, apontando as diferenças entre regras e princípios, reconhece que a distinção é antes de tudo lógica, desde que têm em comum apontar as decisões particulares referentes à obrigação jurídica. Compreende que só os princípios têm a dimensão de peso ou importância, circunstância que obriga os operadores jurídicos a aplicá-los de maneira distinta daquela que fazem com as regras. A questão na teoria de Dworkin é a dificuldade de se distinguir empiricamente, quando as normas são princípios ou quando são regras, desde que os critérios lingüístico e funcional nem sempre são precisos.

O constitucionalismo português de 1978, mesmo que Jorge Miranda afirme que a Lei Fundamental de 1933 é a primeira Constituição que deu à economia tratamento específico e global, passou a dar grande destaque ao assunto, a partir da renovação constitucional ali ocorrida. É nessa compreensão que Gomes Canotilho, usando a expressão Constituição Econômica, em seu sentido restrito, entende-a como as disposições constitucionais que tratam da ordem fundamental da economia.

Na preparação do que denominam de Comentário à Constituição Econômica, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira⁹ mencionando a Constituição italiana de 1947, a Lei Fundamental de Bonn de 1949 e a Constituição francesa de 1958, falam em alguns aspectos dos direitos econômicos e sociais da Constituição Econômica e da *flexibilização da Constituição Econômica*. Essa *flexibilização* é apontada como uma

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. *Preliminares. A Experiência Constitucional*. Coimbra Editora Limitada, 1982, 2ª edição, pp. 264 e ss; Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Livraria Almedina, Coimbra, 1991, 5ª edição, p. 480 e ss; Martins, Guilherme d'Oliveira. *Lições sobre a Constituição Econômica Portuguesa*, Vol. I, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito. AAFDL, Lisboa, 1983/4, Vol. I; Moncada, Luís S. Cabral de. *A Problemática Jurídica do Planeamento Económico*, Coimbra Editora, Limitada, 1985; Canotilho, J. J. Gomes. Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 1993, 3ª edição revista, pp. 6, 17, 23, 25, 27s, 33, 48, 66, 94, 107s, 323, 326, 328s, 332s, 383ss, 398ss, 408, 415, 424, 428, 436, 438ss, 448, 454, 457s, 461, 465, 600, 662, 670, 674, 1.064 e 1.066; Moreira, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Centelho, Coimbra, 1978, p. 133 e ss; Miranda, Jorge. *A Interpretação da Constituição Econômica*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró. Univesidade de Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito. Número Especial. Coimbra, 1984, pp. 281 a 291.

das características da segunda revisão, quando ocorrem várias alterações de natureza estrutural e conceitual: eliminação do princípio da irreversibilidade das nacionalizações, admissão das privatizações, modificações sobre imposições constitucionais em matéria de reforma agrária e planejamento econômico. Os autores mencionam o consenso constitucional, o apaziguamento da animosidade contra a Constituição, neutralização ideológica e relativização e abertura da Constituição Econômica. Esse processo de *alargamento da consensualidade constitucional* permitiu a melhor verificação prática da operacionalidade e eficácia do sistema constitucional. Novos preceitos programáticos, com formulações doutrinárias menos carregadas, aparecem na segunda revisão: construção de uma sociedade livre, justa e solidária; reforço da identidade européia; modernização das estruturas sociais e econômicas.

Alessandro Pizzorusso, como muitos autores italianos, emprega a expressão Constituição Econômica, quando destaca entre outros temas: a relação entre política e economia; a estrutura jurídica da política econômica; a tutela do trabalho subordinado; a iniciativa econômica privada; a empresa pública e a tutela da propriedade.

Tratando-se das relações econômicas no direito italiano, ressalte-se a disposição contida no art. 41, que tem grande relevância no quadro da definição de relação econômica e nas novas bases dos assentamentos sociais. A disciplina da liberdade de iniciativa econômica privada introduz o princípio da programação. Esse artigo contém três disposições normativas: em primeiro lugar consagra o princípio da iniciativa econômica privada, indica os limites que deve atender tal iniciativa e precisa o modo de intervenção pública, através do qual a atividade econômica possa ser endereçada e coordenada, com finalidade social¹⁰.

A publicística italiana destaca a liberdade econômica e a liberdade de iniciativa econômica privada, com menção ao artigo 3.2, como princípio que informa o Estado Social, em que tal disposição constitucional não se limita a garantir, simplesmente, a tutela de certa esfera de autonomia, mas prevê e disciplina diversos institutos, através dos quais vários setores, mostram o empenho público de reduzir a desigualdade de ordem econômica e social. Destaca-se, também, a disciplina antitruste, proveniente da Lei 287, de 1900.

Quanto à programação econômica, a Constituição traduz modelo de economia mista, cujo elemento principal é a iniciativa econômica pública e privada, que deve ser obrigatória, mas sem efeito vinculante, no que se refere à iniciativa privada.

A doutrina brasileira tem destacado, também, a expressão Constituição Econômica, desde quando a temática aparecia nos textos constitucionais agrupados sob a expressão de Ordem Econômica e Social, Ordem Econômica ou Ordem Jurídico-Econômica, com destaques também, para: Ordem Econômica Socialista, Ordem Econômica Neoliberal, Ordem Econômica Pública e Ordem Econômica Privada, Ordem Jurídico Econômica e Ideologia, Ordem Jurídico-Econômica e política econômica.

¹⁰ PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistema Istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*. Jovene Editore, Naples, 1992, 2ª edição, pp. 440 e ss; Cuocolo, Fausto. *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1992, 7ª edição, pp. 817 e ss; Caretti, Paolo. *Siervo, Ugo de. Istituzioni di Diritto Pubblico*. G. Giappichelli Editore, Turim, 1992, pp. 582 e ss.

A Constituição Econômica de 1988, no Brasil, é interpretada no seu relacionamento com o Direito Econômico: “Se aplicarmos o raciocínio desenvolvido nos itens anteriores à análise dos dispositivos da Constituição vigente (1988) veremos como ali se comporta o Direito Econômico”¹¹.

José Afonso da Silva, ao tratar da Ordem Econômica e dos Princípios gerais de atividade econômica, ressalta as bases constitucionais da ordem econômica e a constitucionalização da ordem econômica, mencionando, também, a Constituição Econômica e seus princípios¹².

Todas as motivações constitucionais e políticas que deram origem a múltiplos questionamentos sobre a atuação do Estado na Ordem Econômica e o constitucionalismo decorrente das transformações que ocorreram no mundo, a partir do início do século XX, devem ser reexaminadas, para que possamos indicar os novos paradigmas para o relacionamento entre Sociedade e Estado, em nível Internacional e Comunitário.

Esses debates não podem conduzir a uma aceitação pura e simples do Estado Mínimo, nem a uma plena homenagem a toda a sistemática do constitucionalismo econômico e social. As propostas que nos acodem ressaltam aspectos como¹³:

- consenso e ideologia nas constituições;
- o regime econômico nas constituições é solução ou fonte de conflitos;
- as propostas do Estado Mínimo: solução ou paliativo;
- como redefinir o Estado contemporâneo, para melhor definição de suas novas perspectivas, para a complexa sociedade atual.

A Constituição, como ocorreu com o texto brasileiro de 1988, pode ser compromisso passageiro ou resultado de transação, para atender os interesses econômi-

11 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. Edição F.B.D.E. Fundação Brasileira de Direito Econômico. Atualização e revisão de Terezinha Helena Linhares, Belo Horizonte, 1992, 2ª edição, pp. 141 e ss; idem, *Direito Econômico*, Edição Saraiva, São Paulo, 1980, p. 73; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, Editora Saraiva, São Paulo, 1990; Souza, Washington Peluso Albino de. *Conflitos Ideológicos na Constituição Econômica*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Vol. 74/75, Janeiro, julho de 1992, pp. 17 a 39.

12 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, 7ª edição, pp. 657 e ss; Horta, Raul Machado. *Constituição e Ordem Econômica e Financeira*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Número 72, janeiro de 1991, pp. 7 a 27.

13 De Esteban, Jorge. *La función transformadora en las Constituciones occidentales*, na Obra Coletiva, *Constitución y Economía (La ordenación del sistema económico en las Constituciones occidentales)*, em Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977; Vanossi, Jorge Reinaldo. *En torno al concepto de Constitución: sus elementos*”, em Libro-Homenaje a Manuel García Pelayo, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980; Gil Cremades, Juan José. *Las Ideologías en la Constitución española de 1978*, em Ramirez, Manuel. *Estudios sobre la Construcción española de 1978*, Manuel Ramírez (ed), libros Portico, Zaragoza, 1978; Tierno Galvan, Enrique. *Especificación de un Derecho Constitucional para una fase de transición*, em Boletín Informativo de Ciencia Política, n. 10, agosto de 1972; Vanossi, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*. Eudeba, Buenos Aires, 1987; Fernandez Segado, Francisco. *El constitucionalismo de entreguerras*, em Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo XC, Segunda Época, n. 4, abril, 1985; Lavagna, Carlo. *Costituzione e socialismo*. Il Mulino Editore, Bologna, 1977.

cos; sociais e políticos, dominantes na época da elaboração. O compromisso ou o consenso ativo, no dizer de Bidart Campos¹⁴, diferentemente do mero acatamento, supõe um acordo no essencial, isto é, um pacto para a convivência que se deve dar em torno dos princípios básicos, sobre os quais se assenta a convivência política de certa coletividade social, principalmente nas regras do jogo político-institucional e nos direitos fundamentais do cidadão. Para Pérez Luño são esses os pressupostos do consenso, para a edificação de uma Sociedade democrática. O espírito do consenso, muitas vezes, marca o comportamento da quase totalidade das forças políticas que compõem a representação parlamentar constituinte. A idéia do consenso reflete o espírito de compromisso, além de justificar o fundamento último das normas essenciais da convivência do poder, em clima de respeito ao direito, à vontade dos cidadãos e dos grupos políticos que representam. A Constituição nem sempre responde a apenas uma ideologia, mas pode conter diversidade de elementos ideológicos, nem sempre estáveis. O consenso, além de ser considerado como fundamento racional da obediência ao direito, influencia o próprio conteúdo do texto constitucional, tornando possível a elaboração de Constituição de contornos elásticos. A Constituição é uma espécie de confluência de coincidências suficientemente amplas, com a finalidade de acomodar as diversas opções políticas que congrega. Essa compreensão projeta-se na própria hermenêutica constitucional, desde que não se esgota as opções ou variantes que podem acomodar. O texto constitucional, por mais adequado e completo que seja, não define previamente todas suas maneiras de aplicabilidade. O consenso nem sempre é um acordo ideológico definitivo, desde que dificilmente a Constituição consagra apenas certa ideologia. O processo constituinte democrático, motivado pela dinâmica constituinte, opera-se por meio do consenso de interesses, não pelo consenso ideológico. Entende-se que o princípio, o sujeito e o fim de todas as instituições humanas é a pessoa, a quem deve-se ressaltar a dignidade. As raízes ideológicas das cláusulas econômicas e sociais são comuns muitas correntes do constitucionalismo democrático contemporâneo. A procura de fórmulas de acordo ou compromisso pretendeu evitar o dissenso.

As constituições contemporâneas legitimam-se no social (Alemanha, França, Itália, Portugal, Espanha etc.) isto é, na concretização de formas democráticas e sociais. Essas constituições, em suas linhas definidoras básicas, cumprem papel de transformadoras da sociedade, que não se esgota apenas em meras possibilidades de reforma ou revisão.

O regime econômico tem sido objeto de várias polêmicas, tendo em vista a pluralidade dos representantes que configuram as diversas correntes ideológicas, que plasmaram os princípios econômicos na Constituição.

Os debates chegam a apresentar propostas que partem de um ponto de vista prévio, no que se refere a indagação se uma Constituição deve incluir matérias referentes a regime econômico. Daí surgem as dúvidas sobre a consagração, em nível constitucional, de determinado regime econômico. Substituindo essa proposta, apa-

14 BIDART CAMPOS, Germán J. *El régimen político. De la "politeia" a la "res publica"*. Ediar, Buenos Aires, 1979, pp. 140/143; Pérez Luño, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1981; Lucas Verdú, Pablo. *Curso de Derecho Político*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984.

rece a que pressupõe um marco constitucional, que regule a atuação do Estado sobre a base de participação em igualdade de condições, dos diferentes grupos de interesse que compõem a Sociedade.

Ao questionar a existência de regime econômico, em nível constitucional, surgem entendimentos de que maior estabilidade política e econômica, regras políticas claras de desenvolvimento a longo prazo, são consideradas como vantagens seguidas por Constituição, que inclui capítulo constitucional, dedicado à ordem econômica constitucional.

Além dessas apontações preliminares, indaga-se sobre qual o sistema econômico a ser consagrado. Normalmente os que defendem essa inclusão no texto constitucional, pretendem consolidar formalmente suas crenças ideológicas em matéria econômica. A proposta de certo regime econômico na Constituição produz posicionamentos divergentes. A adoção de certo sistema econômico pode gerar situações conflituosas, quando o debate econômico conduz discussões em torno de questões de ordem jurídico-constitucional. O posicionamento daqueles que entendem o afastamento da Constituição da temática econômica gera várias polêmicas e discordâncias, pois chegam a entender que a consagração de certo regime econômico em uma Constituição cria problemas de difícil solução. Nem sempre correspondem à verdade afirmativas como as de que uma Constituição não deve pronunciar-se em matéria econômica, pois a aprovação do regime econômico na Constituição levaria a soluções impossíveis. Invoca-se, para sustentar a tese, a compreensão de que a Constituição dos Estados Unidos, apesar de não consagrar certo regime econômico, em distintos governos, desenvolveu políticas redistributivas, com o surgimento do *Welfare State* ou Estado benfeitor. Essas atividades podem ser desenvolvidas, sem que estejam autorizadas por um regime econômico em nível constitucional.

Em determinados momentos do constitucionalismo, as preocupações centraram-se em indagações institucionalistas, com destaque para as configurações necessárias à compreensão do Estado, principalmente em sua natureza jurídica. Atualmente elas dão grande destaque para os temas essenciais da Sociedade¹⁵. O sistema social é caracterizado como meio para realizações das autonomias individuais, possibilitando as formas de integração. Nesse sentido Luhmann destaca a autonomia funcional dos subsistemas sociais e seus reflexos operacionais em seus próprios mecanismos de atuação. Ele insiste na autonomia funcional, como característica dos subsistemas sociais.

As inter-relações dos sistemas autônomos e comunitários são acompanhadas pelas dificuldades sobre o conceito legal e dinâmico das normas econômicas. É nesse sentido que Washington Peluso Albino de Souza, acerca de suas leis e suas características, pondera:

“1º) prendem-se à condição de terem obrigatoriamente “conteúdo econômico”, isto é, regulamentarem “atos” e “fatos” econômicos.

“2º) estão dirigidos no sentido de garantir a efetivação da “ideologia constitu-

15 LUHMANN, N. *The Differentiation of Society*. New York. Columbia Univ. Press, 1982; idem, *A Sociological Theory of Law*, Londres, Routledge, 1985.

cional adotada” e se prendem a medidas de “política econômica”, ou melhor, legalizam a “política econômica” correspondente àquela “ideologia”.

“3º) devido à natureza profundamente dinâmica da realidade econômica, estas leis têm que ser dotadas de muita “flexibilidade”, de muita “mobilidade” para corresponderem às modificações e às variações da política econômica e decorrentes daquele dinamismo.”

“4º) grande número delas são ‘leis programáticas’ não importando substancialmente que se imponham por sanções do tipo convencional”¹⁶.

Peter Nahamowitz, tratando das dificuldades decorrentes das leis econômicas, vendo-as em seus aspectos dinâmicos e legais, procura definir *flexibilidade*. “In view of the theoretical and pragmatic difficulties of delimiting and circumscribing economic law in a sensible way within the legal system, a “flexible” definition of economic law has been suggested”¹⁷.

Todas essas incursões são necessárias para a compreensão ampla do princípio de subsidiariedade, aplicável em diversos momentos da vida institucional e constitucional, com as múltiplas formas de aplicabilidade e conseqüências.

O princípio de subsidiariedade mantém múltiplas implicações de ordem filosófica, política, jurídica, econômica, tanto na ordem jurídica interna, como na comunitária e internacional.

Dentro das preocupações federativas, o Governo local deve assumir grande projeção, desde que sua efetivação, estrutura quadros políticos, administrativos e econômicos que se projetam na globalidade dos entes da Federação. No exercício de suas atribuições, o governo das entidades federativas poderá promover ações que devem, pelo menos, mitigar a desigualdade social, criar condições de desenvolvimento e de qualidade de vida. A Administração pública de qualidade, comprometida com as necessidades sociais e aberta à participação solidária da sociedade, pode melhorar as entidades federativas e os municípios. A partir desse nível, concretiza-se, necessariamente a efetivação dos direitos humanos. A descentralização, nesse nível, deverá ser estímulo às liberdades, à criatividade, às iniciativas e à vitalidade das diversas legalidades, impulsionando novo tipo de crescimento e melhorias sociais. As burocracias centrais, de tendências autoritárias, opõem-se, muitas vezes, às medidas descentralizadoras, contrariando as atribuições da sociedade e dos governos locais. O melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade¹⁸.

16 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*, Edição F.B.D.E. Fundação Brasileira de Direito Econômico, Belo Horizonte, 1992, 2ª edição, pp. 102 e 103 Atualização e Revisão de Therezinha Helena Linhares.

17 TEUBNER, Gunther. FEBBRAJO, Alberto. *State, Law, and Economy as Autopoietic Systems. Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Dott. A Giuffrè Editore, Milão, 1992, p. 523.

18 ZORRILLA MARTÍNEZ, Pedro G. *Descentralización Política, em Problemas Actuales del Derecho Constitucional*. Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Univesidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, pp. 409 e ss.

As políticas públicas, através da estrutura e operações do governo local, tomam nova conscientização, com referências ao conceito político do federalismo. Muitas das discussões são colocadas em termos de estrutura e princípios legais. As relações intergovernamentais, em suas várias formas e possibilidades (*Estados, Cities, counties, towns*), nem sempre permitem generalizações, quando encaramos nos Estados Unidos a existência de *councils*, que chegam a atingir, aproximadamente 20.000 municipalidades. Com o crescimento das responsabilidades do Estado e do Governo local e a expansão dos serviços públicos, esse último nível da federação teve no *general property tax* a sua maior fonte de renda.

O *Governo local* tem limitações para estabelecer práticas de cobrança de impostos e de gastos. É uma das mais comuns restrições constitucionais para atuação do governo local, é a que se refere à regulação de práticas fiscais¹⁹.

O constitucionalismo contemporâneo ressalta a noção e a natureza dos princípios constitucionais, com destaque para os princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado. O princípio geral indica a norma jurídica que exprime, de forma sintética, o conteúdo prescritivo de toda ampla e complexa regra jurídica.

A Constituição espanhola consagra o “*princípio da solidariedade*”, considerando como um dos limites do desenvolvimento do processo autonômico. Consiste na instrumentação de determinados meios para evitar as desigualdades de tipo econômico e social, entre as diferentes comunidades autônomas.

Em consequência das desigualdades existentes, sejam elas econômicas ou sociais, reconhece-se e garante a solidariedade de todos os componentes que integram o Estado. O art. 40.1 da Constituição espanhola aponta a tarefa para os poderes públicos de promoverem as condições favoráveis para o progresso social e econômico, por uma distribuição da renda regional e pessoal mais equitativa. No mesmo sentido, o art. 138.1 especifica a necessidade do princípio ao declarar que o Estado garantirá a realização efetiva do princípio da solidariedade, consagrado no art. 2º da Constituição, ao velar pelo estabelecimento de equilíbrio econômico, adequado para a comunidade.

Destacam-se as vias para sua realização, não se contentando com a simples proclamação do mesmo pela Constituição. A previsão dos instrumentos adequados para efetivar a solidariedade demanda diferentes procedimentos, objetivando conseguir a natureza vinculante do princípio aos poderes públicos.

O art. 158.2 contempla mecanismo destinado à efetividade do princípio da solidariedade, visando corrigir *desequilíbrios econômicos interterritoriais* e fazer efetivo o objetivo constitucional. Constituiu-se o *Fundo de Compensação Interterritorial*, destinado a gastos de inversão. O estudo e valoração dos critérios dos recursos do Fundo será realizado pelo Conselho de Política Fiscal e Financeira das comunidades autônomas. Ele destinará as inversões em territórios menos desenvolvidos, segundo critérios de renda, população, desemprego e superfície.

19 SAFFELL, David C, *State and Local Government Politics and Public Policies*, McGraw-Hill Publishing Company, New York, 1990; Marks, Jr. Thomas C. Cooper, John F. *State Constitutional Law in a Nutshell*. ST. Paul, Minn. West Publishing Co, 1988, pp. 192 e ss.

Trata-se de autonomia solidária, que visa estabelecer o desenvolvimento regional equilibrado. Pelo princípio da solidariedade, legitima-se ao Estado impor previlégios e cargos especiais a algumas comunidades autônomas²⁰.

As competências compartilhadas, adequadas ao princípio de solidariedade, mencionadas pelo art. 149.1 (C.E.), confundem com as concorrentes. O elemento nuclear da distribuição está configurado pelas “bases”, “normas básicas” ou pela “legislação básica”²¹.

O desenvolvimento prático do princípio de subsidiariedade demanda a diferenciação entre regras e princípios. O princípio ordena algo que deve ser efetivado, levando em consideração as possibilidades jurídicas e fáticas. Com a regra exige-se que se faça exatamente o que elas ordenam, apesar de, também, conterem determinação, no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. A amplitude do conceito de princípio pode estar ligada aos direitos individuais e aos bens coletivos. Para a compreensão de subsidiariedade, conforme é aqui empregado, convém ressaltar o significado da teoria dos princípios, bem como seu relacionamento com a efetivação concreta dos direitos fundamentais²².

Conceito e Evolução do Princípio de Subsidiariedade

A subsidiariedade comporta várias investigações, desde que não é bem conhecida. Jean-Marie Pontier diz tratar-se de noção discreta e solitária. Nota sua ausência na jurisprudência, nos textos, ao mesmo tempo que afirma que na doutrina, não havia, em 1986, pelo menos na França, qualquer estudo consagrado à matéria. Muitas das noções jurídicas decorrem de outros conceitos, regras ou princípios que o condicionam. O mesmo não ocorre com a subsidiariedade, desde que o seu conhecimento não provém diretamente de outra noção ou teoria, que lhe permita designar ou compor sentido anterior.

Indaga o publicista francês se a própria subsidiariedade pode ser considerada como sendo uma noção jurídica, desde que surgem várias indagações que apresentam dúvidas. Por ela própria, a noção não determina, sentido jurídico preciso, para que possa ser usado pelo legislador, pelo administrador ou pelo julgador.

20 PIZZORUSSO, Alessandro. *Sistema Istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*, Jovene editore, Naples, 1992, 2ª ed., pp. 365 e ss; Esteban, Jorge de. Guerra, Luis López. Com a colaboração de Eduardo Espin e Joaquim García Morillo. *El Régimen Constitucional Español*, vol. 2, Labor Universitária. Manuales. Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1982; Asenjo, Oscar de Juan. *La Constitución Económica Española. Iniciativa económica pública “versus”, iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 254 e ss; Badía, Juan Ferrando. *El Estado Unitario, El Federal y el Estado Autonomico*, Editorial Tecnos S. A., Madrid, 1986; idem. *Teoría y Realidad del Estado Autonomico*. Separata da “Revista de Política Comparada”. Universidad Internacional Menendez Pelayo, (Num. III — Invierno, 1980-81).

21 SORLI, Juan — SEBASTIAN Piniella. *Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad, Encrucijada de competencias*. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1994, p. 58.

22 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; Bidart Campos, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.

Etimologicamente, *subsidiário*, *subsidiariamente* ou *subsidiariedade* provêm do termo latino *subsidium*, derivado de *subsidiarius*. Nota-se dificuldade para a aplicação da metodologia jurídica à noção, apesar de se entender que as palavras mencionadas experimentam certa qualificação que deve ser analisada, critério que importará na utilização correta dessa noção.

Para a doutrina francesa, a análise jurídica de subsidiariedade deve ser precedida do questionamento acerca da compreensão de que não se trata de termo portador de significação precisa em direito, pelo menos no direito público interno.

A subsidiariedade apresenta, primeiramente, sob a compreensão de que existe noção da mesma. Os estudiosos referem-se a certo número de significações. Ressalte-se, ainda, que existe a passagem de subsidiariedade ao princípio de subsidiariedade, com mudança ou não de seu sentido. A subsidiariedade apresenta diferentes significados. Certas diferenças que repercutem na definição jurídica do termo, apontam duas formas de compreensão, bem diferentes. Na primeira interpretação, ela é representada pela *idéia de secundária*, pelo que se trata da qualidade do que é secundário. Sendo termo meio hermético, aponta dificuldades para sua compreensão.

Para outra compreensão, considerada como mais significativa, ela se refere à *idéia de supletividade*. Absorve, simultaneamente, dois significados:

- complementariedade;
- suplementariedade.

A complementariedade e a suplementariedade não são sempre dissociáveis. A suplementariedade é o que se acrescenta, entende-se que ela representa a questão *subsidiária*, destinada suplementariamente a desempatar os concorrentes. Em certas ocasiões, a questão subsidiária não é de todo secundária, desde que permite designar os vencedores, sendo que na questão subsidiária ocorre a *idéia de decidir*. A subsidiariedade implica, nesse aspecto em conservar, a repartição entre duas categorias de atribuições, meios, órgãos que se distinguem um dos outros, por suas relações entre si.

A *idéia de complementariedade* explica, de maneira ampla, a utilização feita em direito, da noção de subsidiariedade. As organizações são o fruto dos compromissos de exigências diferentes, desde que a pluralidade de direitos aplicáveis são resultado de reivindicações opostas. De um lado está o poder público, cuja própria existência é um fato incontornável, qualquer que seja a teoria que pretenda explicá-lo. Do outro lado, estão as pessoas privadas, que em uma democracia, que admite que elas possam, debaixo de certas reservas, agir livremente em todos os domínios. O direito público explica a intensidade de suas regras, ao passo que o direito privado aparece como complementar um do outro.

A subsidiariedade é aplicável à dualidade dos regimes jurídicos, sem prejudicar, de qualquer maneira, a discussão que procura saber qual o direito que é subsidiário, um em relação ao outro. Nas ações judiciais, os argumentos e conclusões dos meios subsidiários encontram-se igualmente.

Considerando-se o direito, sob o plano teórico, admite-se que em toda estrutura administrativa existe complementariedade de certos órgãos, em relação uns com os outros. Ocorrendo a existência de vários órgãos, alguns podem ser subsidiários uns em relação aos outros.

Emprega-se, também, a expressão órgãos subsidiários, quando falamos em estruturas internacionais, como ocorre com os órgãos subsidiários das Nações Unidas. Ao mesmo tempo, menciona-se, em Direito Internacional, a competência subsidiária da Assembléia Geral das Nações Unidas.

O princípio de subsidiariedade apresenta particularidades, desde que como expressão normativa de certa organização que realiza relações entre pessoas, era estranho, originariamente, ao Direito Administrativo. Era reconhecido pelo direito da Igreja Católica, isto é, o Direito Canônico. Essa origem permite entender, que apesar de estar inserido no Direito Administrativo, é largamente tributário do Direito Canônico. A doutrina aponta antecedentes do princípio de subsidiariedade em vários textos, como na Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15 de maio de 1931, que explicita o enunciado pela primeira vez²³. O Papa Pio XI declarou que seria cometer injustiça, ao mesmo tempo que torpedear de maneira bem criticável a ordem social, retirar dos agrupamentos de ordem inferior, conferindo-as a uma coletividade bem mais vasta e elevada, funções que elas próprias poderiam exercer. Posteriormente, o princípio é regularmente reafirmado em outra Encíclica, sendo assim formulado: as relações dos poderes públicos com os cidadãos, as famílias e os corpos intermediários devem ser regidas e equilibradas pelo princípio de subsidiariedade.

Os ensinamentos dos textos pontifícios passam a ocasionar preocupação jurídica. O princípio de subsidiariedade vincula-se diretamente à organização da sociedade. Se na compreensão referida acima, ele é aplicável naturalmente à organização da Igreja Católica, em suas relações entre as igrejas particulares e a Igreja Universal, está ele, também, ligado à Sociedade Civil e ao Estado. Destaca-se, em sua compreensão, o entendimento de que todo ordenamento visa a proteção da autonomia pessoa humana, face às estruturas sociais. Ao mesmo tempo, assinala-se que devemos destacar a situação de determinada coletividade em relação a outras existentes, desde que toda comunidade ou coletividade inferior relaciona-se com outra coletividade superior.

O princípio de subsidiariedade aplica-se em numerosos domínios, seja no administrativo ou no econômico. Apesar de sugerir uma função de suplência, convém ressaltar que compreende, também, a limitação da intervenção de órgão ou coletividade superior. Pode ser interpretado ou utilizado como argumento para *conter ou restringir a intervenção do Estado*. Postula-se, necessariamente, o respeito das liberdades, dos indivíduos e dos grupos, desde que não implica determinada concepção das funções do Estado na sociedade.

23 BASTID. *Cours de Droit International Public*. Problèmes Juridiques posés par les organisations internationales, Cours de D.E.S., Les Cours de Droit, Paris, 1972; Le-Bras. G. *Les origines canoniques du droit administratif français*, em L'évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre, Paris, 1956; Mestre, J. L. *Introduction historique au droit administratif français*, P.U.F., col. Droit fondamental, Paris, 1985; *Quadragesimo Anno*, Actae Apostolicae Sedis, XXIII, 1934; *Mater et Magistria*, 15 de maio de 1961, A.A.S., LIII, 1961; *Pacem in Terris*, 11 de abril de 1963, A.A.S., LV, 1963; D'Honorio, J.-B. *Le système institutionnel du Saint — Siège*, tese de direito, Aix-Marseille, III, 1981; Calvez, J.-Y. Perrin, *J. Eglise et société économique*, Aubier, 1953; Pontier, Jean-Marie. *La subsidiarité en Droit Administratif*. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et L'Étranger*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 6-1986, Nov/Dez., pp. 1.515 a 1.535; Lubac, H. de *Les églises particulières dans l'église universelle*, Aubier, 1971.

O princípio de subsidiariedade, em análise global, não pode ser considerado apenas nele próprio, desde que constantemente deve estar ligado a um outro princípio, que lhe é complementar, o da unidade. Os teólogos destacam a correlação entre subsidiariedade e unidade.

As considerações aplicadas à Igreja Católica são estendidas a outras organizações. Nesse sentido, o princípio leva-nos a reflexões sobre o significado de subsidiariedade no seio da sociedade civil e seu relacionamento com o Estado. No que se refere ao Estado, o princípio de subsidiariedade leva em conta a relação do Estado com outras sociedades, não apenas no que toca à natureza do próprio Estado.

Quanto à definição de subsidiariedade, especialmente em sua relação com o Direito Administrativo, convém destacar que esse direito não ignora, a noção. Sua importância decorre, também, de que deve ser encarado frente a outros princípios e certas funções. A subsidiariedade é vista como um dos princípios do Direito Administrativo. Visto sob o ponto de vista jurídico, a primeira dificuldade é a própria noção a ser compreendida, para a natureza intrínseca do princípio. Daí decorre o próprio entendimento sobre a sua colocação na categoria dos princípios.

A definição de *princípios* não é fácil, apesar das alusões que são feitas à idéia ou noção de princípio. Muitas são as indicações, sem que haja definição do que é princípio. Alguns princípios são, incontestavelmente, reconhecidos, enquanto tais, por todos. Outros não são enunciados formalmente como princípios por certos doutrinadores, pelo que o universo dos princípios não cessa de evoluir e crescer. Como exemplos, sem qualquer preocupação, exaustiva, são destacados os: princípios gerais do direito; princípio de constitucionalidade; princípio de proporcionalidade; princípio do ressarcimento; princípio da especialidade; princípio da descentralização; princípio do serviço público; princípio do equilíbrio financeiro do contrato; princípio da responsabilidade; princípio orçamentário; princípio da tributação; princípio segundo o qual a pessoa pública não deve ser condenada a pagar soma que ela não deve; princípios gerais; princípios e garantias processuais; princípio segundo o qual o contrato é a lei entre as partes; princípio do contraditório etc.

Essa enumeração, feita por Jean-Marie Pontier e por nós ampliada, evidencia acentuado caráter de heterogeneidade, desde que está vinculada a domínios diferentes dos vários segmentos em que se distribui a ordem jurídica geral.

Gaston Jèze, no Prefácio à sua obra "*Les Principes généraux du droit administratif*", afirmou que tinha a intenção de retirar das leis, regulamentos, práticas administrativas e sentenças dos tribunais, os *princípios jurídicos* que dominam o conjunto das instituições do direito administrativo francês²⁴.

Os princípios são uma espécie de fronteira do direito, eles orientam e guiam os que realizam as tarefas da interpretação, pois permitem a compreensão das normas jurídicas. Não são apenas regras de direito.

24 JEZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. I. La Técnica Jurídica del Derecho Público Francés. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1948, tradução de Julio N. San Millán Almagro, da 3ª edição francesa "*Les Principes généraux du droit administratif*", Edit. Marcel Giard, Paris, 1925, p. LVIII; Gaudemet, Y. *Les méthodes du juge administratif*. L.G.D.J., Paris, 1972; Auby, J.-M. Drago, R. *Traité de contentieux administratif*, Paris, 3ª edição, Chapus. R. *Droit du contentieux administratif*, Ed. Montchrestien, Paris, 1982; Bonnard. *Précis de droit administratif*, Paris, 4ª edição.

A subsidiariedade não é principalmente noção do direito público francês, mas foi recepcionada por ele. É um princípio jurídico, apesar do princípio de subsidiariedade não ser senão a expressão jurídica formalizada da noção de subsidiariedade. Em relação a outros princípios jurídicos, o princípio de subsidiariedade apresenta certas características próprias. Nem sempre surge como princípio. Em muitas ocasiões, o princípio de subsidiariedade, em sua origem, está fora do contexto dos julgadores e dos legisladores, que não foram seus criadores. O mesmo não ocorre com outros princípios.

Como outros princípios jurídicos, o princípio de subsidiariedade pode ter amplo domínio de aplicação, inclusive quando ele surge como *alternativa*, perante duas possibilidades que surgem, permitindo que duas regras de direito sejam, em teoria, aplicáveis. Discute-se aí, sobre seu caráter *subsidiário*, no sentido *supletivo*. Os princípios podem articular-se com outros, formando um conjunto, no seio do qual certos princípios comandam outros. No que toca ao seu relacionamento com outros princípios, o princípio de subsidiariedade apresenta certas particularidades. Ele não se insere em outros princípios, sem se esquecer que, normalmente, as regras de direito decorrem da *produção contínua de princípios*.

Princípio como o da descentralização, que consubstancia, ele próprio, outros princípios nos domínios de suas especialidades, como em matéria financeira, tem várias vinculações principiológicas. Entretanto, o princípio de subsidiariedade não procede de outro princípio ou comanda outros princípios. É suficiente a si próprio, circunstância que explica parcialmente sua exterioridade em relação ao direito.

Convém ressaltar que o princípio de subsidiariedade apresenta especificidades, quanto às suas funções. As funções de subsidiariedade nem sempre são muito claras, apesar da essencialidade das mesmas. Essa análise leva à compreensão da finalidade subjacente do princípio. Participa da função de regulação do sistema jurídico.

Em todo sistema, a função do direito apresenta formas de organização e de regulação. A tarefa organizadora do direito importa em sua função reguladora.

O princípio de subsidiariedade não se contrapõe aos princípios inerentes à função organizadora, destacando-se dentre esses o princípio da especialidade, que tem grande significado na organização administrativa. O princípio de subsidiariedade não implica certo tipo de determinada organização, pelo que pode aplicar em sistemas administrativos diferentes. Desde que fixado o modelo de organização administrativa, ocorre certo equilíbrio entre instituições e órgãos que compõem a organização.

Nas relações políticas e administrativas tem grande significado o termo *informar* ou *informação*, aplicável à função organizadora e à função reguladora. O termo *informar*, que não é jurídico, em seu sentido filosófico, significa *dar forma*, ou significação. O que informa é o que comunica uma forma, dá *idéia diretriz*, para empregar a expressão de Claude Bernard, repetida por Jean-Marie Pontier. O termo *informar* é muito utilizado no domínio da biologia, para traduzir a explicação da complexidade crescente que caracteriza a vida depois das origens, daí a expressão *informação genética que constitui a vida*²⁵.

25 TRESMOUTANT. C. Sciences de l'univers et problèmes métaphysiques, Seuil, 1976.

Os dois significados do vocábulo informar, informação, na compreensão filosófica e corrente, podem exprimir a idéia de comunicação, de mensagem que comanda certa forma. É essa, em certo sentido, a função do princípio de subsidiariedade. O princípio participa da função reguladora do direito, desde que comunica a certos destinatários, isto é, ao legislador, ao julgador e ao administrador, um programa possível, ao dar forma a uma regra ou a um sistema.

A informação procurada não é dissociável da finalidade de subsidiariedade, se não explica somente o regime jurídico, pode, pelo menos, justificá-lo.

O princípio de subsidiariedade é uma garantia contra a arbitrariedade, procura inclusive suprimi-la. É necessário que toda autoridade investida de funções deva justificar seus atos no exercício de suas funções. A autoridade, no exercício de suas funções, judiciárias ou não, deve apontar os princípios que justificam suas decisões. Os princípios jurídicos são invocados pelos tribunais, quando esses não descobrem lei aplicável, pelo que devem justificar a solução, para que não se torne arbitrária²⁶.

Nas interpretações sobre a aplicabilidade do princípio, levando em conta que essa técnica é diferente dos *standards*, tanto na idéia de informação, como na de formulação, pretende-se, também, decisão que seja socialmente aceitável. Ao mesmo tempo, deve o princípio ser juridicamente coerente com o conjunto de outros princípios jurisprudenciais e outras regras jurídicas, para não ser contraditório ou inoperante.

O princípio de subsidiariedade deve ser coerente com sua segurança e eficácia. Está nessa definição a idéia de assistência, reencontrada no latim *subsidium*.

A utilização do princípio de subsidiariedade, muitas vezes, ocorre exclusivamente em seu sentido secundário. Mesmo assim, configura-se pelo seu caráter de generalidade.

O princípio de subsidiariedade pode ser aplicável nas relações entre órgãos centrais e locais, verificando-se, também, o grau de descentralização. A descentralização é um domínio predileto de aplicação do princípio de subsidiariedade, sendo que a doutrina menciona as relações possíveis entre o centro e a periferia. A descentralização é um modelo de organização do Estado, pelo que o princípio de subsidiariedade pode ser aí invocado. A descentralização é um problema de poderes, seja financeiro ou qualquer outro que proponha efetivá-la, bem como de competências. O princípio de subsidiariedade explica e justifica, em muitas ocasiões, a política de descentralização. A compreensão do princípio de subsidiariedade, em certo sentido, procura saber como em organização complexa pode-se dispor de competências e poderes. Aceitá-lo é, para os governantes, admitir a idéia, pela qual as autoridades locais devem dispor de certos poderes. O princípio de subsidiariedade intui certa idéia de Estado, sendo instrumento de liberdade, ao mesmo tempo que não propõe a absorção de todos os poderes da autoridade central. A modificação da repartição de competência, na compreensão do princípio de subsidiariedade, pode ocorrer com as reformas que propõem transferir competências do Estado para outras coletivida-

²⁶ RIPERT, G. *Les forces créatrices du droit*, L. G. D. J, Paris, 1955; Andrade, José Carlos Vieira de. *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*. Coleção Teres. Livraria Almedina, Coimbra, 1991.

des. Através de sua aplicação, todas as competências que não são imperativamente detidas pelo Estado devem ser transferidas às coletividades. Procura-se resolver a questão de saber quando o Estado e as demais coletividades devam ver reconhecidos na amplitude de suas competências. Deverá ser ela exercida em nível local, ao mesmo tempo que se propõe determinar qual coletividade terá sua competência definida. Nem sempre o princípio de subsidiariedade dá resposta precisa a todas essas questões. Ele fixa apenas o essencial, quando visa orientar uma reforma, uma política, indicando direção, inspirada na filosofia da descentralização²⁷.

O princípio de subsidiariedade, nem sempre, encontra-se inscrito em texto, nem os governantes reclamam que ele não possa ser levado em consideração. Trata-se de noção, na maioria das vezes, de ordem doutrinária. Não se pode esquecer, entretanto, que o princípio conduz a problemas essenciais da descentralização. As análises das reformas descentralizantes, em épocas anteriores, mostram que, frequentemente, os debates verificavam os aspectos de detalhe, perdendo a visão de conjunto. Muitas dessas investigações aparecem, hoje, como secundárias. Posteriormente, na perspectiva do princípio de subsidiariedade, os problemas de descentralização são, essencialmente, questões de poderes e de competências. Na elaboração de seu significado, natureza e demais aspectos, quanto à descentralização, entende-se que se deve ampliar a liberdade e os poderes das demais coletividades, por alguns denominados de territoriais, sem sacrificar o que é essencial nas funções do Estado.

A subsidiariedade, na política da descentralização, tem contornos que foram sendo definidos em várias épocas. Já Robespierre declarava na Convenção que era preciso afastar-se da tendência dos antigos governantes, de muito governar. Dever-se-ia, naquela compreensão, deixar os indivíduos às famílias o direito de fazer o que entrava em choque com os outros. As comunidades deveria dar-se o poder de se regular por elas próprias seus negócios, em tudo o que não fosse essencialmente da administração da República (*Discours sur la Constitution. Convention Nationale*, sessão de 10 de maio de 1793, *Moniteur universel*, 13 de maio de 1793).

Em muitas ocasiões, o princípio de subsidiariedade está vinculado às questões referentes à descentralização, com invocações sobre as competências, as comunidades e o Estado. A comuna, em sua existência material, não era considerada como criação do poder. Falou-se em certa independência da comuna, na França, bem como na natureza da coletividade local. Cogita-se, na formulação do princípio de subsidiariedade, do equilíbrio entre o poder central e o poder local. A idéia concretiza-se na compreensão da absorção da substância local e da vitalidade local pelo poder central. O poder local deve dispor de condições que crie situações para a formação do cidadão e do município. A repartição de competências vincula-se à compreensão do princípio de subsidiariedade, pelo que o Estado deve transferir ou delegar às coletividades os poderes que têm a capacidade de exercer.

A ausência de estudos sobre o assunto, impede as reflexões sobre todas as potencialidades do princípio de subsidiariedade. Esse princípio deve ser entendido

27 MODERNE, F. *La libre administration des collectivités locales*, Economica, Paris, 1984; Pontier, J.-M. *Les principes de la répartition des compétences*, em *Les nouvelles compétences*, sob a direção de F. Moderne. Economica, Paris, 1985.

em sua visão ampla, com vinculação com as noções de justiça, de regulação, bem como com as grandes questões inerentes às finalidades e funções do direito.

Princípio de Subsidiariedade: Agrupamentos Supranacionais. Sistema Econômico e Planejamento.

A compreensão do princípio de subsidiariedade envolve, conforme já esclarecemos, vários discursos, afirmativa comprovada em reunião realizada em Madrid, para debater a subsidiariedade²⁸.

Os estudiosos do tema, em seus trabalhos, dão maior relevo ao exame das relações entre o Estado e os agrupamentos ou sociedades menores, com referências ao processo federativo e aos corpos intermediários. Ao lado desse limite de perspectiva, no direito interno, aparecem as considerações em torno das relações *inter nationes* ou nas relações internacionais. Miguel Ayuso Torres, referindo-se a Hugo Tagle, em trabalho sobre o princípio de subsidiariedade, ao ocupar-se de sua causa material e sujeitos aos quais se aplica, aponta sete níveis ou círculos concêntricos que cercam o homem, constituindo diferentes sociedades. Nos dois últimos níveis coloca a *Federação* e a *Sociedade internacional*. Essas por ocuparem lugares mais distantes do centro constituído pelo homem, têm menor densidade ontológica, menor coesão social e menor obrigatoriedade jurídica.

Às Federações e à Sociedade internacional²⁹ (*communitas orbis*) aplica-se o princípio de subsidiariedade, objetivando a integração, sem reduzir as potencialidades dos entes circunjacentes.

O princípio de subsidiariedade leva-nos a considerar a coexistência de fins inferiores e superiores, através de suas coexistências. Apesar do internacionalismo, supõe-se a permanência dos Estados nacionais, dentro da Sociedade internacional. A ruptura do comunitarismo da cristandade, o aparecimento das nacionalidades e do Estado moderno, leva a um período de afastamento nas relações internacionais. Mesmo assim, têm início as relações *inter nationes*, mais restritas do que as que ocorrem *inter gentes*, que passam a ser reguladas pelo Direito Internacional, com bases em concepção racionalista. Em certa fase de seu desenvolvimento preocupou-se com a manutenção e salvaguarda do equilíbrio europeu, que não se consolidou.

A convivência internacional passa pelas fases do domínio e do ideal federativo, sendo substituída pelo princípio de equilíbrio entre as potências, com base nos tratados internacionais. Dentro de todas essas discussões e práticas internacionalistas, ressurgem as preocupações em torno da comunidade internacional, com referência

28 TAGLE, H. *El principio de subsidiariedad*, em *Persona y Derecho: ordem social y violencia*, vol. III, 1976; Torres, Miguel Ayuso. *O princípio de subsidiariedade e os agrupamentos supranacionais*. Digesto Econômico. São Paulo, Maio/Junho, 1990, Ano XLVI, pp. 65 a 70; Lamsdorff — Galagne, Vladimiro. *Quanto falta o princípio da subsidiariedade*. Digesto Econômico. São Paulo, Julho/Agosto, 1990, Ano XLVI, pp. 16 a 23.

29 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional — Uma Introdução (Constituição de 1988, revista em 1994)*, Renovar, 1994; Dallari, Pedro. *Constituição e Relações Internacionais*. Editora Saraiva, São Paulo, 1994.

e um mundo sem fronteiras. Esse internacionalismo *one world* e a própria solidariedade proletária (as internacionais) passam pela contestação das nacionalidades e pelo Superestado mundial³⁰.

As críticas ao internacionalismo apontam as dificuldades em se criar a verdadeira solidariedade internacional, tendo em vista a ausência de certo modo natural e espontâneo de vida, entre os habitantes de uma mesma terra e herdeiros de patrimônio comum. Nas diversas fórmulas aparecem as preocupações com um possível cidadão do mundo, do supergoverno mundial, que proporia repartir o desenvolvimento e redistribuir as riquezas³¹.

Para o novo internacionalismo propõe-se, também, a construção da sociedade internacional com os princípios configuradores de subsidiariedade. Assenta-se, essa compreensão, de que além dos governos e nações, surge na vida da humanidade necessidades que não podem ser apenas consideradas isoladamente pelos Estados, desde que é necessária a *Coordenação de esforços*.

Os *grupos intermediários* não podem ser reduzidos, nem esquecidos, quando tratam da Federação, pelo que devem ter ação e prolongamento até a sociedade internacional.

As propostas de um mundo homogeneizado, do Estado Nação ou do Estado Federal não podem assentar-se em categorias institucionalizadas, esquecendo-se das comunidades menores. A organização temporal da sociedade e do mundo parte da proclamação da igualdade essencial dos homens, favorecedora da comunicação fraternal entre os seres humanos, através de políticas conciliatórias entre as nações, o Estado e as comunidades inferiores ou primárias, no que diz respeito às suas origens. O princípio de subsidiariedade, na ordem internacional ou interna de cada Estado, toma como pressuposto essencial a consideração das entidades menores. A licitude do supergoverno mundial depende da obediência ao princípio de subsidiariedade. E nesse entendimento que Francisco Suárez (*De Legibus*) mostra que o gênero humano, por mais dividido que esteja em distintos Estados, sempre terá alguma unidade, que se especifica em critérios políticos e morais (*sed etiam quasi politicam et moralem*)³².

30 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. Saraiva, São Paulo, 1972; Chantebout, Bernard. *Do Estado. Uma tentativa de desmitificação*. Editora Rio, Rio de Janeiro, 1977, trad. de José Antônio Faria Corrêa.

31 Obra Coletiva. *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992; Diaz, José Ramon Cossio. *Estado Social y Derechos de Prestacion*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; Jenks, C. W. *La Justicia Social en el Derecho de las Naciones. El impacto de la O.I.T. después de cincuenta años*. Editorial Tecnos, Madrid, 1972; Propper, Karl. *The Open Society and its Enemies*. G. Routledge, Londres, 1945.

32 FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*. Universidad Nacional de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1980; Arendt, Hannah. *A Dignidade da Política. Ensaios e Conferências*, Dumará Distribuidora de Publicações Ltda., Rio de Janeiro, 1993, Tradução de Helena Martins, Frida Coelho, Antonio Abranches, César Almeida, Claudia Drucker e Fernando Rodrigues. Organização, introdução e revisão técnica de Antonio Abranches; Duverger, Maurice. *Europa de los hombres. Una metamosfosis inacabada*. Alianza Editorial, Madrid, 1994, versão

Mesmo que se considerasse a possibilidade de que cada Estado, Região, Autonomia, Estado membro, Município ou Cidade fossem perfeitos ou auto-suficientes, todos eles estão inseridos em comunidade global maior, abrangente de todo o gênero humano. Todas essas comunidades não são autárquicas, pelo que necessitam de ajuda, associação, comunicação mútua e outras formas de colaboração recíproca, que atinjam até a comunidade internacional. A visão renovada de Francisco de Vitoria (*De indis noviter inventis*) do “*orbis*” projeta a comunidade de todo o globo terrestre, com a concepção da *communitas orbis*, diferenciada por Miguel Ayuso Torres das modernas concepções da liga dos povos e da Sociedade de Nações, consideradas como associações meramente jurídicas e contratuais.

A convivência das estruturas nacionais, com a supranacional, é vista através do respeito ao princípio de subsidiariedade. O supergoverno mundial seria legitimado, pelo cumprimento do princípio de subsidiariedade, respeitando o que, por sua própria conta, façam ou possam fazer os Estados.

A aceitação do princípio de subsidiariedade, em organismo supranacional e infra-nacional, levará à correta captação das divergências e o respeito das variedades. O esquema de unidade centralizada e absorvente leva à homogeneidade, através do condicionamento dos créditos, em empréstimos fornecidos pelas instituições financeiras internacionais.

A não observância do princípio de subsidiariedade tem sido objeto de reflexões, quando se questiona o seu não segmento. Para a compreensão dessas conseqüências não podemos esquecer as suas vinculações aos temas decorrentes da interdisciplinaridade no direito. Vladimiro Lamsdorff-Galagane, escolhendo o aspecto econômico, questiona: “o que sucede quando não se respeita o princípio de subsidiariedade em economia?”

Definindo o que entende como o princípio de subsidiariedade, procura resumir-lo na fórmula seguinte: “que a autoridade só faça o que é preciso para o bem comum, mas aquilo que os particulares não podem, não sabem ou não querem fazer por si mesmos. A necessidade da intervenção da autoridade se estabelece, pois, eventualmente, e cessa rapidamente assim que os particulares voltem a manifestar capacidade para resolver o problema sem ajuda alheia”.

Em suas manifestações, podemos assistir à hipótese em que ocorre a inibição da autoridade, quando o bem comum exige sua intervenção. Tal situação, na economia, é típica do liberalismo do século XIX, ou quando, ainda, em nossos dias, o governo fica indiferente à situação do povo ou parcela do mesmo.

Aponta a teoria e a prática, em matéria econômica, situações que poderiam ser resolvidas apenas pelas pessoas, através do mercado livre, mas em que constatamos a intervenção do Estado. Para os defensores da não intervenção, desde que a solução

espanhola de Frederico Jiménez de Parga Maseda; Esquivel. José Carlos Rojano. *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos* (breve ensayo), Comisión Estatal de Derechos Humanos; Madrazo, Jorge. *Derechos Humanos: El Nuevo Enfoque Mexicano. Una Visión de la Modernización de México*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993; Climent, Vicente Oltra. *Sociedade y Economía. Un análisis del estado del malestar*. Ediciones Díaz de Santos, S. A., Madrid, 1994.

de mercado é mais adequada aos desejos dos consumidores, a intervenção estatal, nessa situação, pode ser muito redundante ou prejudicial. É nesse sentido que se compreende a solução adotada pelos poderes públicos como desnecessária, desde que coincida com a que por si só tivesse adotado o mercado para a mesma solução, torna-se-ia supérflua ou acarretaria gasto inútil. A atuação estatal só seria justificada se, por qualquer circunstância, o mercado falhasse.

Apesar da predominância das empresas privadas, na maioria das economias dos Estados, em muitas atividades econômicas surgem intervenções permanentes ou intermitentes, proveitosas ou não.

O princípio de subsidiariedade não é totalmente cumprido, quando o Estado propõe a dirigir toda a economia. A idéia de planificação econômica ocupa lugar de relevo, sendo que em certas circunstâncias poder-se-ia chegar até a estatização total de economia. A regulação total não é apenas nos Estados socialistas ou marxistas, ela ocorreu no século XVI, com os reis; no século XVIII, com os déspotas esclarecidos, no século XIX, com os representantes do povo. Transfere-se para o poder político, todas as responsabilidades, para a boa gestão do Estado.

Quando examinamos o plano, podemos nos colocar, inicialmente, frente a empresas em que cada uma é o centro autônomo de decisões, onde cada uma decide livremente o que vai produzir, no que toca, à qualidade e quantidade e o preço, a ser oferecido aos consumidores. Em certo tipo de planificação econômica, essas decisões não serão tomadas pelas empresas. Certa concepção de planejamento assenta-se em pressupostos como:

- a) plano rígido ou não;
- b) planificação flexível ou inflexível;
- c) declaração de que o plano é lei;
- d) o plano em relação às políticas escolhidas;
- e) autoridade planificadora, sem limites e controle;
- f) o plano em suas relações com outros Estados;
- g) controle do consumo;
- h) execução do plano;
- j) o plano é forçosamente rígido e tem força de lei.

Os temas acima mencionados, quando tratamos do princípio de subsidiariedade, levam às indagações sobre a natureza do plano, como será ele, seus limites, objetivos e tempo de execução, seja ele em nível geral ou local, bem como a participação dos particulares. Em Portugal surgiu a figura jurídica da “*associação da Administração com os proprietários*”: “O nosso ordenamento jurídico contém nos artigos 22º a 26º do Decreto-lei nº 749/76, de 05 de novembro, no Decreto nº 15/77, de 18 de fevereiro (diploma que regulamenta aquelas disposições legais), bem como nos artigos 8º, n. 1, al. a), 10º e 11º, nº 2 do Decreto-lei nº 152/82, de 3 de maio, a disciplina jurídica do institutó da “*associação da Administração com as particulares*” em matéria de urbanismo que, se for aplicado de forma correta e generalizada, constitui um valioso instrumento de garantia da *igualdade de tratamento* entre os proprietários de imóveis abrangidos por um mesmo plano urbanístico (plano geral ou parcial de urbanização

ou plano de pormenor) ou, pelo menos, entre os proprietários de terrenos situados num determinado setor do plano urbanístico”³³.

Acentua Fernando Alves Correia, ao tratar da justa distribuição dos benefícios e encargos entre os associados: “Uma das finalidades essenciais da associação é a de realizar uma *justa distribuição* dos benefícios e encargos decorrentes da execução do plano urbanístico entre os proprietários dos terrenos (quer seja a Administração, quer sejam os particulares), garantindo, assim, a *igualdade de tratamento* entre os proprietários abrangidos por um mesmo plano urbanístico ou, no caso de este se dividir em vários setores ou zonas, entre os proprietários dos terrenos situados em cada um deles.” (*O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, ob. cit., p. 635).

Essas formas de execução do plano levam às especulações em torno dos centros intermediários de poder, isto é, seu posicionamento como centros subordinados, encarregados do cumprimento do plano. Como ficará a autonomia, quanto aos diversos níveis de governo, se analisamos a participação, a democracia e a descentralização.

O princípio de subsidiariedade, em suas repercussões internas e internacionais, vincula-se, também, nas relações com o exterior.

O Planejamento democrático não entra em contradição com o princípio de subsidiariedade, desde que saibamos examiná-lo, à luz de sua função e da natureza dos atos que envolve: “Se o objetivo a atingir é o ‘crescimento’, o ‘desenvolvimento’, o tipo de distribuição de riquezas e a qualidade de vida ou qualquer outro, o Direito Econômico cuida das normas que levam ao resultado almejado, sem formular ‘juízos de valor’ a seu respeito, mas procurando ajustar as medidas de política econômica à ideologia”³⁴.

O processo de elaboração, acompanhamento, controle e execução das disposições do Plano, tendo em vista a natureza dos atos que envolve (atos de natureza política, atos de natureza econômica, atos de natureza administrativa, atos de natureza jurídica), acompanhado de flexibilidade, não sendo imperativo, mas apenas indicativo, é conciliável com o princípio de subsidiariedade.

O controle do Estado sobre as comunidades que existem no mesmo, nas diversas modalidades de seu exercício, não pode implicar formas de poder discricionário. Qualquer tipologia de controle implica, para a conciliação com o princípio de subsidiariedade, situações que propiciem colaborações entre o Estado, as comunidades menores e os organismos privados. A colaboração do Estado, com as comunidades secundárias e organismos particulares, é um fenômeno inerente à aplicabi-

33 CORREIA, Fernando Alves. *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*. Coleção Teres. Livraria Almedina, Coimbra, 1989, p. 625.

34 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, Edição F.B.D.E. Fundação Brasileira de Direito Econômico, Belo Horizonte, 1992, Atualização e revisão da prof. Terezinha Helena Linhares, p. 247; idem, *Direito Econômico*, Edição Saraiva, São Paulo, 1980, pp. 449 e ss; Corbel, Pierre. *Le Parlement Français et la Planification*. Editions Cujas, Paris, 1969; Scaff, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado Intervencionista*, Editora Saraiva, São Paulo, 1990; Mukai, Toshio. *Participação do Estado na Atividade Econômica. Limites Jurídicos*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979.

lidade do princípio de subsidiariedade. O Estado não pode ser considerado como corpo estranho, no qual os cidadãos são vistos burocraticamente. Suas atividades precisam ser compreendidas, em relação às comunidades menores e aos particulares.

As teorias e os fatos demonstram como o Estado moderno transformou-se em intervencionista. Controle e regulamentação, através da intervenção estatal, propõe realizar política econômica e social. Existe, entretanto, diferença de natureza e procedimento, nas duas formas. A regulamentação é estática, ao passo que o controle é dinâmico. Nem sempre a regulamentação permite as melhores condições de funcionamento. A presença do controle permite, ao contrário, adaptações constantes.

O princípio de subsidiariedade, visto em confronto com a noção de Estado, na teoria do controle, deve ser encarado nas diversas maneiras de desmembramento do Estado, através das coletividades secundárias. A natureza dessas coletividades impõe que sejam as mesmas depositárias de certas parcelas de poder público, principalmente em nível local. As coletividades locais não têm, efetivamente, as mesmas responsabilidades, nem os mesmos poderes do Estado³⁵.

Leis nacionais, como a nova Lei Antitruste, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, mostram as contradições do nosso sistema econômico, ao determinar que ela dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico³⁶.

Norma de natureza muito mais regulamentadora, do que de controle, prima pelos limites à atividade econômica. *O Estado regulador* surge como dirigente superior das atividades econômicas e nacionais, incumbindo-lhe promover a ordem positiva. Apesar das diferenças específicas, a fronteira entre regulamentação e controle nem sempre é fácil de ser determinada.

A norma regulamentadora corresponde, em primeiro grau, a um estágio de intervencionismo, desde que impõe limites à atividade dos organismos privados, transformando o Estado em defensor da ordem pública: "Não há a menor dúvida de que o intervencionismo estatal, ainda que por vezes necessário, tem sido o condão de trazer ao meio econômico uma crescente inquietação.

Evidentemente que tal insegurança atinge todo o empresariado, na medida em que se sente desprotegido, haja vista nem sempre o Estado ter conduzido a atividade econômica dentro dos princípios existentes, especialmente no tocante aos preços, os quais atingem patamares indesejáveis para o consumidor final. Por outro lado, o Estado, bem como a população em geral, ficam privados de investimentos a longo prazo, pois não se sabe o dia de amanhã.

Não obstante, ainda que nefasto, o intervencionismo estatal, por vezes, impõe-se

35 DEMICHEL, André. *Le Contrôle de L'État sur les Organismes Privés. Essai D'une Théorie Générale*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1960, 2 tomos.

36 POPP, Carlyle. Abdala, Edson Vieira. *Comentários à Nova Lei Antitruste. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994*, Juruá Editora, Curitiba, 1994, p. 22; Franceschini, José Inácio Gonzaga. *A Cláusula "devido processo legal" e a lei antitruste nacional*. Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, Ano 26, número 104, outubro/dezembro, 1989, pp. 213 a 220.

a fim de que o Estado possa harmonizar a atividade privada com os princípios fundamentais por ele preconizados. Ademais, não é possível que o forte domine o fraco, de tal sorte que a vontade deste passe a ser mera ficção.

Acrescenté-se, outrossim, que deve prevalecer o auto-regulamento dos interesses privados, ou seja, o Estado deve agir como mero órgão fiscalizador, não interventor. Assim, “o papel do intérprete deve ser o de dar primazia àquilo que é mais importante, é dizer aos princípios constitucionais. As regras que excepcionam ditos princípios, tais como reservas de mercado, devem ser interpretadas restritivamente”³⁷.

O Federalismo Alemão e o Princípio de Subsidiariedade

Na Alemanha ocorreram, nos últimos anos, várias revisões na sua ordem política e econômica, com o objetivo de permitir maior liberdade e participação. O federalismo tornou-se essencial componente do governo democrático, daí terem ocorrido debates sobre as suas estruturas. Tomou-se seus aspectos reais e concretos, não os ideológicos. Muitos sistemas federais foram resultantes de compromissos históricos, pelo que o funcionalismo federal decorreu de condições particulares, sem que se tenha um tipo ideal como modelo definitivo.

A separação dos poderes governamentais, ao lado da alocação desses poderes em vários níveis (Federação, Länder e Comunas) foram definidas na Lei Fundamental.

A justificação do federalismo é feita por motivações racionais, sendo que a doutrina elenca alguns pontos essenciais como: 1) o federalismo preserva a diversidade histórica e a individualidade; 2) facilita a proteção das minorias; 3);³⁸ 4) o federalismo é um meio de proteção da liberdade (*A federalist constitution always implies a vertical separation of powers which, just like the classical horizontal separation, is an instrument to contain the power of the state by a system of checks and balances*) — *The Example of Federalism in The Federal Republic of Germany*, p. 5); 5) o federalismo encoraja e reforça a democracia, facilitando a participação democrática; 6) a eficiência é, também, considerada como uma das razões que justifica o federalismo.

A literatura científica sobre o federalismo, nos dias de hoje, tem destacado os aspectos positivos dessa forma de Estado.

Os princípios e a organização das estruturas da Federação estão na Constituição, ressaltando-se que o estabelecimento do sistema federativo, através da adoção de

37 POPP, Carlyle. Abdala, Edson Vieira. *Comentários à Nova Lei Antitruste*, ob. cit., pp. 20 e 21; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*, Editora Saraiva, São Paulo, 1990.

38 *Princípio da Subsidiariedade* — “Thirdly, the principle of subsidiarity which is an element of catholic social theory is occasionally adduced to justify federalism. There was reason to suppose, it is said that the smallest community capable of implementing a meaningful solution solve eac particular problem. We shall return to this immediately” — Monika Baumhauer / Günter Dill, em *The Example of Federalism in Federal Republic of Germany*. A Reader. Konrad Adenauer — Stiftung, 1994.

uma Constituição e a criação de órgãos federativos constitucionais constituem atos fundamentais, para criação do Estado federal. Permite essa forma de Estado composto, o controle do processo político, estimulando a permanência, a integração e a sucessão das gerações. Consolida e estimula, assim, a permanência das garantias constitucionais e dos princípios federativos do processo político de governo.

Com os mecanismos da separação horizontal de poderes e a separação vertical, propicia-se no Estado federal, decisões ou técnicas de atuação que permitem um processo mais transparente, mais balanceado e mais controlável.

Na Constituição federativa, com o sistema parlamentar de governo, os diversos segmentos do governo são caracterizados pela existência de vários órgãos legislativos (*Federal Diet e Land parliaments*), onde podemos constatar a presença de vários partidos. No Estado federal a oposição integra, de maneira efetiva, a ordem democrática, desde que os partidos de oposição, no parlamento federal, tenham a oportunidade de implementar programas alternativos. O federalismo contribui para facilitar as diversidades culturais e sociais.

A Constituição da República Federal da Alemanha define o regime político, como sendo um Estado democrático social e federativo, sendo que em outra de suas previsões garante-se a permanência e inviolabilidade dessa norma constitucional (*Amendments of this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, the participation on principle of the Länder in legislation, or the basic principles laid down in Articles 1 and 20, shall be inadmissible* (The Example of Federalism in the Federal Republic of Germany, ob. cit., p. 16).

Ludger Kühnhardt (*Federalism and Subsidiarity — Reflexions on a German and European Question — Aus Politik on Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung, "Das Parlament" B 45/91, 1. November 1991, pp. 37-45*), ao dissertar sobre aspectos do federalismo alemão, afirma que as relações entre federalismo e a idéia de subsidiariedade necessitam ser investigadas, com urgência³⁹.

Como em outros trechos sobre o princípio de subsidiariedade, o autor menciona a *Mater et Magistra*, encíclica papal na qual, como norma de filosofia social, consagra-se o sistema de relações entre o homem e as comunidades humanas. Dentro da mesma orientação, está a *Quadragesimo Anno*, promulgada, em 1931, pelo papa Pio XI. Os fundamentos sócio-filosóficos da coexistência humana surgem nessas explicações. A definição de subsidiariedade, nas diversas formas de atividade social, não pode ter como meta destruir ou absorver os membros do corpo político, mas desenvolvê-los e propiciar que possam agir em clima de liberdade criativa.

39 "The principle of subsidiarity describes how units relate to the facts of life. 'Subsidium', its Latin root, describes the concept of giving assistance to smaller units in order to preserve their vitality and enhance their scope. The modern definition and interpretation of the principle of subsidiarity has its origins in Catholic social dogma. Following that principle of social philosophy which says that society exists to support the individual but not vice versa, Pope John XXIII in his social encyclical *Mater et Magistra* (1961) gave classical expression to the fundamental principle of personaised Catholic social dogma which says that "man is the upholder, the creator, and the object of all social institutions." This is a consequence both of the fact that man was created in God's image and of the fact that he is personally accountable to both his Creator and his fellow human beings" (The Example of Federalism in the Federal Republic of Germany, ob. cit., p. 26).

O princípio de subsidiariedade deve ser interpretado como inerente à preservação das individualidades, dentro dos vários agrupamentos sociais. Gustav Gundlach é considerado como o criador e o expositor dos aspectos filosóficos e sociais do princípio de subsidiariedade. Politicamente, Oswald von Nell-Breuning vincula o princípio de subsidiariedade com o conceito de federalismo. Entende que a estrutura da ordem governamental reflete os elementos constitutivos do princípio de subsidiariedade, estabelecendo genuína auto-administração das pequenas unidades correlacionadas com as formas institucionais superiores. Tomando por base as implicações constitucionais concretas, o federalismo pode ser considerado como a implementação do princípio de subsidiariedade na vida do Estado. Essa compreensão leva ao entendimento de que o federalismo, de fato, é a aplicação do princípio de subsidiariedade.

O princípio de subsidiariedade é hoje um dos fundamentos, também, da Comunidade Européia, desde que será capaz de consolidar uma espécie de estrutura federal.

O dinamismo do federalismo, relacionado com o princípio de subsidiariedade, leva à correlação entre *integração e autonomia*, criando uma espécie de subsidiariedade de base federativa, capaz de assegurar paz e liberdade dos diversos Estados que fazem parte do processo aproximativo geral, com preservação das potencialidades individuais.

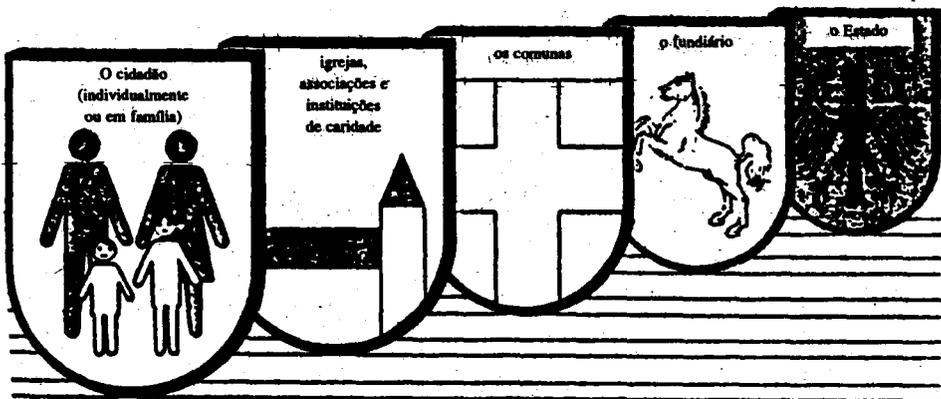


Diagrama: O princípio da subsidiariedade

Fonte: "The Example of Federalism in the Federal Republic of Germany", p. 195.

O federalismo e o parlamentarismo têm sido dois princípios estruturais na experiência alemã do Estado Federal Democrático, mas para sua compreensão devemos ressaltar as particularidades naturais e as diferenças quantitativas, tanto no

que se refere ao território com a população de um lado, e as condições sociais de modo particular, levando-se em conta a estrutura econômica e o seu desenvolvimento.

O princípio de subsidiariedade tem sido objeto de diversos estudos, em várias partes do mundo. German J. Bidart Campos afirma que oriundo da doutrina social da Igreja, no século XX, o princípio de subsidiariedade preconiza que é injusto e ilícito adjudicar a uma sociedade maior o que é capaz de fazer, com eficácia, uma sociedade menor. Entende ainda, o publicista argentino, tratar-se de princípio de justiça, de liberdade, de pluralismo e de distribuição de competências, através do qual o Estado não deve assumir, por si, as atividades que a iniciativa privada e grupos podem desenvolver por eles próprios, devendo auxiliá-los, estimulá-los e promovê-los.

No mesmo sentido, só deve supri-las ou substituí-las quando são impotentes e ineficientes para realizar suas tarefas. Objetivando-se igual eficácia, deve-se dar preferência à unidade social menor, em lugar da maior, do mesmo modo privilegiar o nível social inferior, a um nível social superior ou mais amplo.

A subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe o Estado mínimo e débil, que se retrai a simples funções de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isto estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável. O princípio de subsidiariedade não pode converter-se em seu oposto, isto é, o de anti-subsidiariedade. Nesse último, o homem e as sociedades intermediárias não deveriam fazer tudo que é capaz de fazer o próprio Estado. A inversão da fórmula, contrariando a subsidiariedade, leva a uma posição estatista.

Bidart Campos, em trabalho sobre os equilíbrios da liberdade, destaca o equilíbrio do princípio de subsidiariedade. Afirma que ele significa não ser lícito, nem justo que os homens deixem de fazer por suas próprias forças, transferindo para o Estado, aquilo que poderiam fazer. Entende que toda intervenção do Estado deve ajudar supletivamente os membros do corpo social, sem destruí-los, nem absorvê-los. Mencionando Manoel Garcia Pelayo, que fala em sociedade organizacional, o princípio se estende a uma formulação mais ampla, já mencionada em texto de Pio XI. É ilícito e injusto reservar a uma sociedade maior o que pode ser feito por uma sociedade menor. Antes de deferir ao Estado certas competências, devemos verificar se são capazes de resolvê-las os próprios homens ou as sociedades intermediárias, componentes do pluralismo social. Tratando-se de igual eficácia, deve se dar preferência não ao nível estatal. Entende-se que quando alguma tarefa pode ser cumprida pelo homem ou pelos grupos sociais, bem como pelo Estado, deve-se dar preferências aos primeiros.

O princípio de subsidiariedade assemelha-se a uma repartição de competência entre Sociedade e Estado. Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado, exigindo desse ajuda e promoção das atividades próprias do pluralismo social. Possibilita desenvolver as formas associativas e uma coordenação das atividades estatais de fomento. O princípio de subsidiariedade aplica-se nos âmbitos em que a ordem e o poder têm limitações razoáveis, ao mesmo tempo que a economia deve conviver com a liberdade. O princípio de subsidiariedade visa suprir a iniciativa

privada impotente ou ineficaz, mediante a ação do Estado, propiciando a sociedade resultados benéficos. Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido, em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades do pluralismo social⁴⁰.

Princípio de Subsidiariedade como Princípio de Direito Constitucional

Para Guillaume Drago existe uma definição francesa de *subsidiariedade*, da mesma maneira como ocorre uma concepção francesa da separação de poderes, expressão empregada pelo Conselho Constitucional na decisão nº 86.224 DC, de 23 de janeiro de 1987 (*Conseil de la concurrence*, Rec. 8, cons. 15) decisão comentada por L. Favoreu e L. Philip (*Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, 1993, 7ª edição, pp. 700 e ss).

O assunto merece destaque, principalmente, quando se coloca indagações sobre o princípio de subsidiariedade como princípio constitucional.

Atualmente quando se fala no princípio de subsidiariedade, em termos de Direito Constitucional, pensamos no Estado Federal ou nos princípios da Europa Comunitária, expressos recentemente no Tratado da União Européia.

Constantinesco refere-se às três funções do princípio de subsidiariedade: é conhecido como *princípio de ética política*, desde que exprima visão *comunitária da sociedade*; *princípio de repartição de competências*, significando que a idéia de subsidiariedade aloca competências entre os níveis de organização pública, quando se estabelece que a cada nível de poder não se deve atribuir senão as competências que ele pode melhor exercer; finalmente é um princípio que intervém no domínio das competências concorrentes, permitindo a atualização de competência potencial da Federação (*Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union européenne?*, Méli. Boulouis, Dalloz, 1991, p. 38; A.-F. Cammiller, *Le principe de subsidiarité*, Mémoire D.E.A. Droit communautaire, Paris, II, 1991).

A definição da subsidiariedade tem apresentado diversos alcances e conteúdos. Conceitua-se subsidiariedade como princípio, pelo qual as decisões, legislativas ou administrativas devem ser tomadas no nível político mais baixo possível, isto é, por aquelas que estão o mais próximo possível das decisões que são definidas, efetuadas e executadas. Está assim o princípio de subsidiariedade relacionado com a situação constitucional definida nas competências dos entes que compõem o tipo de Estado consagrado (Unitário, Autônomo, Regional ou Federal) e o processo de descentralização política e administrativa. Em decorrência dessas circunstâncias a aplicação do princípio de subsidiariedade assume certas particularidades.

As análises do princípio de subsidiariedade, tido como princípio de Direito Constitucional, devem levar em consideração as tendências constitucionais, no que

⁴⁰ BIDART CAMPOS, German J. *Teoria del Estado, Los Temas de la Ciencia Política*, Ediar Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1991, pp. 40 e 41. Idem, *Los Equilibrios de la Libertad*, Ediar Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1988, pp. 166 a 170.

se refere à estruturação e constitucionalização da forma de Estado. Além dessas tendências, surgem as dificuldades referentes à aproximação entre *Constituição e Subsidiariedade*.

Quanto à Subsidiariedade, em decorrência das ideologias e teorias globalizantes formuladas durante os dois últimos séculos, o princípio de subsidiariedade é o centro do pensamento anti-sistemático, inscrito contra os diversos “ismos”. Rejeita as receitas e as panacéias da *privatização* e da *nacionalização*. Ao mesmo tempo relativiza as doutrinas do liberalismo clássico e do socialismo. Reclama confiança no julgamento particular, entendido no seu sentido mais geral de “*souci civique*”. Surge daí a importância daqueles que destacam suas *fontes éticas*. Entende Drago que a subsidiariedade não é um princípio cartesiano. Tendo em vista o pensamento liberal, a doutrina francesa faz reservas ao princípio de subsidiariedade.

A aproximação entre *Constituição e Subsidiariedade* aponta dificuldades, quando compreendemos que na organização federal o princípio de subsidiariedade encontra sob o plano estritamente político sua mais significativa expressão. Compreende-se aí que a subsidiariedade é um princípio de repartição de competências que, aplicado ao Direito constitucional, encontra sua expressão imediata no federalismo, tido como o modo de repartição de competências constitucionais, por excelência.

Drago, tendo em vista ser a França um Estado unitário, historicamente centralizado, indaga sobre a possibilidade de uma definição francesa de subsidiariedade como princípio de Direito constitucional. Como princípio fundador da ordem constitucional, a subsidiariedade não está presente nos dispositivos constitucionais franceses. Mesmo assim, ele não está totalmente excluído da repartição de poderes entre as instituições da República, na Constituição de 1958. A subsidiariedade está presente no seio das instituições francesas, desde que ela regule o quadro e os limites das organizações infra-estatais. Essa definição de subsidiariedade constitui a exata expressão daquela utilizada pelo princípio de repartição de competência do Direito constitucional federal.

Pelo conjunto de certas considerações, deve-se estudar no direito francês, o princípio de subsidiariedade como princípio de Direito constitucional. Para essa metodologia são tomados alguns temas: as expressões constitucionais do princípio de subsidiariedade e seu controle; os critérios de distribuição do poder de decisão e o alcance do poder distribuído.

As expressões constitucionais, os critérios e a compreensão do poder de decisão, distribuídos em razão do princípio de subsidiariedade, na Constituição francesa de 04 de outubro de 1958, não surgem através de disposições explícitas que ilustrem ou apliquem o princípio de subsidiariedade. A Constituição de 1958 não está assentada sobre o modo de repartição de competências que façam qualquer referência à subsidiariedade, pelo que poder-se-ia concluir que a Constituição não faz aplicação direta do princípio de subsidiariedade.

Mesmo assim, pode-se concluir que as disposições da Constituição de 1958 aplicam de maneira extremamente limitada o princípio de subsidiariedade. Os artigos 77 e 78, relativos à Comunidade, surgem como eventual ilustração do princípio de subsidiariedade, quando instituem repartição de competências entre a Comunidade e os Estados que a constituem. Os artigos 72 e 74 da mesma Constituição podem

ser ilustradores de uma espécie de subsidiariedade, ao instituírem forma de livre administração das coletividades territoriais.

A subsidiariedade não é apenas um simples princípio de repartição de competências entre órgãos ou coletividades estatais. Ela fixa o próprio princípio de competências, daí decorre que a subsidiariedade possa ser um princípio de Direito constitucional. A busca do princípio de subsidiariedade, como princípio de Direito constitucional, aparece na organização administrativa do Estado, sendo que o debate não é apenas o da descentralização, mas da desconcentração.

O aparecimento, por lei de fevereiro de 1992, da repartição de missões entre as administrações centrais e os serviços desconcentrados, apresenta certa aplicação particular de técnica de subsidiariedade administrativa, mas não do princípio mesmo da subsidiariedade, em nível legislativo, mas não constitucional. A desconcentração não é, em espécie, expressão do princípio de subsidiariedade, como princípio de Direito constitucional (V. J. Chapuisat, *La notion d'affaires locales*, thèse, Paris, 1972; J.-M. Lemoyne de Forges. "*Subsidiarité et fonctionnement de l'Etat*", *Coloque des juristes catholiques consacré à la subsidiarité*, 1993).

O controle da subsidiariedade, não jurisdicional ou jurisdicional, é visto de maneira concreta, quando se leva em conta a realidade do princípio de subsidiariedade no Direito constitucional, tendo em vista o controle exercido sobre o respeito ao princípio da repartição de competência entre os diferentes órgãos do Estado, seja na própria Administração estatal ou entre o Estado e os órgãos coletivos descentralizados.

O controle não judicial opera-se sob dupla natureza. Decorre da atuação do Legislativo e surge, também, no seio da própria Administração. A existência de Comissões Parlamentares verifica a exata repartição de competência entre os órgãos do Estado.

A Administração apresenta vários sistemas de controle, alguns mais genéricos e outros particulares ou específicos.

O controle jurisdicional é exercido, através dos diversos sistemas de controle, principalmente no que se refere à repartição de competências entre os diversos órgãos de Estado.

O princípio de subsidiariedade que vem recebendo diversos estudos e tratamentos, de ordem filosófica, jurídica, política, econômica, social, internacional e comunitária, aparece, principalmente como assinala C. Millon-Delsol, como forma alternativa para os embates entre o Estado Liberal e o Estado Mínimo e o Estado Intervencionista ou Providencial. Desse dualismo de desencontros aparece o Estado Subsidiário (*Le principe de subsidiarité*, P.U.F., 1993; *L'Etat Subsidiarie*, coll. "Léviathan", P.U.F., 1992).