

PAINEL VI

SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADE
ECONÔMICA COMO MEIOS
DE DESENVOLVIMENTO

SERVIÇO PÚBLICO, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A NOVA CONTRATUALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O DESAFIO NA SATISFAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

VIVIAN LIMA LÓPEZ VALLE

Dentro do tema proposto para este colóquio, Serviço Público e Atividade Econômica como Meios de Desenvolvimento, e voltada à premissa de que o Estado Social é um Estado com ambição e proposta de oferecer o bem-estar a seus cidadãos,¹ propõe-se aqui uma reflexão sobre as possibilidades de desenvolvimento e materialização de direitos fundamentais através da prestação de serviços públicos e a sua realização por um novo modelo contratual de Administração Pública, o contrato de parceria público-privada.

* Palestra apresentada no I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINO-AMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, no painel “Serviços públicos e atividade econômica como meios de desenvolvimento”, às 10h do dia 24.02.2011, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

¹ Entende-se que, excetuando-se o Estado Absoluto, os demais modelos de Estado objetivam o bem-estar de seus cidadãos, variando a sua caracterização em face de concepções históricas e políticas em cada modelo. Assim, do Estado Liberal, passando pelo Estado Social e atingindo o Estado Neoliberal, a noção de bem-estar permanece presente. O que muda são as visões que se imprimem ao bem-estar, o papel do Estado na sua promoção e os sujeitos destinatários de sua ação.

Para tanto se faz necessária a divisão do presente ensaio em três linhas de pensamento: 1. o serviço público; 2. o novo modelo contratual da Administração Pública através da parceria público-privada; 3. a promoção do desenvolvimento econômico através da materialização dos direitos fundamentais.

1 O serviço público

O serviço público desenvolveu-se sob o signo da preocupação com os menos favorecidos, como espécie de resposta ao individualismo possessivo do liberalismo econômico. Por isso, sua maior ou menor prestação pelo Estado relaciona-se essencialmente com a visão de Estado que se pretende para o século XXI e com a maior ou menor projeção dos direitos sociais e de sua efetividade na sociedade.

Pela noção de serviço público consegue-se obter um ponto de referência e de aglutinação de normas aplicáveis a certas situações, consolidando um dado regime de prestação. Tais situações necessariamente ligam-se ao pressuposto da relevância da atividade para a sociedade e da impossibilidade de seu exercício livre pelo mercado.

Pode-se definir o estudo do serviço público como o estudo do elemento nuclear das definições do próprio Estado. Quando se questiona o papel do Estado no século XXI, necessariamente se discute a sua feição intervencionista, e acaba-se questionando também a própria identidade do serviço público.

Contudo, importante destacar que o questionamento não pode residir na noção de serviço público em si, mas no papel de Estado prestador de serviços públicos. Ou seja, o que está em discussão é o modelo de Estado Social e a prestação pelo Estado de inúmeros serviços públicos, os quais asseguram direitos sociais constitucionalmente tutelados. O que está em jogo é o modo através do qual o Estado prestará estes serviços públicos.

A ideia essencial de serviço público é de prestação, necessariamente devendo haver ligação com o ente estatal, onde a fiscalização da atividade é atribuição do poder público competente, e o regime jurídico é o elemento formal da noção de serviço público.

Serviço público é atividade material destinada ao atingimento do interesse público, permeada pelas ideias de necessidade e essencialidade e pela defesa intransigente da efetividade e materialização dos direitos sociais estabelecidos na Constituição de 1988, especialmente aqueles ligados ao mínimo existencial e à proposta da dignidade da pessoa humana.

O conceito de serviço público está intimamente relacionado com o papel do Estado, com a intensidade de sua intervenção na economia e com a definição de suas atividades tidas como precípuas. Seu conceito deriva da forma proposta de Estado num dado período histórico, dependendo da concepção política retirada da realidade concreta de uma sociedade. Por tal razão Marçal Justen Filho afirma a relatividade conceitual, pois nele estão refletidas as características de um ordenamento jurídico num certo momento.²

A categoria “serviço público” é, em geral, classificada a partir da distinção do seu exercício e do desempenho das atividades econômicas do Estado. Celso Antônio Bandeira de Mello descreve a dificuldade de formular essa conceituação, visto que se trata de definição residual à de atividade econômica, e alerta que esta noção “certamente não é rigorosa; não se inclui entre os conceitos chamados teóricos, determinados. Antes, encarta-se entre os que são denominados conceitos práticos, fluidos, elásticos, imprecisos ou indeterminados”.³

Nessa esteira de reflexão, a Constituição brasileira de 1988 consagrou, no Capítulo “Da Ordem Econômica”, a ideia de liberdade e de limitação da intervenção do Estado na economia, protegendo e garantindo a propriedade privada.⁴

Eros Grau proclama o serviço público como uma modalidade de atividade econômica. Na sua visão, a intervenção direta no domínio econômico pelo Estado, na sistemática da Constituição brasileira de 1988, far-se-ia através de duas modalidades: o exercício de atividade econômica em sentido estrito, regida pelo direito privado, e a prestação de serviços públicos, orientada pelo direito público, onde, em face da dificuldade na distinção entre um e outro, serviço público seria uma espécie do gênero atividade econômica.⁵

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 16-17.

³ No entanto, para o autor “embora tais conceitos comportem uma faixa de incerteza, é certo, entretanto, que existe uma zona de certeza positiva quanto à aplicabilidade deles e uma zona de certeza negativa quanto à não aplicabilidade deles. Vale dizer, em inúmeros casos ter-se-á certeza que indubiosamente se estará perante ‘atividade econômica’, tanto como, em inúmeros outros, indubiosamente, não se estará perante ‘atividade econômica’. Em suma, o reconhecimento há de ser feito ao lume de critérios e padrões vigentes em dada época e Sociedade, ou seja, em certo tempo e espaço, de acordo com a inteligência que nela se faz do que sejam ‘esfera econômica’ (âmbito da livre iniciativa) e a esfera das atividades existenciais à Sociedade em um momento dado e que, por isto mesmo, devem ser prestadas pelo próprio Estado ou criatura sua (‘serviços públicos’)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 640-641).

⁴ Nesse sentido GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003 e, JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, op. cit., p. 17.

⁵ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros. p. 123 et seq.

Marçal Justen Filho, sobre essa conclusão, alude que o serviço público “não é um conceito que pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica, porque apresenta caracteres econômicos. É possível, isto sim, diferenciar serviço público de uma concepção mais restrita de atividade econômica”.⁶

De todo modo, apresenta-se indiscutível que serviço público envolve a ideia de prestação. Alguns elementos são intrínsecos à sua noção e embasam seu conceito clássico. Tradicionalmente, o serviço público sempre foi dividido em três aspectos, os quais serão sucintamente abordados.

O primeiro relaciona-se com a essencialidade da atividade. A atividade para ser considerada serviço público deve ser essencial para a coletividade. É um elemento material. Existe um núcleo de serviços públicos constitucionalmente estatuídos, como água, luz, transporte, etc. (art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal). A essencialidade possui referencial político, definido constitucionalmente em cada Estado, a partir de suas prioridades e necessidades.

O segundo aspecto refere-se ao vínculo da atividade com o Estado, seja por prestação direta ou indireta, de cunho orgânico. A atividade deve ser prestada diretamente pelo Estado ou a sua execução por ele deve ser fiscalizada, se desempenhada pelo particular. A razão é a ausência de transferência da titularidade do serviço, que continua a ser público, mesmo se executado por particulares mediante concessão ou permissão.

O terceiro aspecto alude ao regime de direito público que rege a atividade e se desenrola a partir do direito administrativo, com princípios próprios e normas juspublicistas, voltadas à consecução do interesse público. O regime jurídico de direito público é o elemento formal da noção clássica de serviço público.

Com base nessas premissas, a doutrina trabalha de modo diverso o seu conceito. Cassagne estabelece que serviço público é a prestação individualizada de atividades tendentes a satisfazer necessidades primordiais e diretas dos habitantes, cuja titularidade o Estado assume como próprias.⁷ É um conceito restrito porque se atém à prestação, considerando-a somente enquanto individualizada e direta.

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que serviço público é atividade de oferecimento ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes,

⁶ JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, op. cit., p. 19.

⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. t. II.

em face de serem reputadas imprescindíveis à sociedade, sob um regime de direito público.⁸

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, em face de uma dada necessidade pública, sob regime total ou parcial de direito público.⁹

Na realidade, sendo amplo ou restrito o conceito, abrangendo prestação direta ou indireta, a noção de serviço público possui na sua razão de ser a satisfação de um interesse comum, de uma necessidade da coletividade, e como tal deve ser encarada.

Hely Lopes Meirelles identifica os serviços públicos através da definição de atividades essenciais e de outras passíveis de delegação, utilizando-se da classificação dos serviços públicos em próprios e impróprios.¹⁰

Nessa perspectiva, o que define um serviço como público não é nem o elemento formal nem o elemento subjetivo, mas o elemento material, consubstanciado na essencialidade daquela atividade para a sociedade, na sua relevância e importância num dado momento histórico.

É importante frisar que, em que pese o serviço público se traduza em uma opção política, o legislador tem pouca autonomia na sua configuração, vez que somente se apresenta válido identificar uma atividade como serviço público se ela preencher alguns pressupostos, onde a essencialidade estaria intimamente ligada com a dignidade da pessoa humana.¹¹ Se, diversamente, for verificada atividade legislativa sem esse contorno, estar-se-á diante da irrazoabilidade legislativa, portanto, reprovável pelo ordenamento jurídico.

Como exemplo de serviços essenciais, pode-se citar os serviços públicos denominados próprios, ofertados diretamente pelo Estado, usando o poder de império sobre os cidadãos. A sua natureza não permite que sejam prestados mediante delegação por serem incompatíveis com o elemento lucro auferido pela iniciativa privada, e com interesses particulares diversos do interesse público e do bem comum.¹² Não

⁸ MELLO. *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 616.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 99.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 306.

¹¹ Esse é o entendimento de JUSTEN FILHO. *Teoria geral das concessões de serviço público*, op. cit., p. 21 *et seq.*

¹² Exemplos claros são os serviços de segurança pública, defesa nacional, preservação da saúde pública, iluminação pública.

são serviços de consumo, geralmente são serviços gratuitos ou de remuneração extremamente módica, para se tornarem acessíveis a toda a população. São mantidos pelos tributos em geral e são também chamados de serviços *uti universi*. Os seus destinatários compreendem toda a coletividade, sem individualização. São indivisíveis e a coletividade frui indiretamente os seus benefícios.

Existem ainda as atividades passíveis de delegação, que seriam aquelas compreendidas entre os serviços impróprios, os quais não possuem a mesma conotação de essencialidade que os próprios. São os serviços *uti singuli*, cujos beneficiários são individualizados, a prestação é divisível e a fruição é direta.¹³ Satisfazem necessidades e conveniências dos cidadãos e podem ser atendidos pelo próprio Estado ou, por delegação a terceiros (concessões, permissões ou autorizações), e a retribuição é feita mediante uma remuneração mensurável ao consumo individual do serviço (taxas ou tarifas). É nesse contexto que se insere o tema colocado em debate.

A delegação de serviços públicos apresenta-se atualmente cada vez mais como instrumento de satisfação de direitos fundamentais, especialmente considerando a incapacidade ou ausência de condições econômicas do Estado em atuar em diversos setores importantes para o desenvolvimento da sociedade, tais como geração e distribuição de energia e logística de transportes, para citar dois exemplos. A delegação da execução de atividades a particulares através de concessão de serviço público é necessária e merece atenção especial quando se trata do contrato de parceria público privada.

As atividades delegadas envolvem ou pelo menos não excluem a busca do elemento lucro, e por isso podem ser prestadas por particulares. O Estado, mantendo a sua titularidade, pode permitir o seu desempenho direto pela iniciativa privada, mas não pode se omitir na intervenção, na fiscalização e no controle de sua execução, no intuito de garantir que o elemento “lucro” não se sobreponha aos valores de dignidade do usuário, igualdade na prestação, e aos direitos fundamentais do cidadão.

Cabe ainda trazer à colação alguns aspectos sobre o regime jurídico incidente sobre a categoria “serviço público”. Na visão clássica, o regime jurídico de *direito público* é reputado indispensável para caracterização do serviço público. Constitui-se na base do sistema jurídico, dos princípios e normas de direito administrativo e constitucional, resultando no sentido e racionalidade do sistema, fulcrada na juridicidade. Apresenta-se

¹³ Podem ser citados os serviços de telefonia, água e energia elétrica.

indiscutível a sua aplicação exatamente por tratar-se de *munus público*, de interesse público, o qual, nesse contexto, necessariamente está ligado a um regime de direito público.¹⁴

Esses, então, são os delineamentos do serviço público, permeados pela noção de essencialidade, pela ideia de vínculo com o Estado e por um regime jurídico de direito público específico. São os pilares com que se construiu, na modernidade, a teoria sobre os serviços públicos. No entanto, em muitos aspectos da realidade contemporânea, apresentam insuficiência para regular a todas as situações e atender as demandas em sua plenitude, especialmente considerando a nova contratualização da Administração Pública.

2 O novo modelo contratual da Administração Pública através do contrato de parceria público-privada

O contrato de parceria público-privada entrou em discussão no cenário nacional e no mundo acadêmico com maior força a partir do advento da Lei nº 11.079/2004, que instituiu as normas gerais para a contratação do referido modelo no âmbito da Administração Pública.

O tema parcerias público-privadas tem como seu objetivo primordial colocar a iniciativa privada, junto com o Estado, na função de prestar serviços que anteriormente somente a ele era inerente, o que não é necessariamente uma novidade. Dentro dessa perspectiva, foi editada a Lei nº 11.079/2004 para viabilizar parcerias que seriam interessantes, de acordo com as experiências internacionais, para a Administração Pública.

Seguindo os ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld, pode-se afirmar que para a viabilização de tais parcerias faltavam: (i) *regras que disciplinassem o oferecimento pelo concedente a concessionários de*

¹⁴ “Não podemos concordar com a idéia de desvincular o serviço público do regime jurídico administrativo. Afinal, a Constituição de 1988 inaugurou um capítulo dedicado à Administração Pública. Se uma das pedras de toque do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico constitucional-administrativo, a Lei Fundamental optou por consagrar um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos... Estes princípios devem ser entendidos como de obediência obrigatória não somente pela Administração Pública em sentido subjetivo... mas também pela Administração Pública em sentido objetivo, da atividade administrativa, que inclui o serviço público” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade: serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 4, n. 16, p. 18-19, out./dez. 2002).

serviço ou obra pública de garantia de pagamento de adicional de tarifa, (ii) criação de condições jurídicas que disciplinassem outros contratos, que não os disciplinados pela Lei de Concessões, para que os particulares assumissem os encargos de investir e de implantar infraestrutura estatal e depois mantê-la, fazendo-a cumprir seus fins e sendo remunerados a longo prazo.

Dessa forma, surgiram as parcerias público-privadas em sentido estrito, as quais são disciplinadas pela Lei Federal nº 11.079/2004 e divididas em duas modalidades, quais sejam, concessão patrocinada e concessão administrativa, com o objetivo primordial de gerar compromissos estatais firmes e de longo prazo.

Portanto, pode-se afirmar que as parcerias público-privadas em sentido estrito são os vínculos negociais estabelecidos entre Administração Pública e particular que adotem as formas de concessão patrocinada e de concessão administrativa, na forma estabelecida na Lei Federal nº 11.709/2004.

Marçal Justen Filho¹⁵ caracteriza as parcerias público-privadas como um “contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito a remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para obtenção de recursos no mercado financeiro”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁶ englobando as duas modalidades de parceria público-privada, a define como um contrato administrativo de concessão que “tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público”.

A concessão patrocinada, segundo os ensinamentos de Luiz Alberto Blanchet,¹⁷ é a concessão de serviços públicos ou obras públicas prevista na Lei nº 8.987/95 quando, além da remuneração mediante aplicação da tarifa para cobrança dos usuários, houver desembolso por parte do Poder Público.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 549.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 161.

¹⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias público-privadas*. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2006. p. 22.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁸ identificando que a distinção entre concessão de serviço público e concessão patrocinada é de regime jurídico e não propriamente conceitual, define o referido modelo de PPP como: “contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro privado”.

Já a concessão administrativa, novamente seguindo os ensinamentos de Luiz Alberto Blanchet,¹⁹ é o contrato de prestação de serviços “cujo objeto terá como usuário direto ou indireto a Administração Pública, os pagamentos serão devidos integralmente pelo parceiro público e não custeados mediante cobrança de preços baseados em tarifas”.

Marçal Justen Filho²⁰ esclarece que a concessão administrativa envolve os casos onde não há serviço público e que tenham por objeto a construção pelo particular de uma infraestrutura necessária ao desempenho de uma atividade estatal, alertando, no entanto, que tal contrato não se confunde com a contratação sujeita na Lei de Licitações e Contratos Administrativos — Lei nº 8.666/93 — em razão de o particular somente começar a receber após concluída e entregue a obra ao parceiro público.

A proposta de trabalho nos contratos de parceria público-privada pressupõe um modelo contemporâneo de Administração Pública, uma perspectiva evolucionista onde a condição da autoridade não mais aparece nos mesmos moldes tradicionais.

Dito de outra forma, as novas formas contratuais administrativas pressupõem muito mais negociação do que imposição, muito menos prerrogativa e mais consenso.

A nova contratualização administrativa substitui em parte o modelo da imposição pelo da negociação e com isso a verticalização entre a Administração Pública e o particular nas relações contratuais é fortemente atenuada.

É nesse contexto que parcerias públicas com o espaço privado serão e estão sendo realizadas, de modo a viabilizar a prestação dos serviços públicos.

¹⁸ DI PIETRO. *Parcerias na Administração Pública...*, op. cit., p. 162.

¹⁹ BLANCHET. *Parcerias Público-Privadas*, op. cit., p. 22.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. A PPP brasileira e as lições do passado. In: TALAMINI Eduardo, JUSTEN, Mônica Spezia (Coord.). *Parcerias Público-Privadas um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 19.

As parcerias público privadas inauguram uma nova figura empregada pelo setor público no campo negocial, a qual visa instituir e formalizar uma relação jurídica entre a Administração Pública e os particulares com bases normativas diversas da Lei de Licitações e da Lei de Concessões.

O objetivo é conceber, planificar, financiar, construir e operar projetos de infraestrutura, inserindo-se num cenário de escassez de recursos orçamentários e de uma necessidade de projetos em áreas como transporte, saneamento e energia. A grande característica é a ampliação das bases de negociação das cláusulas contratuais que irão estabelecer a regulamentação dos interesses dos parceiros, sem o enfraquecimento do negócio jurídico.

Se é fato que uma das linhas de transformação do direito administrativo é a abertura no campo estatal da imperatividade, para consideráveis espaços de consensualidade, também deve ser destacado a necessidade de preservação do regime juspublicístico nos contratos administrativos, especialmente considerando a sua importância na prestação de serviços públicos.

O objetivo dessa nova contratualização deve ser possibilitar um incremento qualitativo e quantitativo da atividade negocial entre a Administração Pública e os particulares, de modo a possibilitar uma maior realização de serviços públicos, mais eficiente, e, como consequência, a materialização dos direitos fundamentais.

O grande desafio é compatibilizar o consenso, a paridade, a negociação, com os direitos fundamentais e com a prestação de serviços públicos adequados.

3 A promoção do desenvolvimento econômico através da materialização dos direitos fundamentais

Retomando as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público é uma comodidade material considerada de interesse público, que outorga bem-estar e dignidade em sociedade,²¹ que está

²¹ O autor defende que a noção de serviço público só existe enquanto conceito jurídico na medida que nos oferece um ponto de referência de normas aplicáveis a determinadas situações, refutando a proposta do serviço de interesse econômico geral. Acredita ser o serviço público a prestação que o Estado colecionou por sua relevância e que considerou que não podia ser exercida somente pelo mercado. Em sua exposição defende que não existe crise do serviço público e que este continua imprescindível na realidade brasileira (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público: a falsa crise*. Palestra proferida no Congresso Ibero Americano de Direito Administrativo, em 26 de junho de 2003).

inteiramente condicionada a um regime jurídico de direito público indeclinável na satisfação dos direitos dos cidadãos.²²

Os serviços públicos são meio de desenvolvimento social e instrumento de materialização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva é importante inserir a prestação de serviços públicos no contexto da nova contratualização administrativa com bases sólidas e permeadas pelo regime de direito público.

Geraldo Ataliba de há muito já negava a aplicação de um regime de direito privado aos serviços públicos, pelas suas nefastas consequências. No seu entendimento, isso só poderia levar a uma situação de ausência de tutela aos usuários de serviço público.²³

Assim, para garantir desenvolvimento social, a adoção das PPPs na consecução do interesse público e dos serviços públicos é necessária, na mesma medida que a preservação do regime juspublicístico deve ser dimensionada e compatibilizada com a nova lógica do consenso.

O grande desafio é compatibilizar o consenso, a paridade, a negociação, na prestação dos serviços públicos e com os direitos fundamentais e com a necessidade da Administração Pública assegurar a sua condição de potestade para resguardar os interesses públicos envolvidos.

Em última análise, esta concepção é elemento de extremo significado, pois garante a promoção do bem-estar social através da consecução do serviço público e permite, ao menos, o direcionamento na

²² “Estas acotações já estão a ressaltar que a noção de serviço público depende inteiramente da qualificação que o Estado (nos termos da Constituição e das leis) atribui a um tipo de atividades: àquelas que reputou não deverem ficar entregues simplesmente aos empenhos da livre iniciativa e que por isto mesmo — e só por isto — entendeu de assumir e colocar sob a égide do regime jurídico típico instrumentador e defensor dos interesses públicos: o regime peculiar ao Estado. Isto é: o regime de direito público, regime este concebido e formulado com o intento manifesto e indeclinável de colocar a satisfação de certos interesses sob o pálio de normas que, de um lado, outorgam prerrogativas de autoridade a seu titular ou exercente (estranhas, pois, à situação que corresponde aos particulares em suas relações recíprocas) e de outro instituem sujeições e restrições igualmente peculiares., tudo conforme será esclarecido mais além” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e sua feição constitucional no Brasil. In: *Direito do Estado: novos rumos*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 20.)

²³ “Daí a desproteção ao interesse público, o desamparo ao serviço público, a instauração do arbítrio, a ausência de tutela aos usuários dos serviços públicos por elas prestados e os desmandos com bens e dinheiros públicos. Tudo como se a lei pudesse modificar a Constituição, para desqualificar o cunho de serviço público de certas atividades (portos, correios, energia elétrica, comunicações etc., cf. art. 21) constitucionalmente assim qualificadas ou (o que tem o mesmo efeito) como se a lei pudesse desproteger o serviço público, desguarnecer os dinheiros públicos e instaurar o arbítrio do Poder Executivo, ou de seus nomeados, na gestão de bens e serviços de todo o povo, como o são os públicos” (ATALIBA, Geraldo. Empresas Estatais e regime administrativo: serviço público: inexistência de concessão: delegação: proteção ao interesse público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 4, p. 58, 1993).

condução das atividades necessárias à coletividade, especialmente quando se situam tais atividades no contexto de um espaço público não estatal.

É realidade incontestável que os problemas sociais vividos no país guardam íntima relação com a medida da prestação dos serviços públicos. Tem-se que é necessário equilíbrio no repensar da gestão dos serviços públicos, não podendo se desconsiderar a atual realidade de carência social brasileira. Como aponta Paulo Bonavides, o Estado Social de hoje é a chave da democracia do futuro. Sem ele não há democracia e, por consequência, legitimidade.²⁴

Como bem asseverou Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, “a solução do problema social está em solver-se a incógnita do justo equilíbrio a obter-se na relação estabelecida pela posição do homem em face da sociedade. A sociedade, cabe observar, nada mais é que a reunião de homens para atingir o bem comum deles. Assim, a solução da incógnita consiste no estabelecimento de uma equação humana, que se resolverá pela prevalência dos atos do homem enquanto homem, sobre os atos do homem enquanto animal”.²⁵

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALLE, Vivian Lima López. Serviço público, desenvolvimento econômico e a nova contratualização da Administração Pública: o desafio na satisfação dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 273-284. ISBN 978-85-7700-501-7.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 156.

²⁵ MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. Do serviço público. *Revista Forense*, v. 133, n. 571/572, p. 353, 1951.

SERVIÇO PÚBLICO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL*

ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER

Os altos níveis de exclusão social que persistem no Brasil demonstram que ainda é tempo de se defender a fórmula do Estado Social e Democrático de Direito, tal como plasmado na Carta Constitucional de 1988. Essa é a premissa que norteia a proposta de tratar o serviço público como mecanismo de desenvolvimento social.

A discussão se enquadra, assim, na perspectiva de uma releitura democrática e inclusiva do serviço público, procurando fundamentar na dogmática constitucional mecanismos que permitam assegurar a máxima efetividade dos direitos sociais instrumentalizados por tal instituto.

Nessa dimensão, tratar o serviço público como instrumento de concretização de direitos fundamentais — ideia amplamente aceita pela doutrina publicista — permite a sua otimização como elemento capaz de distribuir riqueza e de gerar desenvolvimento social, mediante a atuação necessária e proporcional do poder público.

* Palestra apresentada no I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, no painel “Serviços públicos e atividade econômica como meios de desenvolvimento”, às 10h do dia 24.02.2011, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

1 De acordo com o marco adotado no presente texto, a noção de serviço público funda-se na ideia de que tal instituto deve ser compreendido como atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público.¹ Na leitura que aqui se pretende, o serviço público é caracterizado pela sua instrumentalidade em relação à vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República, como enuncia o artigo 1º da Constituição Federal.²

Desde uma perspectiva interdisciplinar, é possível visualizar a gênese da noção de serviço público no liberalismo clássico.³ Nesse Estado, caracterizado pela intervenção mínima do poder público no âmbito socioeconômico, a burguesia interessada em consolidar as bases de um capitalismo nascente deferia uma parca atuação do poder público para garantir a liberdade de concorrência e para exercer atividades que, embora necessárias à sociedade, não apresentavam viabilidade lucrativa. O serviço público surge, assim, notadamente em áreas ligadas à implantação de infraestrutura.⁴

Interessante observar que esse traço irá explicar a vinculação da noção de desenvolvimento com a de serviço público, desde sua *origem*, pois tal instituto nasce com a perspectiva de garantir os meios necessários para que a sociedade civil pudesse implementar suas atividades, principalmente as de cunho industrial.

¹ A noção adotada é de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 404. Justifica-se a escolha porque, dentre os autores pátrios, o autor representa a principal referência teórica para a clássica compreensão do serviço público. Na doutrina estrangeira, pode ser referido, na linha adotada da tese, o conceito de SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.

² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. *Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios a experiência brasileira. Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 4, n. 16, p. 13-22, out./dez. 2002, p. 17. No mesmo sentido, FREITAS, Juarez. O estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos. In: *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 31-49 e JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 44.

³ Sobre o Liberalismo consultar, dentre os clássicos, principalmente as obras de LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. ROUSSEAU, J. Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os Pensadores, v. 2). Atualmente, pode-se citar como referência, exemplificativamente, as obras de GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito público moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999 e NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra Ed., 1987.

⁴ NOVAIS. *Contributo...*, p. 55.

Com base em tais considerações, verifica-se que pelo menos no contexto do seu surgimento, o serviço público não poderia ser tomado como mecanismo dirigido à diminuição das desigualdades sociais, funcionando, antes, como instrumento de gestão do poder público na implantação de serviços básicos para promover as condições de desenvolvimento do sistema econômico.

No cenário brasileiro, tal realidade perdura até quase a metade do século 20, não havendo, antes disso, um “conceito institucional abrangente e integrador de desenvolvimento, em suas acepções hoje familiares de desenvolvimento político, econômico, social, sustentável, humano, etc.”. Mesmo o esforço de industrialização “não fazia parte de um projeto de desenvolvimento integrado, que levasse em conta outras preocupações sociais, como educação, saúde, meio ambiente”.⁵

É bem verdade que o surgimento do serviço público no país remonta ao período colonial. Tais serviços teriam sido implementados com o objetivo de construir, nas terras da colônia, uma estrutura que permitisse aos nobres portugueses viver com um mínimo de conforto e de benesses, característica que também reflete a relação do instituto com a noção de desenvolvimento econômico.⁶

Já com o advento da República, norteadas pelas ideias liberais clássicas francesas,⁷ o serviço público mantém-se como instrumento de viabilização de infraestrutura, traço que na era do Estado Novo seria intensificado de maneira a assegurar o desenvolvimento do país, em áreas voltadas à segurança⁸ e ao crescimento socioeconômico.⁹

Interessante observar que a ideia de serviço público nesse contexto histórico está atrelada e definida pela noção de desenvolvimento que norteava o cenário político. Com efeito, em meados dos anos 50, os países passaram a ser classificados por indicadores de desenvolvimento, em três categorias: países desenvolvidos, subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Para tanto, “os principais indicadores eram de natureza econômica. Desenvolver um país significava (...) basicamente, implantar

⁵ HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. *Políticas públicas e desenvolvimento*. 2. ed. Brasília: UnB, 2010. p. 23-40, p. 26.

⁶ Sobre a história dos serviços públicos no Brasil, no prisma do Direito Administrativo, consulte-se a obra de ARAGÃO, *op. cit.*, p. 55-78, tomada como referência nos próximos parágrafos da tese.

⁷ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 557.

⁸ Ver, nesse sentido, DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. *Controle das empresas estatais: uma proposta de mudança*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 29.

⁹ FAORO, *op. cit.*, p. 802. Ver, também, SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 65.

uma economia de mercado que inclua, se não a totalidade, pelo menos a maior parte dos cidadãos”.¹⁰

Assim, enquanto a ideia de desenvolvimento definida politicamente — e porque não dizer ideologicamente — era definida pelos desideratos da economia de mercado, a atuação do Estado traduzia-se, basicamente, na criação de mecanismos de infraestrutura, mediante a prestação de atividades pelo Poder Público. Nessa seara, inserem-se os serviços de correio, energia elétrica, saneamento básico, gás canalizado e transportes, por exemplo.

2 A noção de serviço público, entretanto, passa a ser novamente valorizada — tanto em nível nacional como na esfera internacional — após a Primeira Guerra Mundial, com o crescente intervencionismo do Estado na economia.¹¹

Parece certo afirmar, então, que é no contexto do Estado Social¹² que se amplia a prestação de tais serviços, atrelando-se a sua finalidade à promoção da dignidade da pessoa humana e aos demais princípios fundamentais de tal modelo de Estado. Destarte, passa a ser tarefa do Estado intervir na sociedade para garantir a todos uma existência digna.¹³ E o instrumento eleito para realizar tal intento é o serviço público.

Pode-se dizer que foi o enfraquecimento do modelo liberal que resultou na necessidade de se conceber uma nova forma de atuação do poder público na esfera da sociedade, proclamando-se um novo *ethos* político: “a concepção da sociedade não já como um dado, mas como um objecto susceptível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado com vista à realização da justiça social.”¹⁴

Por isso, tem-se que “o estado de Bem-estar Social é o Estado do Serviço Público. O serviço público é a tradução jurídica do compromisso político da intervenção estatal para satisfazer as necessidades coletivas”.¹⁵

A noção de serviço público que se apresenta nesse modelo de Estado, ao menos no contexto francês que tanto influencia o Direito

¹⁰ HEIDEMANN, *op. cit.*, p. 26.

¹¹ JUSTEN, *op. cit.*, p. 49.

¹² Não serão discutidas, no âmbito deste trabalho, as divergências doutrinárias sobre a nomenclatura atribuída ao Estado após a crise do Estado Liberal. Para tanto, remete-se o leitor à obra de Jorge Reis Novais que, com maestria, discorre sobre as várias fórmulas que procuram identificar o Estado de cunho prestacional e democrático surgido, basicamente, a partir da promulgação da Constituição do México (1917) e de Weimar (1919). (NOVAIS. *Contributo...*, p. 188 *et seq.*, principalmente).

¹³ O que significa, na dicção de Jorge Reis Novais, que o Estado “encara a esfera econômica como susceptível de ser moldada em função das exigências sociais e dos objectivos políticos por ele definidos” (*Ibidem*, p. 193).

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ JUSTEN FILHO. *Teoria...*, p. 23.

brasileiro,¹⁶ norteia-se pelos postulados de Duguit (atendimento de necessidades sociais) e Jèze (regime jurídico específico). Admite-se, porém, a relativização em face do chamado elemento subjetivo do serviço público — permitindo-se, com isso, a sua exploração pelos particulares, mas sob vínculo com o poder público (concessões e permissões).

O que efetivamente se altera, então, no seio do Estado Social é o elenco de tais atividades. Destarte, enquanto no Estado Liberal traduziam-se basicamente em serviços necessários à implantação de infraestrutura, agora tais serviços vinculam-se diretamente à concretização dos direitos sociais.

Essa alteração da função do instituto do serviço público reflete uma modificação na noção de desenvolvimento em perspectiva global, que traduz a busca por uma noção que seja satisfatória à maioria dos cidadãos e que abarque fins sociais. Portanto, noção que ultrapasse a mera análise de indicadores econômicos. Afinal, “hoje se pergunta: que desenvolvimento queremos? E é longa a lista dos adjetivos empregados para descrever o desenvolvimento desejado e desejável: político, econômico, social, tecnológico, sustentável, justo, inclusivo, humano, harmônico, cultural, material, etc.”.¹⁷

Assim, o desenvolvimento passa a ser qualificado pelo adjetivo humano. Com efeito, enquanto o referencial utilizado na década de 50 para classificar os países era baseado no grau de industrialização, desde 1990, por influência da obra de Amartya Sen, por todos, a classificação de um país em desenvolvido, em desenvolvimento e subdesenvolvido baseia-se na expectativa de vida ao nascer, na educação e no PIB *per capita*. É o chamado índice de desenvolvimento humano (IDH).

No plano da implementação de serviços públicos, a influência dessa perspectiva de desenvolvimento que vai além da esfera econômica foi consagrada na Constituição Federal de 1988. Com efeito, foi no seio de redemocratização do Estado brasileiro que se propiciou a leitura do serviço público como o conjunto de ofertas positivas assumidas pelo poder público por serem reputadas imprescindíveis e correspondentes a conveniências básicas da sociedade, diretamente vinculadas à efetivação da plêiade de direitos sociais consagrados no texto da Carta Magna.¹⁸

¹⁶ Veja-se, por exemplo, dentre os clássicos da doutrina nacional, MENEGALE, J. Guimarães. *Direito administrativo e ciência da administração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1950. p. 93 e CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. p. 195.

¹⁷ HEIDEMANN, *op. cit.*, p. 27.

¹⁸ BACELLAR FILHO. O poder..., p. 17.

A constitucionalização dos direitos sociais traz consigo o instituto do serviço público como o objeto de intervenção estatal pelo qual será assegurada a efetividade desses direitos, diretamente ligados à concretização da dignidade de todas as pessoas. Essa concepção informa a Constituição Federal de 1988, que assegura o direito fundamental ao serviço público adequado.

3 Porém, é certo que antes de consolidar-se no Brasil uma prática que desse azo à plena realização dos direitos sociais mediante a implementação de políticas públicas e de serviços públicos, o país foi assolado pela crise do Estado Social. Nesse contexto, da esfera internacional emerge o neoliberalismo, que pretendia a reformulação do aparelho do Estado. De acordo com os seus postulados, a sobrevivência dos organismos políticos e a manutenção do sistema capitalista só seriam possíveis com a diminuição da estrutura estatal mediante políticas de privatizações de empresas públicas; subtração da máquina administrativa e retração na prestação de serviços públicos, cuja noção é revista de modo a permitir uma aproximação cada vez maior do regime das atividades prestadas pela iniciativa privada.¹⁹

No âmbito da União Europeia, o ideário neoliberal imprimiu uma reformulação da noção de serviço público, quase inteiramente substituída pelos chamados serviços de interesse econômico geral e serviços universais.²⁰

¹⁹ A produção nacional e estrangeira sobre o tema do neoliberalismo é vastíssima. Assim, para traçar um panorama, citem-se, por exemplo, as obras de HAYEK, Friederich A. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política: a miragem da justiça social*. São Paulo: Visão, 1985. v. 2; GOMES, Manoel Eduardo Alves de Camargo e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. In: MARQUES FILHO, Agostinho Ramalho et al. *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: Edibej. p. 115-136; REYES, Manuel Aragón; LIMA, Abili Lázaro de Castro. *Globalização econômica, política e direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002; BORON, Atilio A. Os “novos Leviatãs” e a polis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo II: que Estado para que democracia?*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 7-67; SANTOS, Boaventura de Souza. *Globalización del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998; COMBLIN, José. *O neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999. t. I; FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999 e ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 9-23.

²⁰ A diferenciação, na doutrina, entre tais conceitos é feita de forma irretocável por Juan Martín Gonzáles Moras: “la noción de ‘servicio universal’ debería ser vinculada directamente a la regulación de los servicios prestados a través de ‘redes transeuropeas’ es decir, éstas definirían el ámbito infraestructural de regulación preponderantemente comunitaria (...) de manera a garantizar las posibilidades de acceso a ellas, y jurídicamente por la uniformidad

No Brasil, com o avanço da globalização e do neoliberalismo, foram editadas na década de 1990 uma série de emendas constitucionais que pretendiam rever os valores modelados pelo constituinte originário no campo da Administração Pública. Verificou-se, então, certa ruptura no pensamento publicista nacional: de um lado, os que permaneceram defendendo a necessidade de se implantar, na esfera administrativa, o modelo trazido originariamente pela CF/88; de outro, os adeptos da Reforma Administrativa, que buscavam a acolhida integral dos postulados neoliberais, traduzidos no modelo de gestão gerencial.²¹

A realidade socioeconômica brasileira, entretanto, não permite acolher tais ideias. Ao contrário, clama pela necessária defesa da fórmula do Estado Social e Democrático de Direito, no qual o acesso ao serviço público adequado deverá ser entendido como direito fundamental. Daí a defesa de uma concepção compromissória e dirigente para a Constituição Federal de 1988, que busque a realização do projeto de sociedade por ela plasmado.²² Destarte, no catálogo da CF/88, o serviço

regulatoria a través del derecho comunitario; la noción de 'servicio de interés general', por su parte, debería dejarse a una especificación preponderantemente local, que incorpore, por un lado, los 'mínimos' garantidos en la regulación del 'servicio universal', y por otro, las posibles modificaciones a los mismos o a las formas de organización de los servicios que localmente sean consideradas necesarias" (GONZÁLES MORAS, Juan Martín. *Los servicios públicos en la unión europea y el principio de subsidiariedad*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000. p. 185).

²¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Ed. 34, 1996.

²² Sobre a Constituição, J. J. Gomes Canotilho indaga: "deve uma constituição conceber-se como 'estatuto organizatório', como simples 'instrumento de governo', definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefa, estabelece programas e fins? Uma constituição é uma lei do Estado e só do Estado ou é um 'estatuto jurídico do político', um 'plano global normativo' do Estado e da sociedade?" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. p. 101). E o autor responde: a constituição dirigente "é entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem posições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática" (CANOTILHO. *Constituição...*, p. 104). Segundo Klaus Stern, "la Constitución en cuanto instrumento que dirige globalmente las fuerzas políticas y sociales merece asentimiento" (STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 234). Dentre os autores nacionais, cite-se, por todos, Clèmerson Merlin Clève, que explica a constituição dirigente como aquela que "estabelece fins, tarefas e objetivos para o Estado e sociedade brasileiros. A atuação governamental, de todos os Poderes, não pode ser concretizada sem a prévia observância dos referidos objetivos. As políticas públicas devem atuar esses objetivos. (...) a Constituição representa também uma proposta para o futuro. E por isso é dirigente. Apresenta uma direção vinculante para a sociedade e para o Estado" (CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao Direito*: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 33-53, p. 47).

público apresenta-se como um direito materialmente fundamental — especificamente uma garantia fundamental —, dirigido a assegurar os bens consagrados nos direitos sociais aos cidadãos.

Verificou-se, entretanto, principalmente em face das reformas na seara administrativa, que atribuir ao serviço público a natureza de direito fundamental é insuficiente para a efetivação dos direitos sociais plasmados no texto da Carta Magna. Faz-se necessário que as atividades sejam prestadas sob um regime jurídico especializado, o regime de direito público específico, previsto no art. 6º, da lei nº 8.987/95.

4 Com essa perspectiva, é possível resgatar o conceito de serviço público como uma atividade prestada pelo Estado e financiada pela sociedade; logo, um instrumento de distribuição de riqueza ou, na expressão de Jorge Salomoni, “técnica de garantía de los *derechos humanos*”.²³ Tais serviços funcionam como “técnica de igualación del disfrute de los bienes materiales y culturales producidos en una sociedad y para todos los individuos que la componen”²⁴ resultando em um mecanismo de integração social.

A ideia do serviço público como um instrumento capaz de redistribuição de riqueza não está ligada, propriamente, à noção de distribuição de renda. Tal instituto parece muito mais relacionado com a diminuição da exclusão social²⁵ na medida em que permite aos cidadãos o acesso aos bens que garantirão uma existência digna, tais como educação e saúde e níveis básicos de infraestrutura.²⁶ É a noção de desenvolvimento calcada no desenvolvimento do ser humano, em todas as suas dimensões.²⁷

Essa perspectiva está retratada nas novas variáveis introduzidas no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, em 2010. Os critérios de avaliação são divididos em três grupos: índice de desenvolvimento humano ajustado à desigualdade (idh-d); o índice de desigualdade e gênero (idg) e o índice de pobreza multidimensional (ipm).²⁸

²³ SALOMONI. *Teoria...*, p. 325.

²⁴ *Ibidem*, p. 326.

²⁵ A exclusão social, assim, “pode ser entendida como um mecanismo ou conjunto de mecanismos que fazem com que um indivíduo ou família, independentemente de seu esforço ou mérito, esteja limitado em sua possibilidade de ascensão social presente ou tenha artificialmente reduzida a probabilidade de ascensão futura” (*Idem*).

²⁶ REZENDE, Fernando; TAFNER, Paulo. *Brasil: o estado de uma nação*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005. p. 87.

²⁷ É o homem visto através da tríade mágica de que fala J. J. Gomes Canotilho: o homem enquanto sujeito, cidadão e trabalhador (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 347).

²⁸ Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/idh/>, acesso em janeiro/2011>.

Os países atualmente são classificados em países de desenvolvimento “muito alto”, “alto”, “médio” e “baixo”. Pela nova metodologia, estão abrangidos aspectos essenciais do desenvolvimento humano ligados ao conhecimento, à saúde e à verificação de um padrão de vida digno dos cidadãos.²⁹ Para a identificação do chamado padrão de vida digno, são analisadas as condições de prestação e acesso aos serviços públicos de energia elétrica, saneamento, gás e transporte, por exemplo.

Só a título de curiosidade, dentre os 169 países classificados em 2010, o Brasil ocupa a 73ª posição, classificado dentre os países com desenvolvimento humano alto, atrás da Argentina, que ocupa a 46ª posição, também nesse grupo de desenvolvimento humano alto, e ambos atrás da Espanha, que se apresenta na 20ª posição, dentre os países com índice desenvolvimento humano muito alto.³⁰

Portanto, a devida prestação dos serviços públicos permite à sociedade alcançar níveis de desenvolvimento muito mais abrangentes do que a simples diminuição da pobreza. Representa, assim, a garantia de “níveis de bem-estar mais elevados”.³¹

No presente estudo, entende-se que a defesa do serviço público, prestado sob um regime adequado, erigido à categoria de garantia fundamental, pode contribuir para assegurar a redistribuição de bens essenciais à concretização da vida digna, permitindo a um só tempo a inclusão de todas as pessoas na esfera política e sua emancipação.

5 Faz-se notar que não se acredita que o Direito, de forma isolada, possa fornecer soluções para o problema da cidadania no Brasil.³² A orientação priorizada propõe uma leitura a partir do Direito, a qual deve ser conjugada com outras importantes análises de vertente sociológica, política e econômica.

Se é certo que o Direito não oferece soluções definitivas para a erradicação da pobreza e para a diminuição dos níveis absurdos de

²⁹ “Além de computar o PIB per capita, depois de corrigi-lo pelo poder de compra da moeda de cada país, o IDH também leva em conta dois outros componentes: a longevidade e a educação. Para aferir a longevidade, o indicador utiliza números de expectativa de vida ao nascer. O item educação é avaliado pelo índice de analfabetismo e pela taxa de matrícula em todos os níveis de ensino. A renda é mensurada pelo PIB per capita, em dólar PPC (paridade do poder de compra, que elimina as diferenças de custo de vida entre os países). Essas três dimensões têm a mesma importância no índice, que varia de zero a um” (*Idem*).

³⁰ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: jan. 2011.

³¹ REZENDE; TAFNER, *op. cit.*, p. 87.

³² Com efeito, não se ignora que “a simples existência de normas constitucionais que consagram direitos sociais de cidadania não garante a sua conseqüente implementação concreta no mundo dos fatos, pois direitos não são auto-realizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios” (*Ibidem*, p. 200).

injustiça social no país, também não parece admissível que os juristas abstenham-se de propor leituras, vinculadas aos seus objetos de estudo, de maneira a colaborar com a consolidação de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme imposto na Constituição de 1988.³³

Afinal, a Constituição de 1988, ao consagrar o interesse dos mais distintos grupos sociais, torna-se “o ponto de encontro que permitirá a função de unificação política diante dos quadros sociais cada vez mais plurais e complexos”³⁴ e possibilita, com seus diversos institutos, dentre eles o serviço público, a concretização dos valores nela plasmados. Tudo isso propicia a construção de uma cidadania social, que pressupõe uma leitura de democracia ligada à ideia de que os “cidadãos formam, testam, trocam, revisam e associam seus julgamentos interpretativo-constitucionais, somente o fazendo para obter, de tempos em tempos, os ‘acordos institucionais’ que um país precisa de modo a seguir em frente em uma conduta de vida toleravelmente ordenada”.³⁵

Daí por que se defende a ideia de que nos países emergentes a atuação positiva do Estado, em cumprimento específico das normas constitucionais, continua sendo para enorme parcela da população o único meio de acesso a um mínimo de bens essenciais, tais como: saúde, educação, água, energia elétrica, dentre outros.³⁶ Na realidade brasileira e na dos demais países latino-americanos, não há espaço para a defesa de um chamado Estado Regulador, que se restrinja a estabelecer os parâmetros para que a sociedade exerça o dever de cuidar de suas necessidades básicas.

É certo que tais considerações devem ser lidas sob a égide do princípio da proporcionalidade, não se advogando aqui a tese de um Estado Máximo que, desbordando das canaletas da democracia, impeça

³³ Parafraseando Bourdieu, é preciso reconhecer que há, ainda, espaço para resistir, o que, nessa perspectiva, significa lutar contra os “profetas da infelicidade”, aqueles que, com base na pretensa ideologia única, querem fazer crer a todos que “o seu destino está nas mãos de potências transcendentais, independentes e indiferentes, como os ‘mercados financeiros’ ou os mecanismos da ‘mundialização’.” Impõe-se, logo, uma revalorização da democracia como espaço dos conflitos, das diferenças, da autonomia do sujeito, do pluralismo (BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 92).

³⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-166, abr./jun. 2005. p. 13.

³⁵ MICHELMANN, Frank I. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 255-278, p. 278.

³⁶ Tais exemplos estão restritos à atuação na área dos serviços públicos. Seria possível, também, uma análise a partir dos programas assistencialistas do Estado.

a sociedade de exercer as atividades que lhe são pertinentes, dentro dos limites impostos pelos cânones do Estado Social e Democrático de Direito.

Ao contrário, adotando-se o posicionamento de Juarez Freitas, pretende-se um “Estado essencial, sem significar um Estado reduzido”.³⁷ Nesses termos, “longe do Estado mínimo assim como do Estado máximo, o Estado essencial busca ter o tamanho viabilizador do cumprimento de suas funções, nem mínimas, nem máximas, simplesmente essenciais”.³⁸

Por isso, justifica-se a manutenção do rol dos serviços públicos, tomados como dever do poder público.³⁹ Mais do que isso, entende-se que, para que seja eficiente a sua prestação, é imprescindível que tais funções sejam prestadas sob o regime típico de serviço público, pautado na universalidade, na modicidade de taxas e tarifas e na continuidade de sua prestação.

Afinal, é preciso buscar a transformação dos objetivos fundamentais da Carta Constitucional em “verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial”.⁴⁰ Como o serviço público é um instrumento que visa assegurar o alcance de direitos sociais de cunho prestacional, tem-se “a exigência de que os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros (idéia de universalidade) implicando para o particular o poder de reivindicar junto ao Judiciário tratamento idêntico”.⁴¹ Em complemento: “incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais)”.⁴²

³⁷ FREITAS. *Estudos...*, p. 33.

³⁸ *Idem*.

³⁹ A preocupação com a prestação de serviços públicos vinculada à concretização dos direitos sociais, a partir da crise do Estado Social também se faz presente em Portugal, como ressalta Jorge Reis Novais: “Mesmo quando assume o legado e os fins do Estado Social, cada vez mais o poder político sente, neste domínio, necessidade de repensar, alterar, reformar ou, mesmo, suprimir direitos ou prestações mais ou menos controversos, consolidado, adquiridos. O problema jurídico-constitucional que esta tendência convoca é evidente: em que medida e com que margem pode o poder político dispor, mais ou menos livremente, de direitos cuja realização, estando por natureza associada às disponibilidades financeiras do Estado e sendo, nesse sentido, mais permeável à pressão da conjuntura, não deixa de constituir realização-concretização de direitos fundamentais e, por conseguinte, de direitos cujo valor constitucional os deve manter subtraídos à livre disponibilidade dos titulares do poder público” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 189).

⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 17-28, jul./dez. 2003. p. 18.

⁴¹ *Ibidem*, p. 23.

⁴² *Ibidem*, p. 22.

6 Conclui-se, com isso, que a releitura do serviço público como mecanismo de concretização de direitos fundamentais apresenta-se no contexto da reformulação dos papéis do Estado, em especial na realidade dos Estados emergentes, como uma condição de desenvolvimento democrático.⁴³ Manifesta-se como instrumento de realização efetiva dos direitos sociais para viabilizar a todos condição de dignidade.⁴⁴ Afinal, esse deve ser o critério a nortear a determinação do *status* de desenvolvimento de um país.

Por certo, o Estado e as atividades por ele prestadas têm por escopo um único e inexorável objetivo: o alcance do bem comum, que se traduz na aspiração de trazer felicidade para o povo destinatário de suas atitudes, como ressaltado por Aristóteles, em sua célebre obra *A Política*: “o governo perfeito que buscamos é precisamente aquele que garanta ao campo social o maior grau de felicidade”.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público como direito fundamental: mecanismo de desenvolvimento social. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo*: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 285-296. ISBN 978-85-7700-501-7.

⁴³ Celso Antônio Bandeira de Mello coloca como condições de uma vivência democrática (i) a segurança de um padrão econômico-social acima da mera subsistência, (ii) “o efetivo acesso à educação e cultura (para alcançarem ao menos o nível de discernimento político traduzido em consciência real de cidadania) e (iii) a informação” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 57-70, abr./jun. 1998. p. 61).

⁴⁴ Sustenta, desse modo, Cláudio Pereira de Souza Neto que “as diferenças sociais, quando se radicalizam a ponto de criar uma fronteira entre aqueles que têm o direito à vida e aqueles que não o têm... minam gravemente os próprios alicerces da estrutura básica de uma sociedade que se legitima ao afirmar que trata a todos como dignos de igual respeito” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 58).

PAINEL VII

TRATADOS INTERNACIONAIS DE
DIREITOS HUMANOS
E ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA DEMOCRÁTICA

DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

PABLO ANGEL GUTIÉRREZ COLANTUONO

1 Derechos humanos

La protección de los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente.¹ La administración pública es una de las personas obligadas por los pactos internacionales que regulan los derechos humanos a dar cumplimiento a tal mandato.

En nuestro continente, como es sabido, el sistema americano de derechos humanos cumple la función de garantizar la dignidad esencial del ser humano por medio de sus normas, su aplicación e interpretación por los organismos que las normas internacionales han creado.²

* Ponencia presentada en el I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, en el panel: "Tratados internacionais de direitos humanos e Administração Pública democrática", a las 18h30 del día 24.02.2011, en la Pontificia Universidade Católica do Paraná.

¹ Corte IDH, OC-6/86, *La Expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9 de mayo de 1986, párrafo 21.

² Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Resolución del 22 de julio de 1981, párrafos 15-16; OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 13 de noviembre de 1985, opinión separada del juez Nieto Navia.

Un Estado miembro al rubricar el Pacto de San José de Costa Rica asume, entre otros, el compromiso previsto en el artículo 1.1 de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.³ Pesa sobre la administración pública tal deber.

Dicha noción va más allá del deber de instituir un orden normativo tendiente a la protección de los derechos; requiere —en rigor— el diseño y ejecución de una *conducta gubernamental* permanente que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Es por ello que se prevé en el propio Pacto el deber de dictar medidas necesarias para garantizar plenamente la eficacia de los derechos humanos en el orden interno — artículo 2 del Pacto.

2 Democracia y derechos humanos

Los deberes y derechos contemplados en el Pacto de San José de Costa Rica son entendidos en su plenitud a partir del objetivo central de proteger al hombre en el marco de una forma de convivencia concreta: la democracia.

La sujeción del Estado a la ley resulta consustancial con una sociedad democrática y expresa un derecho fundamental del hombre en sociedad tutelado en el sistema internacional, lo cual impide su postergación con base en motivaciones de orden colectivo. Como podemos notar, la ilegalidad afecta un interés primario de cualquier miembro de la comunidad sujeto a las reglas infringidas y dista de contener un simple problema organizacional. En la dinámica del Pacto de San José de Costa Rica la juridicidad cumple esa precisa función de evitar el ejercicio arbitrario del poder público y se constituye, por lo tanto, en una de las garantías más relevantes para la eficacia del sistema jurídico de protección de los derechos humanos.

³ Corte IDH, *Godínez Cruz v. Honduras*. Fondo. 20 de enero de 1989, párrafo 175.

3 Administración pública y derechos humanos

Dentro de la sistemática del Pacto la administración pública es una de las autoridades nacionales a las que se alude como obligadas a la aplicación en el derecho interno de las normas, reglas y principios contenidos en aquél. La actividad administrativa se encuentra alcanzada por la regla general de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana: estos constituyen la base para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos.

Cabe a la administración pública, como punto de contacto directo entre el Estado y las personas, expresar concretamente esa línea gubernamental de efectividad de los derechos humanos plasmándola día a día en sus actos administrativos, hechos, contratos, reglamentos, servicios públicos, obras y demás modalidades de ejercicio de sus competencias.

Esa condición de sujeto obligado a materializar en su ámbito de actuación los principios, garantías, derechos y deberes del Pacto de San José, obliga sin dudas a nuevos planteamientos de la actividad administrativa en general.

4 La igualdad como garantía estructural

Tradicionalmente se ha abordado al principio de igualdad como el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.⁴ Los componentes esenciales de la noción son, entonces, la existencia de una básica similitud de circunstancias que activa la necesidad de un trato igualitario (impidiendo que se conceda a unos lo que se niega a otros) y el límite de razonabilidad impuesto al Estado al momento de efectuar distingos entre aquellas circunstancias con el fin de justificar tratos diferenciales.

Este principio se presenta como un componente esencial e indelegable del ordenamiento jurídico, en tanto se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Por lo tanto los Estados sólo pueden establecer distinciones objetivas y razonables y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.⁵

⁴ Corte Suprema de Justicia Argentina, *Olivar*, 1875, *Fallos*, 16:118; *Asociación Mutual Carlos Mujica*, 2003, *Fallos*, 326:3142; *Cía. Azucarera Bella Vista S.A.*, 2007, C. 623. XLI; por citar algunos.

⁵ Corte IDH, OC-18/03, donde se estableció que la garantía de igualdad integra el *ius cogens* internacional.

Ahora bien, erigir la igualdad como un elemento integrante del *ius cogens* y —por tal— como un derecho expresamente tutelado en el contexto de los tratados de derechos humanos, posee decisivas proyecciones al momento de su traslado a los esquemas domésticos.

Una de las consecuencias de ello es el deber de acatar los parámetros mínimos de tutela que se desprenden del Pacto obligación frente a la cual el reparto interno de atribuciones — sea territorial, sea orgánico — es inoportunable.

La imperatividad de esos pisos mínimos de protección de los derechos —pisos que provienen de la esfera supranacional— impide que la diversidad propia de una organización federal del poder derive en una desigual protección o una afectación de esos estándares. Ello se acentúa al notar que los órganos encargados de controlar el respeto de las obligaciones convencionales tienen un solo obligado, el Estado federal, que no puede invocar el federalismo para justificar el incumplimiento de una directiva de los Pactos. De igual modo, un poder constituido no puede invocar la acción u omisión de otro según el reparto interno para excusar un incumplimiento del tratado. En fin, ese sistema imperativo considera irrelevante la distribución interna del poder en el plano territorial y orgánico a efectos de determinar el acatamiento de los Pactos.

A la luz de lo dicho, la variedad de soluciones propia del federalismo o de la independencia entre poderes tiene que ser entendida en el conjunto del sistema. Si bien la pluralidad de regulaciones no es por sí sola violatoria de la igualdad⁶ *sí lo es cuando ella determina un trato distinto en el goce sustancial de derechos fundamentales*. Esa sustancia es el límite a la diversidad. Se debe armonizar la necesidad de *uniformidad* de criterios mínimos de tutela junto a la *diversidad* de un derecho administrativo que por lo general en los sistemas federales se presenta como de competencia local. Y, en ese proceso, las realidades jurídicas tanto federal como provincial y municipal deben transformarse en pos de la efectivización de los principios plasmados en los textos convencionales, no ya a partir de la comprensión dada internamente a esos institutos, sino acatando las pautas interpretativas brindadas por los órganos supranacionales.

Los órganos internacionales han resaltado en varias oportunidades la imposibilidad de un Estado parte de justificar la falta de cumplimiento de una obligación convencional como resultado de su carácter federal, regla que es consecuencia directa del principio contenido en el artículo

⁶ STEDH, *Dudgeon v. Reino Unido*, 22 de octubre de 1981, voto disidente del juez Matscher.

27 de la Convención de Viena. Tiene dicho, así, la Corte Interamericana, que las obligaciones convencionales deben ser cumplidas por los Estados, “independientemente de su estructura federal o unitaria”.⁷ Esto no debe ser pasado por alto: es criterio plasmado en un punto resolutivo de una opinión consultiva que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos deben ser respetadas por los Estados parte independientemente de su estructura federal o unitaria. De modo que la intención de anteponer elemento alguno propio del federalismo como justificativo para la omisión de efectivización de las obligaciones de respeto, aseguramiento, garantía y adaptación del derecho interno es hoy inadmisibles por expresa decisión del órgano judicial interamericano.

Ha de recordarse también que el tribunal de San José de Costa Rica ha tenido la oportunidad de analizar intentos de Argentina, por ejemplo, de escudarse en el federalismo,⁸ desestimándolos de plano al señalar que “el artículo 28 de la Convención prevé la hipótesis de que un Estado federal, en el cual la competencia en materia de derechos humanos corresponde a los Estados miembro, quiera ser parte en ella”⁹ y que “dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención *la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal*, no puede ahora alegar lo contrario pues ello implicaría violar la regla del *estoppel*”. En cuanto a las “dificultades” invocadas por el Estado Nacional respecto a la implementación de las medidas de cumplimiento ordenadas en ese caso, la Corte Interamericana recordó que “según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”. Fue así que el tribunal impuso la obligación de protección del derecho en juego en el caso —reparación— impidiendo a Argentina “excusarse en su organización federal ni en ninguna otra causal de orden administrativo”.

Ese temperamento ha sido seguido firmemente y se mantiene en diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana,¹⁰ para quien,

⁷ Corte IDH, OC-16/99, párrafo 140 y punto resolutivo n° 8.

⁸ Corte IDH, *Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto de Brasil*. Resolución de Medidas Provisionales. 7 de julio de 2004, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párrafo 15.

⁹ Tal afirmación no debe ser entendida como limitativa de los alcances de la cláusula federal a la etapa previa a la ratificación de la Convención, pues el artículo 28 habla de Estado parte, es decir, el que ya ha ratificado el tratado, regulando —en consecuencia— el modo de cumplimiento del Pacto por un Estado Federal.

¹⁰ Corte IDH, *Caso de las Penitenciarías de Mendoza*. Resolución de Medidas Provisionales. 30 de marzo de 2006. Ese criterio fue seguido por la Corte Federal Argentina en *Lavado*, 2006, Fallos, 329:3863.

ante la necesidad de protección el Estado no puede “alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas” ni “alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales” para evitar la ocurrencia de nuevas violaciones. La unidad del obligado internacional impone relativizar la multiplicidad federal porque “más allá de la estructura unitaria o federal del Estado parte en la Convención, ante la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión de aquel tratado y es éste el único obligado a adoptar las medidas. La falta de adopción por el Estado de las medidas compromete la responsabilidad internacional del mismo”.

Si el objetivo convencional es asegurar el goce uniforme —evitando tratos diversos— de la *sustancia* de los derechos fundamentales,¹¹ la multiplicidad de regulaciones propia del federalismo encuentra un límite en la necesidad de *nivelar las materias que involucren a esos derechos fundamentales*

5 El carácter tuitivo de la función administrativa

La CIDH al fallar el caso *Baena*¹² afirmó la aplicación directa de las garantías convencionales a la actividad administrativa desplegada por las autoridades públicas de cada Estado parte del tratado. Este estándar debe ser incorporado al sistema interno de cada Estado miembro como una regla explícita proveniente del Pacto de San José de Costa Rica.

En tal precedente la categoría de la tutela administrativa efectiva se suma a la conocida garantía convencional de la tutela judicial efectiva.

Ello es un eslabón más dentro de esa búsqueda de eficacia práctica en los instrumentos estatales de protección de los derechos y encuentra su propia funcionalidad desde dos elementos que le brindan contornos propios: a) el *papel preventivo* que se le asigna a partir de la finalidad de evitar el conflicto que da sustento a la intervención del juez, ello mediante una acción oficiosa de la administración y, b) el *potencial único* de la función administrativa para la obtención de ese propósito, en

¹¹ Com. IDH, Informe nº 3/87, Caso 9647, *Estados Unidos, Pena de muerte a menores de edad*, párrafos 62 y ss; Informe nº 8/91, 22 de febrero de 1991, Caso 10.180, *México, Estado de Nuevo León*, párrafo 40 y ss. Allí se dio el análisis de la Ley Electoral aprobada por el Congreso del Estado de Nuevo León —México— el 27 de mayo de 1987. Los peticionantes planteaban que la misma vulneraba el ejercicio de los derechos políticos reconocidos por el artículo 23 de la Convención Americana.

¹² Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. 2 de febrero de 2001.

tanto actividad estatal que presenta los rasgos de inmediatez, practicada y concreción, es decir, de cercanía con la persona.

Es que para ser efectiva la tutela administrativa debe ser preventiva, evitando caer en la alta e innecesaria conflictividad judicial y en la responsabilidad internacional de Estado miembro.

La tutela administrativa pretende evitar por los mecanismos propios de la administración pública la configuración de un conflicto; adquiriendo, de generarse el mismo, plena virtualidad la tutela judicial.

El paradigma de la tutela administrativa efectiva se ubica en un estadio *previo* al nacimiento de la controversia que se somete al juez; busca —por medio de una intervención activa de la administración orientada a tutelar los derechos— prevenir el conflicto judicial. Desde ese ángulo, se procura reforzar la tutela judicial a través de un mandato al administrador para la neutralización directa de la afectación de derechos.

La característica de efectividad de esa tutela administrativa y su finalidad preventiva representan el nuevo contexto dentro del cual se inserta la actividad de la administración pública atravesada por el fenómeno de los derechos fundamentales. Derechos estos que en parte exteriorizan la vinculación del sistema jurídico interno con el internacional —continental americano— de los derechos humanos.

La actividad administrativa de estos tiempos debe ser estudiada desde la permeabilidad que registra la administración pública en tanto sujeto obligado en el marco de los artículos 1 y 2 del Pacto de San José.

El derecho administrativo encara así la difícil tarea quehacer de adecuar sus postulados al principio de subsidiariedad del sistema americano de derechos humanos, sabiendo que deberá brindar la plataforma normativa infraconstitucional necesaria para cumplir espontáneamente con las obligaciones exigibles en el marco de aquél.

El propósito, en definitiva, dista de ser teórico: si el orden jurídico se entronca en el aseguramiento de los derechos fundamentales de la persona debemos analizar las instituciones en su plano cotidiano para verificar si tal aseguramiento se logra. El desafío del derecho administrativo es, por estos tiempos, justamente el de rediseñar sus instituciones con el fin de hacerlas efectivas en términos de preservación de la dignidad del hombre.

En síntesis: la tutela administrativa efectiva debe ser entendida como un principio sustancial del obrar estatal de acuerdo con el cual *es deber (jurídicamente exigible) de la Administración Pública asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta, y sin excepciones de goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en forma expedita.*

6 Administración pública e igualdad

El estudio orgánico de la administración pública, su materialización en actos, contratos, reglamentos y su vinculación con el ciudadano han sido diversos aspectos tematizados desde los propios orígenes del derecho administrativo.

Este ha presentado una evolución notable desde su inicio hasta nuestros días: de la mirada de aquella administración pública opaca, introvertida, con poderes exacerbados ha mutado hacia el estudio del vínculo del ciudadano con aquella en búsqueda del equilibrio entre garantías ciudadanas y prerrogativas públicas. El interés público o bien común aparecía como mediador, al menos para algunos observadores.

En la actualidad, los derechos fundamentales han irrumpido en el escenario central de la administración pública tanto desde el plano interno normativo como internacional. El derecho administrativo deja de ser doméstico, para internacionalizarse desde la perspectiva de los derechos humanos.

La administración aparece con un rol significativo: ser tutelar de los derechos y garantías del ciudadano bajo el principio de igualdad. Ello implica un cambio paradigmático de la función administrativa y por ende del objeto del estudio del derecho administrativo. Es que ahora la perspectiva científica debe partir desde los derechos y de cómo las prerrogativas públicas se enderezan en asegurar aquellos. Sumado al deber de garantizar un mínimo igualitario en el disfrute de los mismos a todo ciudadano.

Por otra parte, el derecho administrativo por estos tiempos parece enfrentarse a la necesidad de escapar a su mirada uniforme de las regulaciones administrativas: debe observar detenidamente las diferencias propias de una sociedad culturalmente diversa a fin de nivelar a todos sus integrantes en el disfrute de sus derechos. Por caso no puede ser la misma relación jurídica-administrativa la que une a la administración pública con el ciudadano, de aquella que la conecta con una empresa, una multinacional u otra estructura estatal.

Tampoco puede aparecer la administración con indiferencia frente a la diversidad de las personas que ejercen sus derechos frente a ella. No es la misma regulación jurídica administrativa la que ha de recibir una persona en situación de vulnerabilidad o especial protección constitucional que aquel ciudadano que no se encuentra en tales situaciones jurídicas. En las primeras, la administración deberá desplegar acciones de tipo positivas mientras que frente a los demás quizás bastará con el ejercicio regular de sus potestades.

Similares apreciaciones corresponden a las instituciones tradicionales que estudiara el derecho administrativo. El dominio público y privado y la relación que la administración puede generar con el ciudadano propietario tampoco puede ser estudiada bajo principios uniformes. Por sólo citar el caso de las comunidades indígenas, estas poseen un concepto de dominio y territorio muy distinto al sentido de propiedad individual que fuera gestada en el constitucionalismo liberal. Existe un abordaje cultural colectivo de la tierra¹³ que impone a la administración un comportamiento totalmente diverso al observado en otros tiempos.

En síntesis se necesita una nueva administración para nuevos tiempos donde sus competencias sean enderezadas a lograr la concreción igualitaria de la dignidad del hombre y su libertad tanto en perspectiva individual como social.

No es menor el trabajo que de aquí en mas le espera a nuestro derecho administrativo en su tarea de brindar las herramientas que le permitan a la administración lograr tales objetivos.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. Democracia, Derechos Humanos y Administración Pública. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 299-307. ISBN 978-85-7700-501-7.

¹³ Ver Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásex v. Paraguay*, 24 de agosto de 2010.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DE TRATADOS INTERNACIONAIS*

REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI

1 A supremacia da Constituição e os limites à sua reforma

Considerando o modo pelo qual a Lei Fundamental brasileira de 1988 dispõe sobre a incorporação dos tratados em nossa ordem jurídica positiva, ainda é possível reconhecer a supremacia da Constituição, que, como expressão da vontade soberana de um povo, se exercita por meio do Poder Constituinte Originário e embasa todas as manifestações do poder estatal, bem assim as demais normas do ordenamento jurídico, inclusive as que advêm de tratados internacionais, dos quais a República Federativa do Brasil seja parte.

Ao falar em supremacia constitucional, trata-se da hierarquia normativa, de subordinação, isto é, ao fato de existir, no ordenamento jurídico nacional, uma norma subordinante e uma norma subordinada. A subordinante orienta as manifestações das subordinadas, determinadas em sua forma, conteúdo e efeitos, pela norma de hierarquia superior da qual deriva.

* Palestra apresentada no I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, no painel "Tratados internacionais de direitos humanos e Administração Pública democrática", às 18h30 do dia 24.02.2011, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A norma suprema, mais importante, de um sistema normativo é a sua Constituição, representando o seu fundamento de validade, vale dizer, conforme ensinou Kelsen, para uma norma ter validade dentro de um ordenamento jurídico, é preciso que busque seu fundamento de validade na norma que lhe é superior, e assim por diante, de tal modo que todas as normas, cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental, formam um sistema normativo.¹

Portanto, a não observância dos ditames da norma superior da ordem jurídica por uma norma infraconstitucional acarretará a sua invalidade, ou seja, sua inconstitucionalidade.

Nos Estados que adotam constituições formais e rígidas, elas se beneficiam de um regime jurídico especial, caracterizado por um processo de elaboração mais dificultoso do que o previsto para as demais normas. Mas, conforme Celso Bastos, a Constituição não se contenta com sua legalidade formal, com a simples positivação do poder, exige a positivação dos valores jurídicos da sociedade.²

Materialmente considerada, a Lei Fundamental de um sistema jurídico representa um conjunto de normas que organizam o Estado, determinam a função e as competências de seus órgãos, as formas e os limites desse exercício, bem como os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e, como documento normativo supremo do Estado e da sociedade, proporciona uma interação.

Da supremacia constitucional se extraem os seguintes princípios: 1. o da unidade do sistema jurídico, no qual as normas inferiores devem adequar-se à Constituição; 2. o da continuidade, isto é, a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a norma fundamental da ordem jurídica; 3. o da razoabilidade, segundo o qual, as normas infraconstitucionais devem ser instrumento ou meio adequado (razoáveis) para alcançar os fins estabelecidos na Constituição; 4. o da rigidez, no que diz respeito ao procedimento de alteração ou de reforma da norma constitucional, que não pode ser o mesmo do previsto para criação de uma norma que lhe é inferior; 5. o da distinção entre Poder Constituinte e Poder Constituído; 6. o da graduação do ordenamento jurídico em diversos níveis, desde a norma fundamental abstrata até o seu ato de execução; 7. o da garantia do Estado de Direito Democrático, na medida em que a atuação dos órgãos públicos se encontra limitada pelo Constituinte Originário.³

¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Coimbra: A. Amado, 1974. p. 269.

² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 28.

³ SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 40.

Tal abordagem é oportuna quando se vivencia o crepúsculo do Estado-Nação, quando os limites territoriais passam a ser, cada vez mais, imprecisos. Vive-se em um mundo a um só tempo unificado e sem centro, em que pese o conhecimento de que um centro implica uma organização piramidal do poder. Vivencia-se uma época extremamente complexa, sem a conscientização de que tal complexidade poderá ajudar ou atrapalhar o progresso do ser humano na busca de sua felicidade e bem-estar.

É cada vez menor a importância da determinação de um espaço territorial, na medida em que as questões a serem enfrentadas adquirem dimensões universais, quer se trate de drogas, meio ambiente, desenvolvimento ou moedas e, assim, pela impossibilidade de resolver as dificuldades isoladamente, os Estados soberanos se unem para formar organismos transnacionais, os quais relativizam o sentido de soberania, entendida, ainda, como o poder de declarar e atualizar o direito que deve valer em uma determinada comunidade, isto é, o poder de decidir sobre o direito positivo, posto que, em determinados setores da vida, por exemplo, em relação à proteção dos direitos humanos, extrapola e transcende ao domínio de um Estado e abre espaço para a criação de parâmetros globais de ação, aos quais se devem conformar, sob pena de responsabilidade internacional, independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações.

Em face desta realidade e considerando a superioridade das normas constitucionais, pergunta Canotilho: Como é possível derivar da Constituição o direito internacional? O que fica da Constituição como norma? E o que fica da Constituição como ordem? Ficam as duas coisas — norma e ordem —, mas com sentido diverso do tradicional. A Constituição continua a ser uma ordem-quadro moral e racional do discurso político e uma regra fundante e superior do ordenamento jurídico, estruturada com base em regras e princípios identificadores de uma comunidade jurídica. É com este sentido que a Constituição continua a ser uma norma superior.⁴

Norberto Bobbio, analisando o problema da norma fundamental do sistema jurídico, ressalta que a Constituição, na qualidade de norma fundamental do ordenamento jurídico, é fruto de um poder que é a expressão da soberania do povo.⁵ “É a vontade política do povo capaz de constituir o Estado por meio de uma constituição.”⁶

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1026-1028.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: UnB, 1994. p. 58-59.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 68.

Trata-se do exercício do denominado *Poder Constituinte Originário*, a quem compete elaborar a Constituição, documento supremo do povo que organiza o Estado, confere competência a seus órgãos e assegura a proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

O Poder Constituinte Originário, conforme estudos do abade Emmanuel Sieyès, é uma força política que, conscientemente, resolve disciplinar a convivência da comunidade e ordenar o seu próprio destino. A Constituição, portanto, é o produto deste poder que organiza os poderes do Estado, mas que é superior a eles, por ser inicial, ilimitado e incondicionado.

A imagem do Poder Constituinte Originário está ligada a uma nova ideia de direito, a uma nova concepção de Estado, inspirada em princípios e valores que incorporam a transformação da situação existente. Isto posto, a Constituição nada mais é do que “um conjunto de normas relativas a essa existência política, e ao modo e forma dessa mesma existência”.⁷

Mas, considerando a criação de normas jurídicas constitucionais, é possível identificar duas espécies ou formas para produzi-las. Uma produção originária e outra derivada.

Na produção originária, criam-se as normas fundamentais e primeiras do sistema normativo, as quais rompem com a ordem jurídica anterior, isto é, criam uma nova Constituição. Já a produção derivada de normas constitucionais tem a capacidade de modificar a Lei Fundamental do sistema jurídico, sem que haja um processo revolucionário de quebra da ordem jurídica, sendo feita de acordo e dentro dos limites estabelecidos pelas normas de produção originária.

Conforme José Afonso da Silva, não se pode ter a Constituição como eterna, “Se ela há de ser um instrumento de realização de valores fundamentais de um povo, e se esses valores, dada sua natureza histórica, são mutáveis, intuitivo e compreensível será que a obra do Constituinte Originário, que retira do povo cambiante a seiva legitimadora de seu produto, seja também suscetível de mudanças”.⁸ A Constituição não pode ser um documento eterno, necessita acompanhar o desenvolvimento da sociedade e adaptar-se aos novos tempos.

A manifestação do Poder Reformador da Constituição, por ela criado e limitado, se veicula por meio de emendas à Constituição e, também, se manifesta pelo exercício do poder de revisão, conforme o previsto no art. 3º do ADCT.

⁷ MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 199.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 440.

O poder de reforma não se confunde com o Poder Constituinte Originário, na medida em que a ele está subordinado, tanto no que tange ao procedimento, como à titularidade e limitações.

Quando se fala em poder de reforma, com suas características peculiares, está-se frente a uma Constituição do tipo rígido, aquela que para realizar uma alteração constitucional necessita cumprir procedimentos mais complexos e difíceis do que os previstos para a atividade comum do Legislativo.

O poder de reforma, como poder constituído, instituído pelo Constituinte Originário, está sujeito a limitações de forma, de circunstâncias e de conteúdo.

Assim, conforme determina no *caput* do artigo 60 e seus §§1º e 2º, necessita de iniciativa própria, procedimento especial para análise e aprovação, em dois turnos, nas duas Casas do Congresso Nacional, pelo *quorum* qualificado de três quintos de seus membros.

O poder de emenda também se submete a limitações circunstanciais, vale dizer, não poderá ser exercitado na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio, tendo em vista que podem comprometer a livre deliberação dos reformadores.

Nossa Lei Fundamental, no intuito de proteção dos pilares básicos do nosso Estado Democrático de Direito, previu a impossibilidade da reforma de determinadas matérias constitucionais, tais como: “I. a forma federativa de Estado; II. o voto direto, secreto, universal e periódico; III. a separação dos Poderes; IV os direitos e garantias individuais”.

Aqui é necessário observar que o Constituinte Originário não só se preocupou em registrar as matérias que não estariam ao alcance do reformador, mas foi mais além, exigiu que não fossem objeto de deliberação as propostas de emendas tendentes a abolir o universo já registrado. Quis dizer que, os titulares do poder de alterar a Constituição, não devem perder tempo com a análise de propostas de emendas que possam violar as matérias escolhidas como limites para seu exercício.

São as denominadas cláusulas pétreas, que representam o núcleo essencial do Estado determinado pelo Constituinte Originário e que ele quer preservar. Isto, entretanto, não significa que se está pretendendo uma Constituição eterna, pois nada impede que o povo rompa com a ordem então constituída, e, por meio da manifestação do Poder Constituinte Originário, se dê uma nova Lei Fundamental.⁹

⁹ STF, MS nº 23047-MC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence: “as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, parágrafo 4º enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”.

2 A supremacia da Constituição, a internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e os direitos fundamentais

Como se sabe, o Direito, conforme seu âmbito territorial de atuação, pode ser nacional, internacional e comunitário.

Por nacional se deve entender o conjunto de normas que integram o direito positivo de um Estado, criado pelo poder competente e posto à observância dentro dos limites territoriais de um país, isto é, respeitado dentro de suas fronteiras.

Quando se fala em Direito Internacional se está fazendo referência a um conjunto de normas que se aplicam às relações dos Estados entre si, ou entre estes e agrupamentos ou organismos internacionais, ou seja, no alicerçamento de um sistema jurídico-político embasado no paradigma clássico das relações horizontais entre Estados soberanos.

Atualmente, deparamos, no campo internacional, com um novo ramo do Direito, que tem por objeto a criação de entidades supranacionais, as quais, por sua vez, são distintas dos Estados nacionais e dos clássicos organismos internacionais. Surgem de tratados e integram o que se tem denominado de Direito Comunitário ou Direito da Integração.

Essas entidades supranacionais têm poderes diretos e coercitivos não só sobre os Estados que dela participam, mas também sobre suas populações, o que decorre da transferência de certos atributos emanados das suas soberanias para a entidade que os agrupa.

Porém, é a Constituição, na qualidade de lei fundamental do Estado, que, ainda, autoriza o Estado a firmar tratados, conforme disciplina constitucionalmente prevista.

Segundo Arnaldo Sussekind, “O tratado é o instrumento básico e preponderantemente utilizado pelo Direito Internacional Público para a consecução das suas finalidades”.¹⁰

A Convenção de Viena, quando trata sobre o Direito dos Tratados, conceitua o tratado como “acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica” (art. 2º, I, “a”).

A VI Conferência Internacional Americana (Convenção de Havana sobre Tratados, 1928) disciplinou que “Os Tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes,

¹⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1983. p. 36.

ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, nem figure no próprio tratado” (art. 5º) e, ainda, que “A falta de ratificação ou a reserva são atos inerentes à soberania nacional e, como tais, constituem o exercício de um direito que não viola nenhuma disposição ou norma internacional. Em caso de negativa, esta será comunicada aos outros contratantes” (art. 7º).

A atual Constituição brasileira prevê, no art. 84, VIII, que compete privativamente ao Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

Assim, entre nós, a internalização dos tratados depende, conforme nossa Lei Fundamental, da sua celebração e assinatura pelo Presidente da República, da sua aprovação pelo Congresso Nacional, por meio de um decreto legislativo, e de sua promulgação pelo Chefe do Executivo, via decreto, bem como de sua publicação no *Diário Oficial da União*.

Este mesmo procedimento já não acontece quando se trata do ato de denúncia tratados, vale dizer: sendo o tratado, as convenções e atos internacionais, acordos de vontades firmado entre Estados soberanos, o seu distrato, o ato de sua denúncia, não necessita de participação do Congresso Nacional, sendo ato próprio do Chefe do Executivo Federal.

Como dependente de previsão constitucional, é possível identificar um conflito entre as normas que decorrem do tratado e a ordem jurídica interna.

Luís Roberto Barroso usa expressão “direito constitucional internacional” para identificar o conjunto de princípios e regras que envolvem a solução de conflitos entre normas internacionais e estrangeiras, de um lado, e as normas constitucionais, de outro.¹¹

Mas o que interessa é saber como o tratado ou as convenções internacionais, frutos específicos de um acordo de vontades se colocam diante da Constituição do Estado que o firmou.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto no RHC nº 79785, cuja relatoria coube ao Ministro Sepúlveda Pertence, enfatizou que “assim como não o afirma em relação às leis, A Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem sua aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15.

Constituição (...) e aquele, em conseqüência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (art. 102, III, 'b')

Nosso sistema constitucional diferenciou os tratados que definem direitos humanos daqueles que têm outro objeto. É o que se identifica na leitura dos §§2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

O §2º do artigo 5º diz que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela dotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

Como se vê, a Lei Fundamental brasileira reconheceu, em relação aos demais tratados, caráter especial aos tratados internacionais que tratam sobre direitos humanos, o que não significa que possam afrontar a supremacia constitucional. Tal entendimento não abre espaço para, simplesmente, equiparar-los à legislação ordinária. Trata-se, de uma supra-legalidade, reconhecida pelo Constituinte Originário, quando alarga o rol dos direitos fundamentais, incluindo, dentre eles, os decorrentes de tratados dos quais a República Federativa do Brasil seja parte.

Já, o §3º do citado artigo 5º, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, reza: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Isto posto, primeiramente, é necessário registrar que as expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais não devem ser utilizadas como sinônimos, em que pese estes últimos serem também humanos, e isto além de, às vezes, abarcarem direitos representados por entes coletivos.

O mais importante é que a diferenciação anotada pode trazer conseqüências práticas. A expressão “direitos fundamentais” se aplica aos direitos humanos positivados na Constituição de um determinado Estado, em um determinado momento histórico. Já por direitos humanos se quer referir àqueles direitos, próprios do ser humano, independentemente da sua vinculação com certa ordem constitucional, de tal modo que revelam um caráter internacional, supranacional.

Assim, a eficácia dos direitos humanos, que não integram o rol expresso dos direitos fundamentais de um determinado Estado, depende de sua recepção na ordem jurídica interna, sendo este o núcleo principal do presente estudo: saber se os direitos humanos que decorrem de tratados, dos quais a República Federativa do Brasil seja parte, quando incorporados à Constituição, gozam de normatividade privilegiada.

Como se vê, esta hipótese de incorporação das normas internacionais de direitos humanos decorrente de tratados, acordos ou convenções internacionais ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro visa ampliar o campo dos nossos direitos fundamentais, acrescentando e alargando o rol constitucional expresso, em que pese a necessidade de observância de procedimento próprio para que isto aconteça, conforme prevê o artigo 84, VIII, da Constituição Federal de 1988.

A Emenda Constitucional nº 45 inova a disciplina e insere, no citado artigo 5º, o §3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Uma rápida leitura do dispositivo em questão leva a considerar que as normas decorrentes de tratados, que não disponham sobre direitos humanos, serão internalizadas como uma lei ordinária federal, de conformidade com a jurisprudência do STF proclamada no RE nº 80.004 e embasada no posicionamento defendido pelo Ministro Francisco Rezek, isto é, “assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter prevalência garantida pela Justiça — sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado no plano internacional”. Concluindo que: “admitindo vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico”.¹²

Já, ao analisar o §1º do artigo 5º da Constituição Federal quando diz que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, juntamente com o §2º do mesmo artigo, que determina que os direitos e garantias ali previstos não excluem outros que decorrem do regime e princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, deve-se entender que o Constituinte Originário quis que, uma vez internalizados, os direitos humanos advindos de tratados tenham vigência imediata, independentemente de qualquer intermediação legislativa, de modo a criar, diretamente, situações jurídicas subjetivas a favor dos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

¹² RTJ, v. 83, p. 809-848, mar. 1978.

Paulo Otero entende que:

A aplicabilidade directa das normas constitucionais sobre direitos fundamentais, determinando que os direitos fundamentais deixem de ter a sua eficácia concreta 'prisoneira' da vontade do legislador, tornando imediatamente operativas as normas jusfundamentais consagradas na Constituição junto de qualquer aplicador (público ou privado) do Direito. (...) Verifica-se, deste modo, que a aplicabilidade directa das normas constitucionais sobre direitos fundamentais lhes confere uma dupla eficácia reforçada: essas normas prevalecem na ausência de lei e mesmo contra lei expressa que as viole, envolvendo, nesta última hipótese, uma competência de rejeição aplicativa das normas consideradas inconstitucionais.¹³

Isto posto, sem deixar de registrar a opinião daqueles que, como José Afonso da Silva, consideram que a recepção dos tratados que preveem tais direitos deve ser automática, diferentemente do que ocorre com os outros tipos, que dependem sempre do referendo congressional e da ratificação governamental para sua eficácia interna.¹⁴

Porém, a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao incluir no artigo 5º o §3º, dispôs que só os tratados ou convenções de direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso, em dois turnos, pelo *quorum* de três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

É claro que esse §3º, regula e interpreta a segunda parte do §2º do artigo 5º e admite que a incorporação de tratados se dê com *status* de emenda constitucional, como norma constitucional formal.

Tal entendimento não resolve o problema, pois leva a admitir que possam existir direitos humanos decorrentes de tratados, incorporados ao direito pátrio, com *status* de normas constitucionais materiais e formais, como, também, de normas do nível das leis ordinárias federais. Esta diferença é importante porque só as normas infraconstitucionais que violem as internacionais acolhidas, segundo o sistema previsto no §3º, serão inconstitucionais e sujeitas ao controle da constitucionalidade na via de defesa e na via de ação direta. Já o conflito com as recebidas pelo regime das normas ordinárias será resolvido pela aplicação da mais nova ou pelo sistema de solução do conflito entre lei especial e lei geral, conforme o caso.

¹³ OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007. v. 1, p. 590-591.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 179.

Em um regime que adota o sistema de Constituição formal e rígida, não se pode aceitar que possuam nível superior as normas só materialmente constitucionais e, conseqüentemente, que possam existir fora da Constituição, o que, frente à disposição do art. 5º, §2º, não se pode esquecer que a inclusão dos direitos humanos decorrentes de tratados em que o Brasil seja parte no rol dos direitos fundamentais foi obra do Constituinte Originário que tudo pode, inclusive reconhecer que têm *status* constitucional, em que pese sujeitos ao procedimento previsto para sua internalização.

A partir do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, os direitos humanos decorrentes de tratados passam a ter procedimento de internalização e poderão ter *status* de normas constitucionais formais, decorrentes do trabalho do Poder Reformador e que, por isso, devem estar sujeitas às limitações impostas para seu exercício.

3 O controle da constitucionalidade dos tratados

O sistema constitucional brasileiro admite que cabe ao Judiciário o exercício do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, o que pode ser realizado por um único órgão, caracterizando o sistema concentrado, quando só o STF detém a competência para conhecer e decidir sobre as questões relativas à inconstitucionalidade e o sistema difuso, quando a atribuição para fiscalizar o respeito à Constituição é conferida a todos os juízes e tribunais.

No sistema difuso, próprio da via de defesa, a apreciação da inconstitucionalidade surge incidentalmente no curso de um processo comum, sendo submetida à apreciação do Judiciário na medida em que for relevante para solução do conflito de interesses objeto da ação.

Na hipótese, o interessado se defende contra a aplicação de uma lei inconstitucional e tem por finalidade subtrair alguém dos efeitos da lei inconstitucional, caracterizando um instrumento de garantia dos direitos subjetivos do indivíduo e, portanto, a decisão tem efeitos *inter partes*, vale dizer, o ato normativo impugnado continua válido e produtor de efeitos para os demais atingidos, pois a declaração de inconstitucionalidade não anula a lei, só impede sua aplicação ao caso que propiciou a análise.

O sistema concentrado, próprio da via de ação, tem por objetivo retirar do sistema jurídico a lei inconstitucional, o que proporciona a restauração da harmonia do sistema jurídico, ameaçada pela permanência, no ordenamento jurídico positivo, de uma lei discordante da norma fundamental do sistema.

A apreciação da constitucionalidade de um tratado pode ser motivo de uma via de ação, quando a decisão do STF terá efeitos *erga omnes*, ou, ainda, vir a ser alegada no curso de um processo comum e analisada na medida em que for necessária para a solução do pleito formulado perante qualquer juiz ou tribunal, sendo analisado pelo STF, conforme dispõe o art. 102, III, “b”, da CF/88.

O juiz, no controle concreto, pode, inclusive, pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei estrangeira em face da Constituição sob a qual foi editada e isto desde que possam fazer, também, as autoridades judiciárias do Estado de origem. Neste caso, a declaração de inconstitucionalidade só implica a sua não incidência ao caso concreto.

Ao falar da fiscalização da inconstitucionalidade dos tratados é preciso lembrar que, no Brasil, ele só será incorporado ao direito interno após a aprovação, pelo Congresso Nacional, veiculada por decreto legislativo e ratificado e promulgado pelo Presidente da República, por meio de decreto, assumindo, conforme o procedimento adotado, a mesma estatura de emenda constitucional ou, ainda, de lei ordinária federal.

Porém, é bom observar que os tratados constituem ato bi ou multilateral de direito internacional, e, assim, a declaração de inconstitucionalidade não acarreta sua nulidade, vale dizer, a decisão judicial acerca da desconformidade com a lei fundamental do sistema jurídico positivo brasileiro não atinge os atos dos outros sistemas normativos, sejam eles internacionais ou internos dos demais países signatários dos tratados. A declaração de inconstitucionalidade atinge só as normas nacionais de internalização dos tratados, ou seja, sua aprovação, ratificação e promulgação.

Conforme o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a ação direta pode ser ajuizada em face do decreto legislativo que internaliza a eficácia dos tratados, antes da edição do decreto do Chefe do Executivo, com vistas a obstar a recepção do tratado na ordem jurídica interna, para que o Presidente da República fique impedido de implementar sua ratificação e promulgação. Tal possibilidade não significa que se está admitindo conferir caráter preventivo ao controle abstrato de normas, pois este o Brasil não conhece.¹⁵

Anota, ainda, o Ministro que “Numa das poucas vezes — senão a única — em que o STF, no juízo abstrato de constitucionalidade, teve a oportunidade de aferir a legitimidade de um tratado — a Convenção

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 168.

da OIT 110, de 1958, reconheceu-se a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 33, de 05.08.1964, que aprovou o Tratado e do Decreto 58.826, de 14.07.1966, que o promulgava”.

Porém, não há dúvida quanto ao fato de que a declaração de inconstitucionalidade de um tratado no direito interno pode desencadear a responsabilidade internacional do país.

Considerar o *status* dos tratados, no sistema constitucional brasileiro, quando preveem direitos e garantias fundamentais é importante para que se possa analisar o controle da constitucionalidade dos tratados, isto é, admitindo que se encontram no mesmo nível de uma lei ordinária federal, sempre será possível, a partir da realização de seu procedimento de internalização, controlar a sua constitucionalidade. É, também, possível falar em fiscalização da constitucionalidade dos tratados, quando se trata da positivação dos direitos humanos decorrentes de tratados, no plano das emendas à Constituição, haja vista as limitações a que está sujeita.

Diferente é o resultado quando se admite que a partir de sua recepção, nos termos do §2º do art. 5º, integram nosso catálogo na condição de direitos fundamentais constitucionalmente previstos e passam a ser aplicados, diretamente, até pelos nossos tribunais, pois aí o que se vê é a realização do fenômeno *lex posteriori derogat a priori*, ou seja, na hipótese, automaticamente se pode identificar o instituto da revogação, ou até de uma aplicação do princípio da interpretação mais favorável, como forma de solucionar um conflito entre a norma internacional e a interna, já que o art. 5º, §2º, exige que essa contradição seja superada.

O entendimento, em regra, não é pacífico.

O STF teve oportunidade de enfrentar a questão quando do julgamento do HC nº 90450/MG, no dia 23.09.2008, na Segunda Turma, cuja relatoria coube ao Ministro Celso de Mello. Tratava-se da prisão civil por infidelidade do depositário. Como se sabe, a CF, no artigo 5º, LXVII, prevê que:

Não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Por sua vez, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, no art. 7, n.7, não aceita a prisão por dívida, inclusive pelo inadimplemento voluntário do depositário infiel. Na ocasião foi reconhecida a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Segundo a ementa se trata de “Ilegitimidade jurídica da decretação da prisão civil do depositário infiel. Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou

cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS; AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. — A convenção Americana sobre Direitos Humanos (CF art. 5º e parágrafos 2º e 3º. Precedentes — Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? Entendimento do Rel. Ministro Celso de Mello, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO — A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS; A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO — Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica — O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana tornarem-se palavras vãs. Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7 (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

Na postura adotada, não se tratou de buscar a superioridade constitucional ou não da norma internacional ou da que integra o sistema jurídico, mas de atender ao princípio vetor de nossa ordem jurídica, que é o da dignidade da pessoa humana.

Fábio Comparato pergunta “qual das duas situações — o sacrifício da liberdade do depositário ou do interesse econômico do depositante representa a solução que melhor respeita a dignidade humana?” Conclui formulando as seguintes recomendações aos Magistrados:

1. Como o sistema de direitos humanos situa-se no ápice do ordenamento jurídico, o juiz não deve julgar demanda alguma, antes de verificar a possível incidência, no caso, das normas desse sistema, ainda que não haja a esse respeito nenhuma alegação das partes. 2. Tratando-se de um sistema integrado de normas, nacionais e internacionais, deve o juiz, em atenção ao disposto no art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, certificar-se sempre da vigência dos tratados internacionais sobre direitos humanos, de que o Brasil é parte.¹⁶

O Tribunal Pleno do STF, no julgamento do Habeas Corpus nº 79785/RJ, em 29 de março de 2000, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, considerou, ao enfrentar a possibilidade de erigir o duplo grau de jurisdição em garantia constitucional:

(...) tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito Brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o artigo 8º, 2, h, consagrou como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em acepção mais própria: o direito de ‘toda pessoa acusada de delito’ 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação do Pacto de São José: motivação II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção de prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão — no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional — é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional — que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional — não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante afirmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: *mesmo nessa hipótese, a primazia*

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Aula proferida na Escola Paulista da Magistratura, em 22 de janeiro de 2001.

derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional o que significaria emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não delimitadora do seu sistema, o que não é de admitir.

Se o Constituinte Originário de 1988 incluiu no catálogo dos direitos fundamentais expressos no artigo 5º, os decorrentes dos tratados dos quais o Brasil seja parte, admitiu que teriam *status* constitucionais e, portanto, estariam a compor o universo das cláusulas pétreas, conforme dispõe o art. 60, §4º, inciso IV. Isto posto, o legislador reformador, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, incluiu, no artigo 5º, o §3º da CF, previsão no sentido que os “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A partir de então, surge questionamento acerca da possibilidade de os tratados de direitos humanos serem internalizados pelo procedimento previsto no §3º do art. 5º, e adquirirem o *status* de norma constitucional formal.

Ora, o que se pergunta é: os tratados de direitos humanos podem ser internalizados por outro processo? Os direitos fundamentais decorrentes de tratados aprovados pelo sistema previsto para a aprovação das emendas à Constituição são também cláusulas pétreas?

4 Os direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais, internalizados com *status* de emendas constitucionais, podem integrar as denominadas cláusulas pétreas, previstas no artigo 60, §4º, inciso IV, da CF?

Flávia Piovesan defende que deve ser afastado o entendimento segundo o qual, em face da inclusão do §3º no artigo 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados, devem ser recepcionados como lei federal, pois que, em que pese anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, por força do §2º do citado artigo 5º da CF, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de aprovação, são materialmente constitucionais, e a nova disciplina do *status* constitucional formal só veio a reforçar tal natureza.

Em que pese a coerência do entendimento aqui registrado, ele não resolve o problema referente a considerar que os tratados de direitos

humanos, por sua natureza constitucional formal adquirida pelo processo de aprovação pelo Legislativo equivalente ao das emendas à Constituição, adquiram a qualidade de cláusulas pétreas, de limite ao exercício do Poder Reformador.

Nos termos do inciso IV, do §4º, do artigo 60 da CF, não podem ser consideradas válidas, as mudanças constitucionais que minimizem a proteção dos direitos e garantias individuais.

Sem enfrentar, neste momento, a questão relativa à extensão da expressão “direitos e garantias fundamentais”, se abarcam ou não os direitos sociais, deve-se ressaltar que a Lei Fundamental, não proíbe que o Poder Reformador amplie o rol já existente, inclusive por aqueles previstos em tratados de direitos humanos, internalizados nos moldes do §3º do art. 5º da CF, como norma constitucional formal.

Assim sendo, surge a pergunta: os novos direitos, criados pelo reformador ou os previstos em tratados internalizados como norma constitucional formal, serão também cláusulas pétreas?

Antes de mais nada é bom lembrar que quando se fala em cláusulas pétreas, na qualidade de limite para o exercício do poder de reforma da Constituição, tal previsão tem como fundamento a superioridade do Poder Constituinte Originário frente a um poder constituído, por ele criado e cujo exercício se fará nos moldes por ele previsto, o que significa dizer que o reformador terá de se submeter aos ditames por ele previsto.

Se a existência das cláusulas pétreas se embasa na superioridade hierárquica do Constituinte Originário, frente ao Poder Reformador, se admite que o rol de direitos fundamentais pode ser ampliado pelo legislador reformista, o que não significa dizer que teria sentido que ele pudesse limitar a si próprio.

Só o Poder Constituinte Originário pode criar limites para a sua mudança, assim, não é aceitável que o Poder Reformador, instituído por aquele e a ele subordinado, viesse impedir amanhã, a partir de novo entendimento, sua alteração, pois é o mesmo, de igual hierarquia, agora e no futuro.

Este, também, é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, quando defendem que “Se o poder constituinte de reforma não pode criar cláusulas pétreas, o novo direito fundamental que venha estabelecer — diverso daqueles que o Constituinte Originário quis eternizar — não poderá ser tido como um direito perpétuo, livre de abolição por uma emenda subsequente”.¹⁷

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 259.

Este é um raciocínio lógico que parte da ideia de supremacia constitucional formal. Se a Constituição é a lei fundamental do sistema jurídico, se subordina todo o complexo normativo subsequente, então, os direitos decorrentes de tratados ou convenções internacionais dos quais o Brasil seja parte, internalizados nos termos do §3º do artigo 5º, equivalentes às emendas constitucionais, não integram o rol das cláusulas pétreas, não limitam materialmente a previsão de outros direitos, mesmo que venham a colidir com outros previstos em emendas constitucionais, ou que, previstos em tratados, sejam recepcionados como a elas equivalentes.

Isto posto, resta lembrar que, como já aceito no curso deste estudo, a hierarquia constitucional material dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos se extrai da interpretação do §2º do artigo 5º e que, em face da sua inclusão no rol dos direitos fundamentais pelo Constituinte Originário, não permite que tais tratados ou convenções internacionais tenham paridade hierárquica com as leis federais.

O reformador poderia ter seguido o exemplo da Argentina, que, em vez de conferir *status* de emenda à Constituição aos tratados internacionais que preveem direitos humanos, por serem recepcionados pelo tal processo de aprovação, reconhece hierarquia constitucional a tais documentos quando ratificados pelo Estado brasileiro.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Os direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 309-326. ISBN 978-85-7700-501-7.

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO: BREVES APONTAMENTOS*

LARISSA RAMINA

O presente trabalho dedica-se a propor breves apontamentos acerca da natureza do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional geral, bem como sobre a forma de relacionamento das normas convencionais do direito internacional dos direitos humanos com os ordenamentos jurídicos administrativos estatais.

A reflexão proposta exige que sejam feitas algumas considerações sobre os fundamentos do direito internacional dos direitos humanos, o que por sua vez pressupõe que se esclareçam suas relações com o direito internacional geral.

No âmbito do direito internacional clássico, movimentaram os bastidores acadêmicos da primeira metade do século XX as teorias dualistas e monistas, que tentavam explicar as relações entre o direito interno e o direito internacional. A mais antiga dessas teorias, chamada

* Palestra preparada para apresentação no I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EURO-LATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, no painel "Tratados internacionais de direitos humanos e Administração Pública democrática", às 18h30 do dia 24.02.2011, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

de dualismo, surgiu em 1899, com Heinrich Triepel, e defendia a idéia de que direito interno e direito internacional constituíam noções diferentes, pois fundamentadas em dois ordenamentos jurídicos distintos, o interno e o internacional, não havendo hierarquia entre os mesmos. Segundo essa teoria, o direito internacional deveria ser incorporado ao direito interno, ou transformado em norma interna. Originalmente, o direito internacional incorporado seria igualado ao direito interno, e perante os tribunais, o conflito seria resolvido em benefício da norma mais recente. Esta prevaleceria, sendo ela interna-interna ou internacional-interna. A síntese dessa teoria pode ser resumida nos seguintes postulados: a cisão rigorosa entre o direito interno e o direito internacional, a tal ponto que se nega a possibilidade de conflito entre ambos; o fundamento respectivo dessas ordens jurídicas difere, vez que o direito interno fundamenta-se na vontade de um só Estado, ao passo que o direito internacional fundamenta-se na vontade de vários Estados; há relação de subordinação no direito interno e de coordenação no direito internacional; ordem jurídica interna e internacional distinguem-se nas relações, sujeitos, fontes e estruturas; existem duas esferas, quando muito tangentes, mas jamais secantes, portanto há separação nítida entre Estado e ordem jurídica internacional. Decorre da separação das duas ordens jurídicas a validade de normas internas contrárias ao direito internacional; a impossibilidade de uma ordem jurídica determinar a validade das normas de outra ordem jurídica; a necessidade de transformação da norma internacional para integrar-se ao direito interno e a inocorrência de primazia de uma sobre a outra, já que pertenceriam a dois círculos que estão em contato íntimo, mas que não se sobrepõem jamais. Sendo assim, não havendo hierarquia entre as fontes internas e internacionais, não haveria conflito de fontes nas relações entre direito interno e internacional. Havendo duas ordens jurídicas independentes, estas não poderiam se chocar, já que a recepção do direito internacional seria realizada pela transformação do direito internacional em direito interno. É fácil constatar que essa concepção surgiu em uma sociedade internacional marcada pela idéia de soberania absoluta e pautada, nas relações internacionais, pelo princípio da não intervenção nos negócios internos dos Estados, interpretado de forma extrema.

Doutrinadores importantes prestaram-se a relativizar os postulados das doutrinas dualistas. No Brasil, Celso Albuquerque Mello explicou que o dualismo do final do século XX deveria significar que o direito internacional precisa ser incorporado ao direito interno, mas não que o direito interno posterior possa revogar uma norma de direito internacional internalizada, uma vez que a noção de soberania não é estática e abstrata, devendo ser interpretada dentro de seu contexto

histórico.¹ O conceito tradicional de soberania, que na ideia clássica pode ser definido como um feixe de competências que o Estado possui e que lhe é outorgado pela ordem jurídica internacional é, portanto, meramente formal. Estado soberano seria, assim, aquele que se encontra direta e imediatamente submetido à ordem jurídica internacional. O próprio Jean Bodin afirmara que o direito natural e o direito das gentes estavam acima da soberania, logo, defendeu que, na prática, nunca existira uma soberania realmente absoluta.

Para as teorias monistas, cujo maior expoente foi Hans Kelsen, ao contrário, direito interno e direito internacional são aspectos de uma única ordem jurídica e, por conseguinte, haveria uma norma hierarquicamente superior. Esta teoria assume duas posições principais, quais sejam, a que defende a primazia do direito interno e a que defende a primazia do direito internacional, além de outras variantes menos importantes.

Em que pese esse debate encontre-se hodiernamente superado, as teorias dualistas e monistas em muito influenciaram as teses que hoje envolvem o relacionamento entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos. Em face daquela distinção fundamental clássica entre direito internacional e direito interno, há vozes que inserem o direito internacional dos direitos humanos na lógica do direito internacional geral. Ao contrário, a pretensão deste trabalho será sustentar que as normas internacionais de direitos humanos diferenciam-se das normas de direito internacional geral pelo seu objeto singular, que visa à proteção do ser humano. O direito interno é um direito de subordinação que origina uma ordem jurídica cujos sujeitos subordinam-se ao poder do Estado em sua tripla função, legislativa, executiva e judiciária. O direito internacional público, ao contrário, é um direito de coordenação entre Estados soberanos e não conhece legislador, juiz ou sanção obrigatória fora dos limites do consentimento dos Estados, em que pese esteja cada vez mais forte a ideia de um direito imperativo — *jus cogens* — que ultrapasse aquela dimensão consensual.

As normas internacionais de direitos humanos, portanto, não pertencem ao direito de subordinação, vez que, como qualquer norma de direito internacional, desenvolvem-se no contexto da sociedade internacional. Também não pertencem, todavia, ao direito de coordenação, uma vez que pretendem gerar um direito de proteção do indivíduo. A impotência do direito internacional geral de assegurar essa

¹ MELLO, Celdo de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

função protetora, na concepção aqui defendida, dá origem a normas internacionais específicas que traduzem uma evolução da concepção clássica do direito internacional.

Segundo as teorias clássicas das duas esferas relatadas anteriormente, há um ordenamento internacional e vários ordenamentos internos separados radicalmente. O direito internacional, direito consensual, procede da vontade política dos Estados, de forma que toda norma internacional tem uma dimensão e um significado políticos.

De acordo com a concepção clássica do direito internacional e das relações internacionais, a questão dos direitos humanos permaneceria dentro da competência exclusiva dos Estados, princípio previsto expressamente no artigo 2º, §7º da Carta das Nações Unidas de 1945, pois a participação do indivíduo na vida internacional deveria ser “mediada” pelo Estado. Nicolas Politis já dizia em 1927 que “o Estado soberano é para seus sujeitos uma gaiola de ferro de onde eles só podem se comunicar com o exterior através de barreiras muito estreitas”.³

O princípio da competência exclusiva, juntamente com a clássica ausência de personalidade jurídica internacional do indivíduo, constituiu obstáculo teórico impossível para que o direito internacional apreendesse o interesse propriamente individual. Abandonados aos Estados, os direitos humanos dependeriam das eventuais relações entre o homem a ser protegido e o Estado em questão, bem como da qualidade das relações que os Estados alimentam entre si. O vínculo nacional do indivíduo a um Estado determinado condicionaria uma eventual proteção, sendo o indivíduo um simples beneficiário de uma norma internacional protetora que, em princípio, obedeceria à regra geral da reciprocidade que embasa o direito internacional convencional.

Não obstante, no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, palco de atrocidades inimagináveis contra os seres humanos, surgiu com muito impulso o direito internacional dos direitos humanos, ultrapassando a contradição inerente ao direito internacional clássico, segundo a qual os direitos humanos só poderiam ser protegidos por um direito interestatal feito pelos Estados e para os Estados, e saindo da problemática geral do direito internacional que é aquela das relações

² “Art. 2º. (...) §7º. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.”

³ SUDRE, Frédéric. *Droit Européen et International des Droits de l’Homme*. Paris: PUF, 2011. p. 22 et seq.

interestatais. Trata-se, indubitavelmente, de inovação fundamental do direito internacional da segunda metade do século XX, com a afirmação do direito de autodeterminação dos povos, que encontra expressão na Carta das Nações Unidas, no artigo 1º, §2º trazendo consequências para a própria natureza do direito internacional.

Frédéric Sudre ressalta o caráter ideológico do direito internacional dos direitos humanos, pelo fato de ser um direito construído em função do interesse do homem e que parte do postulado da igualdade de todos os homens, independentemente de raça, sexo, religião, opinião, ou seja, parte de uma ideologia comum a toda a humanidade.⁵ A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os tratados posteriores dedicados à temática remetem à ideia de identidade universal da pessoa humana e por isso têm um valor que transcende a política.

Apesar de todas as críticas que se pode elaborar contra a Declaração Universal, no sentido de ser antes de tudo expressão do individualismo ocidental, é oportuno reconhecer, nesse breve estudo, que a Declaração Universal de 1948 aumentou o campo de exercício dos direitos humanos para toda a comunidade universal, além de conferir àqueles direitos uma dimensão internacional inédita nos documentos nacionais, até mesmo por incluir direitos que ultrapassam o contexto estatal, como o direito de buscar asilo⁶ e o direito de deixar qualquer país.⁷

Esse reconhecimento a todo ser humano, de um mínimo de direitos, prepara as bases para um novo direito comum internacional. Nesse sentido, o direito internacional dos direitos humanos pretende expressar valores, como dignidade e igualdade, que constituem um fundo comum a todas as civilizações e religiões, e que vai irradiar efeitos nas legislações internacionais e nas constituições nacionais a partir da segunda metade do século XX.

É fato que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 enuncia direitos que exigem uma garantia, mas não organiza essa garantia dos direitos. Por isso, evidentemente, necessita de complementação por outros textos. Isso não impede, todavia, que a Declaração esteja situada na origem de todo o processo de internacionalização dos direitos humanos, muito embora a unidade do direito internacional dos direitos humanos

⁴ “Artigo 1. Os propósitos das Nações Unidas são: 2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito a princípio da igualdade de direito e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal.”

⁵ SUDRE, *op. cit.*, p. 22 *et seq.*

⁶ Artigo 14.

⁷ Artigo 13.

em seu fundamento ideológico contraste com a pluralidade de Estados e a diversidade de regras de direito internacional que regem suas relações.

O processo de internacionalização dos direitos humanos trouxe como consequência imediata a humanização do direito internacional, que por isso sofreu transformações acentuadíssimas no decorrer do século passado. Antonio Augusto Cançado Trindade chama a atenção para a consolidação do novo paradigma do direito internacional contemporâneo nos últimos 60 anos, marcando o fim da velha dimensão puramente interestatal do direito internacional público e o acesso dos indivíduos à justiça internacional. Ressalta, ainda, que essa dimensão interestatal correspondeu a uma única época da evolução do direito internacional, a época da “personificação” do Estado no século XIX e de seu pretensão monopólio da personalidade jurídica internacional, e que essa desfiguração do *droit des gens* em um direito interestatal trouxe consequências desastrosas para os seres humanos. O autor enfatiza que a pessoa humana deve ser restabelecida à posição central no direito das gentes, emancipando-se em relação ao seu próprio Estado.⁸

O direito internacional tradicional do início do século XX se caracterizava pelo voluntarismo estatal ilimitado, que se refletia na admissão do uso da força armada, da celebração de tratados desiguais, da manutenção de colônias, protetorados e zonas de influência, consolidando uma ordem oligárquica e injusta. Pouco a pouco, o direito internacional transformou-se em direito de emancipação do ser humano, ultrapassando os antigos parâmetros do direito clássico da paz e da guerra, inclusive proibindo a guerra no artigo 2º, §4, da Carta das Nações Unidas.⁹ Desde a metade do século XX o direito internacional reconheceu a necessidade da própria reconstrução da ordem jurídica internacional com base na salvaguarda dos direitos da pessoa humana, utilizando-se desses direitos como base para a própria restauração do direito internacional.¹⁰ O sistema internacional de proteção dos direitos humanos, ainda em processo de construção, e com todas as suas mazelas, é o instrumento que tem permitido na prática a humanização do direito internacional contemporâneo e o acesso do indivíduo à justiça internacional.¹¹

⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Évolution du droit international au droit des gens. L'accès des individus à la Justice Internationale. Le regard d'un juge*. Paris: Pedone, 2008. p. 8.

⁹ “Artigo 2, §4. Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.”

¹⁰ TRINDADE, *op. cit.*, p. 141.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 111 *et seq.*

Paralelamente ao fenômeno da humanização do direito internacional, constata-se a emergência de um novo direito constitucional ocidental, aberto a princípios e valores com ênfase no valor da dignidade humana, e que se projeta como um “constitucionalismo global”, destinado a proteger os direitos humanos e a limitar o poder estatal, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. José Joaquim Gomes Canotilho ressalta que a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional como fins do Estado foram hoje substituídos pelo objetivo de construção de “Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais”, no plano interno, e Estados abertos e internacionalmente amigos, no plano externo, estreitando os vínculos entre direito constitucional e direito internacional. Constata o autor, ademais, que o constitucionalismo global tem como paradigma as relações entre o Estado e o povo e a elevação da dignidade humana a pressuposto obrigatório de todos os constitucionalismos. Por isso, verifica-se hoje a transformação do direito internacional em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais, e o Poder Constituinte soberano criador de Constituições deixa de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado.¹² Deixa-se de visualizar a humanidade como sujeito de direito a partir da ótica do Estado, para reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade.¹³

A proteção internacional dos direitos humanos trouxe reflexos importantes ao princípio da não intervenção nos negócios internos dos Estados e à própria noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a ser relativizada no sentido de admitir-se a intervenção em prol da proteção dos direitos humanos, mediante condições estritas.¹⁴ Flávia Piovesan ressalta a transição de uma concepção “hobbesiana” de soberania, centrada no Estado, para uma concepção “kantiana” de soberania, centrada na cidadania universal.¹⁵ Essa transição acarreta a admissão da personalidade jurídica internacional dos indivíduos como titulares de direitos protegidos por normas internacionais, e a conformação dos Estados em torno dos valores democráticos e do respeito aos direitos humanos,¹⁶ com a construção do sistema universal e dos

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1992. p. 554.

¹³ TRINDADE, *op. cit.*, p. 8 *et seq.*

¹⁴ A respeito, recomenda-se a leitura da obra RICOBOM, Gisele. *Intervenção Humanitária: a guerra em nome dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 404 p.

¹⁵ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 111 *et seq.*

¹⁶ Em virtude da brevidade deste trabalho, não serão discutidas as questões atinentes ao universalismo e ao relativismo cultural, pertinentes ao tema.

sistemas regionais de proteção àqueles direitos, nos âmbitos europeu e interamericano.

A transformação do direito internacional no decorrer da segunda metade do século XX e a conseqüente interpenetração das ordens jurídicas estatais com a ordem jurídica internacional trouxe, inegavelmente, um impacto negativo nas teorias dualistas que embasam a lógica do direito internacional clássico. Frédéric Sudre explica que essa negação ocorreu tanto no plano das origens do direito internacional dos direitos humanos, quanto no plano de seu conteúdo.¹⁷

Com relação às origens do direito internacional dos direitos humanos, o surgimento desse ramo do direito se deve ao reconhecimento da unidade das políticas interna e externa dos Estados. As experiências totalitárias da primeira metade do século XX, baseadas na lógica da descartabilidade da pessoa humana, que resultaram no envio de milhões de pessoas a campos de concentração, foram palco do genocídio concebido como projeto político e industrial. A partir de então, houve um despertar da consciência humanitária universal, em todas as áreas do conhecimento, no sentido de resgatar a dignidade humana como sustentáculo e parâmetro principal para a reformulação de uma nova ordem jurídica internacional, deslocando o foco das relações interestatais para as relações entre o Estado e os indivíduos. A construção normativa e institucional do direito internacional dos direitos humanos, que, portanto constitui um fenômeno do pós-Segunda Guerra Mundial, se deve à convicção de que a barbárie totalitária poderia ter sido evitada se, à época, existisse um efetivo sistema internacional de proteção dos direitos humanos, restringindo a “razão de Estado” e relativizando a concepção absoluta de soberania de forma a retirar da competência exclusiva dos Estados as matérias atinentes à proteção dos direitos humanos. Os horrores da Segunda Grande Guerra associaram intimamente as ordens jurídicas estatais ao direito internacional, fazendo emergir o entendimento de que a violação das normas mais elementares no plano nacional traz como conseqüência a violação das normas de direito internacional, em outras palavras, que o totalitarismo interno acompanha-se de uma política estrangeira agressiva e imperialista.¹⁸

A Carta de São Francisco, de 1945, constitutiva da Organização das Nações Unidas, vinculou de forma absoluta os temas de preservação da paz e da segurança internacionais ao tema da proteção dos direitos

¹⁷ SUDRE, *op. cit.*, p. 22 *et seq.*

¹⁸ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 22 *et seq.*

humanos. Em outras palavras, consolidou-se a compreensão de que não seria possível evitar um terceiro conflito mundial, mantendo a paz universal sem a efetiva proteção dos direitos humanos. A Carta das Nações Unidas repousa sobre a ideia de interdependência da paz e da segurança internacionais, de um lado, e sobre a melhoria das condições econômicas e sociais e a proteção dos direitos humanos, de outro.¹⁹ Não se deve olvidar a importância anterior do Tratado de Versalhes de 1919, que criou a Liga das Nações, antecessora da ONU, e também a Organização Internacional do Trabalho, crucial para a positivação dos direitos econômicos e sociais. A Carta de São Francisco, entretanto, foi o documento que trouxe para os Estados-Membros da Organização a obrigação expressa de promover “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.²⁰

A Organização das Nações Unidas nasceu, portanto, com a missão de favorecer, desenvolver e encorajar o respeito aos direitos humanos no âmbito de seus órgãos originários, e também com competências para criar órgãos subsidiários específicos para lidar com a temática da proteção dos direitos humanos, com o poder de promover estudos e recomendações aos Estados-Membros da Organização. Uma vez que a Carta de São Francisco não se dedicou a definir o conteúdo dos direitos humanos a serem protegidos, nem tampouco as garantias dessa proteção, tal tarefa foi deixada para a Assembleia Geral, por meio da Comissão de Direitos Humanos criada posteriormente, e de outros órgãos e organizações internacionais de caráter universal, como a Organização Internacional do Trabalho e a UNESCO. As organizações internacionais de caráter regional, como a Organização dos Estados Americanos, que promoveu a construção do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, e o Conselho da Europa, que impulsionou a criação do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, tiveram participação igualmente importante.

A emergência da Organização das Nações Unidas, com todo o complexo sistema construído no decorrer da segunda metade do século XX, acabara por atravessar, definitivamente, a tela do Estado que separava a ordem jurídica interna da ordem jurídica internacional, fazendo dos direitos humanos a interface de relacionamento daquelas ordens jurídicas.

¹⁹ Ver Preâmbulo e artigos 1º, §3º, 55 (c); 13, §1º (b); 62, § 2º; 68; 87; 2 § 2; 55 e 56 da Carta das Nações Unidas.

²⁰ Carta das Nações Unidas, artigo 55.

Frédéric Sudre ressalta, ainda, que a negação das teorias dualistas que embasam o direito internacional clássico, resultado da introdução da proteção dos direitos humanos no plano internacional, acontece também no plano do conteúdo do direito internacional dos direitos humanos, abrindo espaço para que “o direito internacional penetre no coração do santuário da soberania estatal”.²¹ O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece que os direitos humanos constituem “o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, e seu artigo 28 afirma a necessidade de uma ordem jurídica internacional onde as liberdades da pessoa possam ser efetivadas. Evidencia-se, portanto, que o direito internacional dos direitos humanos aplica-se às relações entre o Estado e seus próprios nacionais, ou estrangeiros sob sua jurisdição, fazendo com que estes indivíduos possam passar do direito estatal ao direito internacional, em alguns casos, diante de instâncias internacionais.

A originalidade profunda do direito internacional dos direitos humanos está em deslocar o foco das relações interestatais, estabelecendo um direito de origem internacional, mas cujo foco está nas relações dos sujeitos entre si e entre estes e o Estado, e que pode ser aplicável à organização política do Estado, atingindo dois de seus elementos constitutivos, a população e o aparelho político.²² O direito estatal, incluindo o direito administrativo, por isso, sente o impacto direto das normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Por outro lado, os Estados partes de tratados de direitos humanos podem ter o direito de denunciar outros Estados por violações e, eventualmente, de processá-los em instâncias internacionais. Trata-se de verdadeira revolução jurídica, que traz consequências importantes.

O saudoso professor argentino Jorge Luis Salomoni referia-se a esse fenômeno como “processo geral de internacionalização dos ordenamentos jurídicos”, ou “sistema internacional de direitos humanos”.²³ Tomando os exemplos da Argentina e do Brasil, com a inserção do §3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que permite alçar um tratado de direitos humanos ao patamar constitucional obtendo maioria congressual qualificada, afirmava uma “tendência de constitucionalização dos direitos

²¹ SUDRE, *op. cit.*, p. 22, *et seq.*

²² COMBACAU, J.; SUR, S. *Droit International Public*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 1997. p. 42.

²³ SALOMONI, Jorge Luis. Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino. In: SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESÍN, Domingo Juan (Org.). *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 15.

humanos na América do Sul, e principalmente nos dois países com as magnitudes culturais de Brasil e Argentina”.²⁴

No caso argentino, esclarece o referido professor que a Corte Constitucional Argentina entende que os tratados de direitos humanos deverão aplicar-se conforme as condições de sua vigência, entendidas estas condições como aquilo que o sistema internacional de direitos humanos estabelece como direitos, por meio de seu órgão jurisdicional, qual seja, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, significando que a hermenêutica do que é direito hoje, na Argentina, está fora de suas fronteiras.²⁵ Explica ainda que a fonte global do ordenamento será sempre a Constituição, mas que foi a própria Constituição que estabeleceu a seguinte hierarquia de fontes na Argentina: em primeiro lugar, os tratados de direitos humanos, seguindo-se a Constituição, os tratados gerais, e a legislação nacional. Logo, segundo esta hierarquia de fontes, primará o tratado de direitos humanos sobre o ordenamento jurídico administrativo.²⁶

Portanto, e em virtude do previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, nos artigos 28, §3º,²⁷ que estabelece a cláusula federal, e 24,²⁸ que estabelece o princípio da igualdade, conclui-se não ser possível que um ente da federação tenha uma norma de direitos mais protetiva aos direitos dos particulares do que outro ente da federação, ainda que a matéria seja atinente ao direito administrativo. Tal situação tornaria vulnerável o princípio da igualdade, que tem impacto importante sobre as prerrogativas estatais.

O Professor Jorge Luis Salomoni ressalta ainda que o fundamento e o limite do direito administrativo é o interesse público. Assim, se o poder público atuar fora do interesse público, o ato será nulo. Por outro lado, existe uma situação de superioridade da Administração Pública na relação jurídica que mantém com o particular, vez que este se fundamenta no interesse público, enquanto o particular age no seu interesse próprio. Haverá nesse caso uma restrição de direitos do particular, em razão desta relação de subordinação jurídica com o

²⁴ *Ibid.*, p. 16.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Ibid.*, p. 20.

²⁷ “Art. 28. Cláusula federal. § 3º. Quando dois ou mais Estados-Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção.”

²⁸ “Art. 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.”

interesse público. A questão principal seria, diante dessa situação, relativa à forma de execução dessas restrições de direitos.

O artigo 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que “as restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas”. Isso significa que essas leis

devem ter sido adotadas em função do bem comum, conceito que deve ser interpretado como elemento integrante da ordem pública no Estado democrático, cujo fim principal é a proteção dos direitos essenciais do homem, e a criação de circunstâncias que o permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade. Bem comum e ordem pública na Convenção são termos que devem ser interpretados dentro de seu sistema, que tem uma concepção própria, segundo a qual os Estados americanos requerem sua organização política sobre a base do exercício efetivo da democracia representativa e dos direitos do homem que têm como fundamento os atributos da pessoa humana, e devem ser objeto de proteção internacional.²⁹

Conclui o Professor Jorge Luis Salomoni que o conceito de bem público não é um conceito disponível para o legislador e para o administrador. Decorre desse raciocínio que o juiz deve fazer um juízo de constitucionalidade do interesse público, que por sua vez deve perseguir os objetivos estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos e obedecer às exigências de uma sociedade democrática que considere o equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo.

João Antunes dos Santos Neto, na mesma seara, reforça que a consagração exclusiva do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado fez com que a Administração Pública conservasse um conceito de interesse público alheio aos limites da ordem democrática, pois pré-constituído e baseado em premissas que não mais são aceitas como verdadeiras. A título de exemplo, cita a contraposição ao interesse privado, a somatória dos interesses da “maioria” dos integrantes do corpo social, entre outros, que se prestam a aumentar o abismo entre autoridade e liberdade. Ressalta ainda que o respeito aos direitos humanos exige, justamente, que se busque o equilíbrio desses dois institutos.³⁰

²⁹ SALOMONI, *op. cit.*, p. 25.

³⁰ SANTOS NETO, João Antunes dos. *O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 422.

É certo que no contexto do Estado globalizado, delineado por uma gama de interesses contrapostos das mais variadas ordens, não é mais possível identificar a existência de um interesse público pré-constituído e permanente. O mesmo autor chama a atenção para a ideia de que o conceito de interesse público deve ser delineado com base na ética, por meio de uma formulação casuística, observando-se a ponderação de valores, princípios e regras, com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.³¹ Essa didática proporcionará a aproximação entre o direito administrativo e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, centrado na ideia de universalidade dos direitos da pessoa humana e na consagração do princípio democrático.

João Antunes dos Santos Neto sustenta a existência de um direito à implementação de um ambiente administrativo minimamente organizado, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, e que tenha disponíveis instrumentos de acesso à participação popular, que preservem o direito subjetivo do cidadão de demandar por aquele direito inclusive em sede judicial, e que sirvam à obtenção do menor desequilíbrio possível entre autoridade e liberdade. Trata-se de verdadeira participação popular na administração social e na tomada de decisões estatais.³² Esta democracia administrativa há de ser alcançada a partir da observância, pelo Poder Público, do denominado direito à participação administrativa, consagrado na Constituição brasileira de 1988, tendo como premissa o fato de que a Administração Pública contemporânea configura a *interface* entre o Estado e a sociedade, devendo buscar respostas às demandas sociais. Para isso, a interpretação do Direito Administrativo deve ser sempre a favor dos direitos fundamentais.

Hoje, um Estado, municipal, estadual ou nacional, deve ser um Estado que ponha toda a sua organização administrativa para efetivar o princípio da realização da dignidade humana, e dos direitos dos particulares. Logo, a Administração é instrumental ao sistema de direitos.³³

O estudo da normatividade internacional de direitos humanos é essencial, portanto, para estabelecer parâmetros mínimos a serem respeitados pelos Estados. O direito internacional dos direitos humanos deve conjugar-se com o direito interno, fortalecendo o sistema de proteção daqueles direitos. O esforço deve ser no sentido de reforçar o entendimento dos direitos humanos no marco de uma crescente interação

³¹ *Ibid.*, p. 423.

³² *Ibid.*, p. 426.

³³ SALOMONI, *op. cit.*, p. 31.

da ordem jurídica nacional, regional e global, movidas pela mesma racionalidade de prevalência da dignidade humana.

O Professor Jorge Luis Salomoni chama a atenção para o fato de a Corte Interamericana de Direitos Humanos ter revogado sentenças da Corte Constitucional Argentina, agindo como um tribunal de quarto grau. Segundo seu entendimento, a Corte argentina não poderia discutir se a Corte Interamericana se excedeu em sua atribuição de revogar uma sentença da Corte Constitucional, uma vez que o último intérprete é a própria Corte.³⁴

A Corte Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, não pode revogar sentenças dos tribunais constitucionais dos países membros do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, já que esse sistema está pensado para declarar eventuais violações e estabelecer uma indenização substitutiva pela violação do direito. Nesse caso, portanto, a norma não sai do ordenamento jurídico, nem uma sentença de um tribunal constitucional pode ser declarada nula pela Corte Europeia. Ao contrário, a Corte Interamericana tem discutido a constitucionalidade, ou melhor, a adequação da sentença da Corte argentina à Convenção Americana de Direitos Humanos.

Não é mais possível, portanto, conceber que o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, em especial o Direito Administrativo, constituem dois ramos do direito que discutem coisas absolutamente distintas, e que jamais se inter-relacionam.

Conclui-se que a universalidade dos direitos humanos exige que algumas posições sejam revistas quando se tratar das relações que envolvem Estado e indivíduos. Atente-se para a ideia de que a irradiação dos direitos humanos na ordem jurídica produz efeitos para além do direito positivo, significando a irradiação da própria ideia de justiça em todos os âmbitos do Direito. No Estado Social e Democrático de Direito, a relação estreita entre Administração Pública e lei deve compreender a ideia de vinculação ao direito, que baseado no princípio da dignidade humana, será o direito justo.³⁵

Embora não exista um ordenamento supranacional universal, reconhecido como tal por todos os Estados, existe um “direito internacional dos direitos humanos”, que é a expressão normativa dos direitos que se pautam no princípio da dignidade humana e cuja evolução espantosa no pós-Segunda Guerra Mundial, como reação aos regimes totalitários da época, objetivou a construção de um âmbito de proteção que viesse

³⁴ *Id.*

³⁵ SANTOS NETO, *op. cit.*, p. 427.

de fora do Estado nacional, contra abusos estatais ou não estatais. Ficava evidente, na experiência da Segunda Grande Guerra que não bastava proteger os direitos humanos nas Constituições nacionais para afastar sua violação, restando necessária a construção de um aparato jurídico para a proteção daqueles direitos no plano internacional, cujo marco inicial foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O movimento de positivação dos direitos humanos na ordem internacional trouxe inexoravelmente o reconhecimento da personalidade jurídica internacional do indivíduo, deslocando o foco das relações internacionais do âmbito interestatal para o âmbito do Estado e os indivíduos.

A Carta da Organização das Nações Unidas vinculou de forma irreversível o propósito supremo de manutenção da paz e da segurança internacionais com a preservação dos direitos humanos. A consequência dessa previsão foi a inserção definitiva da temática dos direitos humanos na agenda internacional, fazendo com que o respeito a esses direitos deixasse a agenda doméstica para se tornar parâmetro das relações internacionais a partir da segunda metade do século XX. Diante dessa realidade, aliada com a tônica da globalização econômica do final do século XX, consagrada na criação da Organização Mundial do Comércio, definitivamente a proteção dos direitos humanos deixa de ser assunto exclusivo do Estado nacional, relativizando-se o próprio princípio da soberania.

A noção de soberania, conforme já lembrado, deve ser contextualizada de acordo com a época histórica. Estado soberano, portanto, é aquele que se encontra direta e imediatamente submetido à ordem jurídica internacional. E a ordem jurídica internacional do século XXI é aquela pautada na proteção dos direitos humanos. Defender a manutenção da autoridade suprema do Estado sobre qualquer ordem de caráter supranacional é defender, em última instância, a teoria clássica da soberania estatal absoluta.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RAMINA, Larissa. Direito internacional dos direitos humanos e seus reflexos no direito administrativo: breves apontamentos. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 327-341. ISBN 978-85-7700-501-7.