

FELIPE KLEIN GUSSOLI

**IMPACTOS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS
NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

CURITIBA

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**IMPACTOS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS
NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

FELIPE KLEIN GUSSOLI

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

FELIPE KLEIN GUSSOLI

IMPACTOS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Membros:

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Universidad Externado de Colombia

Prof^a Dr^a Caroline Müller Bitencourt
Universidade de Santa Cruz do Sul

Curitiba, 02 março de 2018.

AGRADECIMENTOS

Embora a pesquisa seja em muitos aspectos um trabalho solitário, em que a alma vaga sozinha entre horas, dias e meses de leitura e escrita, em muitos outros aspectos ela é um processo compartilhado. Cada capítulo dessa dissertação é também fruto de discussões, conversas, ideias e vivências, situações da vida que envolvem família, professores, amigos e colegas. Eu não poderia esgotar em poucas linhas a listagem de todos os envolvidos nesse projeto que começou em 2015, quando me preparava para ingressar no Mestrado em Direito na PUC-PR. Mas posso tentar.

Sem o apoio de meus pais, Eli e Magali, nada seria como é. Meu pai é meu espelho de coragem e resistência. Diante das dificuldades e desafios busco pensar em como ele reagiria para encontrar forças. Vendo o amor que ele entrega desinteressadamente aos filhos e à esposa aprendi o significado da família. Na sua entrega diária e incansável ao trabalho, aprendi que os calos compensam. Minha mãe é meu exemplo de superação e fé. Sua confiança inabalável em dias melhores não deixa nunca os filhos esmorecerem perante as adversidades. Com ela aprendi a ser persistente e paciente. Aprendi o valor do estudo e do trabalho. Sua obstinada dedicação à família ao longo dos anos foi sempre generosa, e soube como ninguém franquear a mim liberdade para eu ser o que quisesse, onde quisesse. Meus primeiros agradecimentos sempre serão a vocês, e ao Mauricio, que juntos me ensinam acima de tudo o que é amar incondicionalmente.

Sem o apoio da Camila, nada seria como foi. Trouxe brilho aos meus olhos, trouxe amor, trouxe mais um motivo pra viver. De alguma forma, entre cada linha deste trabalho lá está ela. Entre um tópico e outro, entre um encontro e outro, entre um final de semana e outro. Entre idas e vindas, entre muitos voos e estradas. Entre tudo e mais um pouco ela é quem fez muito fazer sentido e o mundo ficar mais lindo. Acreditou em mim e aguentou com doçura minhas preocupações nesse período. Sabendo e não sabendo, influenciou de ponta a ponta este trabalho. E pra ficar sabendo, amo você.

Sem amigos a vida não vale viver. A todos os que nesses dois anos ajudaram de alguma forma na formação desse trabalho eu sou grato, principalmente aos amigos que a PUC me deu. Ana Maria, Camila, Flávia, João, Luiza, Maria Augusta, Mariana, Michelle, Moisés, Rafael, Raquel, Rullyan e Sylvia, foi mais leve com vocês. Outros amigos apoiaram e ajudaram de outras formas. Letícia, Tita, foi minha fornecedora número um de artigos. Luzardo, em sua sensatez, nunca recusou discutir vários dos temas aqui tratados. Paula, a quem não sou grato só por ter me colocado no caminho da Camila, mas também pelas

reflexões jurídicas e não jurídicas. Não esqueceria também do Daniel Castanha, *maestro* administrativista de mão cheia e apreciador de uma boa cerveja. Por fim, todos os membros do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano do PPGD da PUC-PR (NUPED), que nas discussões travadas desde 2016 marcaram presença nesta pesquisa.

Sem a equipe do Bacellar & Andrade não haveria dissertação. Lá aprendo muito, todo dia, e de tudo um pouco. Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho, como em outra ocasião já afirmei, é ser humano de incomparável bondade e dotado de grande conhecimento, que no cotidiano nunca nega compartilhá-lo a quem quer que seja. Sua importância para esse trabalho não se resume às citações das várias obras lidas, mas expande-se às lições diárias de Direito e de vida. Na pessoa dele agradeço profundamente a toda equipe do escritório.

Sem professores, aliás, o que seria de nós? Imersos no mar de informação, sem guias para orientar na infinitude que cada área do conhecimento abarca, pouco restaria além de confusão. Por isso, agradeço enormemente aos professores da PUC-PR. Tenho orgulho de hoje ser parte desta instituição de excelência na graduação e pós-graduação, cujos méritos estão alocados muito especialmente em seu corpo docente. Nesse ponto, cumpre-me agradecer, mais uma vez e sempre, ao meu orientador. O Prof. Daniel Wunder Hachem é o mentor deste trabalho. Eu diria que é o dono do tema, mas apenas se ele tivesse sido egoísta o bastante para não confiá-lo a mim. Egoísmo, porém, definitivamente não é de sua índole. Quando me sugeriu o tema objeto deste estudo, impensável para mim até então, entusiasmei-me com a ideia de aprofundar assunto até aquele momento pouco explorado. Repetiu assim a mesma conduta lá de 2012, quando me encorajou a escrever um artigo mesmo depois de receber uma fracassada minuta que lhe entreguei na primeira semana de aula. Obrigado, Prof. Daniel, por ser o mestre generoso que é. Obrigado por ser o tipo de pessoa que se sente feliz com a felicidade alheia e sempre está disposto a ajudar os alunos e os amigos. Sinta como se a cada linha que revisou nesta dissertação houvesse um "obrigado" dirigido a você. E ainda assim não seria o bastante.

Sem dúvida, a Divindade me abençoou na vida, porque tenho muito mais a agradecer do que pedir. Registro aqui a minha eterna gratidão a todos que de algum modo participaram desse longo processo de crescimento acadêmico, pessoal e profissional.

RESUMO

A multiplicidade de tratados de direitos humanos em vigor no Brasil e a importância de que se revestem atualmente no paradigma de Estado Constitucional e Convencional de Direito elevam o Direito Internacional dos Direitos Humanos a patamar prioritário de importância. Entre os ramos do Direito impactados pelos tratados dos direitos humanos está o Direito Administrativo, cujas normas, apesar de constituídas organicamente pela Constituição e legislação infraconstitucional, têm sustentação primária em tratados dos Sistemas Internacional e Regional Americano de Direitos Humanos. Embora o patamar hierárquico dos tratados de direitos humanos seja assunto de grande controvérsia, o trabalho sustenta sua hierarquia supraconstitucional no Brasil como pressuposto de análise dos temas que aborda. Entre eles, disserta-se sobre: (i) os princípios fundamentais do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com destaque ao princípio *pro persona*, que garante a aplicação e interpretação da norma mais favorável à pessoa humana; (ii) os critérios para a realização de interpretação convencionalmente adequada das normas jurídicas, especialmente as de Direito Administrativo; (iii) o grau e o modo de vinculação da Administração Pública e do Poder Judiciário à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; (iv) a teoria do controle de convencionalidade, de exercício cogente na sua modalidade difusa por todos os agentes estatais no exercício de suas funções, inclusive da função administrativa. Adiante, o trabalho pontua os chamados efeitos negativos e positivos da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos, os quais demandam da Administração Pública abstenções para evitar violações a esses direitos e impõem condutas ativas de sua parte para efetivá-los. Os efeitos detalhados no trabalho são o resumo da postura que obrigatoriamente se espera do Poder Público diante da força normativa dos tratados de direitos humanos. Estabelecidos esses pressupostos, o trabalho analisa concretamente os impactos que os tratados provocam no regime jurídico-administrativo brasileiro. Deste modo, explora pontualmente os efeitos de convenções internacionais de direitos humanos: (i) nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; (ii) na organização administrativa; (iii) no exercício da atividade administrativa, sugerindo parâmetros de atuação compatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos; (iv) em institutos chave do Direito Administrativo, tais como servidores públicos, relações especiais de sujeição, ato administrativo, licitações, contratos administrativos, serviços públicos e processo administrativo. Em paralelo, o trabalho faz considerações sobre a "teoria do melhor direito", cuja tese determina a aplicação da norma mais favorável à pessoa em matéria de direitos humanos quando há normas distintas regendo a mesma situação em Estados diversos da federação, e até mesmo em diferentes nações pertencentes a uma mesma comunidade internacional. Ao final de cada análise, a pesquisa aponta diversos impactos de peso dos tratados de direitos humanos no Direito Administrativo, concluindo por inconveniências em dispositivos legais e constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, bem como por contrariedade de decisões dos tribunais brasileiros consolidadas jurisprudencialmente, mas contrárias a convenções de direitos humanos e à jurisprudência internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos; tratados internacionais de direitos humanos; Direito Administrativo; regime jurídico-administrativo; controle de convencionalidade.

ABSTRACT

The multiplicity of human rights treaties incorporated in Brazil and the importance they currently have in the paradigm of the Constitutional and Conventional State elevate the International Human Rights Law to a priority level of importance. The Administrative Law is among the legal branches impacted by human rights treaties, and the administrative regime, although constituted organically by the Constitution and infraconstitutional legislation, have primary support in treaties of the Inter-American and International Human Rights Systems. Although the hierarchical level of the human rights treaties in Brazil is a subject of great controversy, this work supports its supraconstitutional hierarchy as a premise of analysis of the themes that it addresses. These include: (i) the fundamental principles of International Human Rights Law, with emphasis on the *pro persona* principle, which guarantees the application and interpretation of the norm that protects the most the human being; (ii) the criteria for carrying out conventionally adequate interpretation of legal norms, especially those of Administrative Law; (iii) the degree and manner of constraining the Public Administration and the Judiciary to the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights; (iv) the theory of conventionality control, which must necessarily be applied in its diffuse modality by all state agents in the exercise of their functions, including the administrative function. The work then points to the so-called negative and positive effects of the effective administrative protection of human rights, which require Public Administration abstentions to avoid violations of these rights and impose active measures on their part to make them effective. The effects pointed out in this work are the summary of the expected posture of the Public Administration due to the normative force of the human rights treaties. Having established these assumptions, the work analyzes concretely the impacts that the treaties have on the Brazilian administrative legal order. It explores the effects of international human rights conventions: (i) on the principles of supremacy and unavailability of public interest, legality, impersonality, morality, publicity and efficiency; (ii) on the administrative organization; (iii) on the exercise of administrative activity, suggesting parameters compatible with International Human Rights Law; (iv) on key institutes of Administrative Law, such as civil servants, special relations of subjection, administrative act, biddings, administrative contracts, public services and administrative process. At the same time, the work makes considerations about the "theory of the best right", which determines the obligation of applying the most human-protective norm when there are different norms ruling the same situation in different states of the federation, and even in different nations belonging to the same international community. At the end of the analysis, the research points out several important impacts of human rights treaties on Administrative Law, concluding for the non-correspondence of legal and constitutional provisions of the Brazilian legal system with international treaties, as well as the contrariness of Brazilian courts decisions already consolidated in the case law to international conventions and to the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

Key-words: International Human Rights Law; international human rights treaties; Administrative Law; Administrative legal order; control of conventionality.

SUMÁRIO

PARTE I – O BRASIL NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O REGIME JURÍDICO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS INCORPORADOS	7
Capítulo 1 – Força normativa e hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.....	8
1.1. Direito Internacional dos Direitos Humanos e força normativa dos tratados incorporados no Direito brasileiro	8
1.2. Hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos no Direito brasileiro: interpretação do art. 4º, II, art. 5º, §§1º a 3º, art. 102, III, "b" e art. 105, III, "a" da Constituição	25
Capítulo 2 – Relativização do critério hierárquico de ordenação das normas e vinculação da Administração Pública e Poder Judiciário à jurisprudência da Corte IDH	46
2.1. Princípio da primazia da norma mais favorável, teoria do duplo controle e interpretação dos tratados de direitos humanos.....	46
2.2. Vinculação relativa erga omnes e aplicação da jurisprudência internacional pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário.....	62
Capítulo 3 – Controle de convencionalidade e efeitos jurídicos do direito à tutela administrativa efetiva em matéria de direitos humanos.....	83
3.1. Teoria do controle de convencionalidade: aplicação de ofício dos tratados de direitos humanos pelo Judiciário e Administração Pública no exercício de suas funções típicas.	83
3.2. Efeitos positivos e negativos da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos e principais características do controle de convencionalidade exercido pela Administração Pública	98
PARTE II – DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITO ADMINISTRATIVO – IMPACTOS DOS TRATADOS NO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO.....	114
Capítulo 4 – Regime jurídico-administrativo, organização e atividades administrativas à luz dos tratados internacionais de direitos humanos	115
4.1. Os impactos dos tratados internacionais de direitos humanos no regime jurídico-administrativo, na organização administrativa e na autonomia dos entes federativos do Estado brasileiro	115
4.2. Os impactos dos tratados internacionais de direitos humanos na atividade administrativa: redução da discricionariedade, controle da decisão administrativa e parâmetros de atuação para o Poder Público	134
Capítulo 5 – Institutos clássicos do Direito Administrativo revisitados pelos tratados internacionais de direitos humanos	162
5.1. Licitações, contratos administrativos e serviços públicos à luz dos tratados internacionais de direitos humanos.....	162
5.2. Regime jurídico dos servidores públicos à luz dos tratados internacionais de direitos humanos e inconveniência da teoria das relações especiais de sujeição	185

Capítulo 6 – Impactos dos tratados internacionais de direitos humanos no processo administrativo brasileiro.....	204
6.1. Aplicação das normas de tratados de direitos humanos ao processo administrativo brasileiro: interpretação evolutiva das convenções internacionais e rechaço à doutrina da remediação.....	204
6.2. Principais impactos no Direito Administrativo brasileiro decorrentes do direito ao devido processo administrativo presente nos tratados de direitos humanos	217
CONCLUSÃO.....	262
REFERÊNCIAS	294

INTRODUÇÃO

A redemocratização do país no final dos anos 80 e durante toda a década de 90 do século XX foi acompanhada, no Brasil, pela ratificação de uma série de tratados internacionais de direitos humanos. Havia o claro intuito de demonstrar ao mundo que o Brasil se comprometia definitivamente com as normas que a comunidade internacional há décadas já aceitava como básicas para a tutela da dignidade da pessoa. Várias convenções internacionais de direitos humanos entraram então em vigor no ordenamento jurídico, seguindo o procedimento constitucional exigido para que fossem incorporadas ao sistema nacional. Assim é que pelo menos desde ao menos o ano de 1992 o Brasil conta com importantes tratados de direitos humanos em plena vigência, a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). O Brasil, além de estar sujeito ao sistema de relatórios da Organização das Nações Unidas, também se encontra desde a edição do Decreto Executivo n. 4.463/2002 inequivocamente sujeito à competência jurisdicional e consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos relativos ao Pacto de São José da Costa Rica.

Os compromissos assumidos pela agenda internacional brasileira vão ao encontro do que prenuncia a Constituição da República em seu preâmbulo e em diversos outros dispositivos, os quais determinam em última análise a prevalência dos direitos humanos como princípio base das relações internacionais e de resolução pacífica de conflitos tal como no art. 4º, incisos II e VII. A Constituição, não obstante as posições dissonantes quanto ao sentido da norma, prevê desde sua edição no art. 5º, §2º um regime jurídico diferenciado para direitos humanos previstos em tratados internacionais, dando mostras do comprometimento com a causa humanista hegemônica desde o final da Segunda Guerra Mundial.

Apesar disso, parece que o ideal humanista e a força normativa de normas em vigor no Direito brasileiro não foram plenamente reconhecidos na prática administrativa e judiciária nacional. Os grandes avanços doutrinários em matéria de Direito Internacional dos Direitos Humanos das últimas décadas costumam a chegar no cotidiano das funções estatais. Os Poderes de Estado no exercício de suas funções típicas ou atípicas raramente invocam ou aplicam normas de tratados internacionais de direitos humanos. Não raro, simplesmente as desconhecem. Uma prova cabal do afirmado é a pesquisa empírica realizada em 2008 no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cujo objeto era a investigação do grau de efetivação dos principais tratados de direitos humanos vigentes no Brasil e o nível de

conhecimento dos magistrados sobre os tratados. Durante a pesquisa, 40% dos 105 juízes e 38,5% dos 39 desembargadores entrevistados declararam que nunca sequer estudaram direitos humanos. Por sua vez, 59% dos juízes e 43% dos desembargadores entrevistados afirmaram conhecer apenas superficialmente o mecanismo de funcionamento dos Sistemas Internacional e Regional de Proteção de Direitos Humanos, enquanto 20% dos juízes e 28% dos desembargadores afirmam simplesmente não conhecê-los.¹ Quando se trata sobre o conteúdo de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, principal tribunal internacional da região, "50% dos juízes e 54% dos desembargadores entrevistados não confiam que o conhecimento acerca das decisões das Cortes internacionais poderia auxiliá-los nas suas próprias sentenças (...)".² A pesquisa empírica poderia ser repetida na atualidade, bem como expandida para outros tribunais ou órgãos administrativos, e provavelmente não se chegaria a resultados muito diversos. Infelizmente, embora reconheça expressamente a vigência de uma multiplicidade de tratados de direitos humanos, o Estado brasileiro é deficitário em matéria de Direito Internacional de Direitos Humanos. O amplo contingente de servidores públicos e a máquina estatal simplesmente ignoram a normativa internacional. Pior que isso, aplicam a Constituição, leis e atos infralegais dissociados da hermenêutica e lógica convencionais, essenciais à construção de uma nação respeitosa para com seus cidadãos e para com os direitos básicos que sustentam a dignidade do ser humano e o ambiente do qual este faz parte.

Essa constatação justifica e impulsiona o presente trabalho, cujo objetivo é a investigação dos impactos (efetivos e esperados) provocados pelos tratados de direitos humanos no Direito Administrativo brasileiro. Com efeito, os tratados internacionais influenciam e modificam o ordenamento jurídico por inteiro. Afinal, o Direito é um todo orgânico.³ No entanto, mesmo assim faz sentido em dividi-lo em ramos quando algumas áreas tratam de assuntos que seguem um regime jurídico comum ou semelhante. Se o Direito Administrativo é de fato o ramo jurídico que cuida das relações entre Estado e cidadãos e do modo de funcionamento da estrutura e atividades estatais no exercício da função administrativa, não há melhor ponto de análise para iniciar a identificação dos impactos produzidos pelo regime convencional de Direito Internacional dos Direitos Humanos no ordenamento brasileiro. A adequada interação entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Administrativo é o ponto de partida para a imersão definitiva do Estado

¹ CUNHA, José Ricardo *et al.* Direitos humanos globais e Poder Judiciário: uma análise empírica sobre o conhecimento e a aplicação das normas dos sistemas ONU e OEA no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **NEJ - Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 13, n. 2, p. 133-176, jul./dez. 2008. p. 143/147.

² CUNHA, José Ricardo *et al.* *Idem*, p. 149.

³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Fórum: Belo Horizonte, 2007. p. 249.

brasileiro no paradigma convencional valorizador da pessoa humana. As práticas autoritárias do Estado encontram barreira intransponível no Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujas normas atravessam cada ponto do regime jurídico administrativo.

Com esse pressuposto em mente, o primeiro passo para a análise acerca da efetiva recepção, vigência e eficácia de um tratado de direitos humanos é o estabelecimento de alguns pressupostos doutrinários formais, representados em algumas perguntas como: o sistema constitucional do país adota o monismo ou dualismo? Qual a relevância nos dias de hoje dessa classificação dual? Qual a hierarquia dos tratados internacionais no conjunto das normas vigentes? As normas das convenções obrigam diretamente as autoridades públicas? Todas as autoridades públicas? É possível pleitear o cumprimento das convenções perante tribunais? Quais tribunais? O Judiciário pode aplicar diretamente normas de tratados internacionais de direitos humanos para a resolução dos casos?⁴ A depender das respostas dadas a essas perguntas, já é possível classificar o nível de receptividade estatal das normas internacionais de direitos humanos, bem como o grau de comprometimento real dos agentes públicos com a efetivação de direitos ligados à dignidade da pessoa humana.

Posto isso, na primeira parte o trabalho busca, mediante análise das diversas posições dissonantes, estabelecer respostas para as perguntas acima. No capítulo 1, após a identificação do sentido do princípio da legalidade administrativa no século XXI, busca-se fundamentar a força normativa dos tratados de direitos humanos no Direito brasileiro, a aplicabilidade direta e imediata de suas normas, e sua hierarquia supraconstitucional *a priori*. A conclusão a que se chega após a revisão da bibliografia sobre o tema é que o Brasil, ao menos no plano teórico, assumiu um novo paradigma de Estado de Direito, chamado neste estudo de paradigma do Estado Constitucional e Convencional de Direito. A posição assumida neste trabalho a respeito da hierarquia supraconstitucional é reconhecidamente minoritária no Brasil, o que não desabona os argumentos de ordem finalística e dogmática que justificam privilegiar os tratados no ápice do sistema. A hierarquia é dita supraconstitucional *a priori*, pois encontra relativização em função do princípio *pro persona* (determinante da prevalência da norma mais favorável em caso de conflito), trabalhado com detalhes no capítulo seguinte.

No capítulo 2, além de detalhar o funcionamento do princípio *pro persona*, busca-se demonstrar os principais aspectos da teoria do duplo controle (de constitucionalidade e de

⁴ KELLER, Hellen; SWEET, Alec Stone. Assessing the impact of the ECHR on National Legal Systems. **Faculty Scholarship Series**. Paper 88. Yale Law School, p. 677-712, 2008. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/88/>. p. 682.

convencionalidade), identificar os principais critérios hermenêuticos de conciliação de normas internas com normas internacionais de direitos humanos, demonstrar o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e traçar caminhos para oferecer resposta à pergunta que atormenta a muitos: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é vinculante para o Estado brasileiro? O foco do trabalho está na vinculação do Estado a tais decisões quando do exercício de suas funções administrativa e judicial.

A resposta a essa pergunta possibilita no capítulo 3 desvendar os principais aspectos da teoria do controle de convencionalidade, desenvolvida jurisprudencialmente com vigor pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir de 2006 como técnica apta a dar efetividade ao principal tratado regional vigente no Brasil, o Pacto de São José da Costa Rica. Os efeitos da declaração de inconvencionalidade, que, conforme se sustenta neste trabalho, pode ser realizada por qualquer agente público, seja juiz ou não, são detalhados no mesmo capítulo em conjunto com os efeitos do que se convencionou denominar "tutela administrativa efetiva"⁵ dos direitos humanos. A importância de classificar os efeitos da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos está em demonstrar, de modo organizado, as principais consequências do envolvimento do país no paradigma convencional.

Estabelecidos os pressupostos básicos sobre o regime jurídico dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro segundo a estrutura detalhada nos capítulos de 1 a 3, empreende-se na segunda parte do trabalho o principal desafio desta dissertação: localizar, sem esgotá-los, os principais impactos dos tratados de direitos humanos no Direito Administrativo. A partir das conclusões alcançadas nos capítulos precedentes, no capítulo 4 busca-se relacionar as interferências dos tratados internacionais de direitos humanos no regime jurídico administrativo, na organização e nas atividades administrativas do Estado brasileiro. O Direito Administrativo identifica-se como ramo independente do Direito em função do seu regime jurídico peculiar de supremacia e sujeições, motivo pelo qual não poderia o trabalho deixar de analisar, ainda que de forma sucinta, alguns dos principais impactos do Direito Internacional dos Direitos Humanos na estrutura básica dos princípios e regras que regem aquele ramo. Mais do que isso, estabelece-se a origem internacional do regime jurídico administrativo. Conquanto a Constituição defina os rumos do Direito Administrativo nacional, seu sustentáculo, demonstra-se nesse trabalho, está em tratados internacionais de direitos humanos compartilhados entre Nações. Existe um núcleo comum do

⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014.

regime jurídico administrativo compartilhado pelos Estados que aderiram às mesmas convenções internacionais, especialmente ao Pacto de São José da Costa Rica no Sistema Regional Interamericano.

O destaque feito no capítulo 4 é para a teoria do melhor direito, em prol da defesa da aplicação da norma mais favorável entre diferentes Estados de uma mesma federação e entre Estados Nações diversos. A teoria, em nome da proteção máxima do ser humano e com fundamento no princípio *pro persona*, põe em xeque alguns aspectos da forma federativa de Estado e por isso não deixa de ser polêmica.

De modo a compatibilizar a atuação do Poder Público com o Direito Administrativo convencional, ainda no capítulo 4 são identificados nove parâmetros de atuação para a Administração Pública brasileira oriundos do Pacto de São José da Costa Rica, cujo objetivo é orientar a função administrativa no cotidiano e evitar litígios e a responsabilização internacional do Estado por descumprimento de tratado internacional firmado de acordo com o princípio costumeiro do *pacta sunt servanda*. Os parâmetros derivam das normas do Pacto de São José da Costa Rica e demonstram desde logo, sem exauri-los, relevantes impactos dos tratados em assuntos normalmente alocados no Direito Administrativo e sensíveis no cotidiano da Administração Pública.

Ainda sem pretensão de esgotar todos os impactos e alterações que os tratados de direitos humanos provocam na interpretação e aplicação do Direito Administrativo, no capítulo 5 discorre-se sobre algumas das influências e modificações que institutos chave estudados pelos administrativistas sofrem no Estado de Direito Constitucional e Convencional. De acordo com um recorte que optou pelos principais institutos presentes em cursos e manuais da disciplina, identifica-se impactos importantes que o Direito Internacional de Direitos Humanos provocam nas licitações públicas, nos contratos administrativos, nos serviços públicos e no regime jurídico dos servidores públicos. O mesmo capítulo cuida de assunto nunca ultrapassado, qual seja, o das relações especiais de sujeição, demonstrando por qual razão elas não mais se sustentam na vigência de tratados de direitos humanos como aqueles vigentes no Brasil.

No capítulo 6 enfrenta-se, a título de encerramento, os impactos dos tratados de direitos humanos no processo administrativo, meio de exercício da função administrativa. Após elucidar a teoria da interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos e rejeitar a doutrina da remediação judicial de nulidades administrativas, busca-se demonstrar no capítulo final as interferências dos tratados no processo administrativo brasileiro, apontando inclusive algumas inconveniências da prática administrativa a partir de leis e entendimentos

jurisprudenciais que, embora consolidados nos tribunais, são contrários a convenções internacionais de direitos humanos.

A importância do processo administrativo como meio precípua de movimentação da Administração Pública e consecução de seus objetivos é a razão pela qual dedicou-se um capítulo inteiro para definir os direitos e deveres integrantes do que se denomina, aqui, regime do devido processo administrativo. Com base exclusivamente em tratados de direitos humanos, identificam-se dezesseis normas do regime do devido processo administrativo com procedência sobre quaisquer outras, todas elas detalhadas no capítulo.

O desenvolvimento das ideias acima sumarizadas foi resultado de revisão bibliográfica de literatura nacional e estrangeira sobre Direito Internacional Público, Direito Constitucional, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Administrativo. Todos os trechos citados da bibliografia estrangeira foram traduzidos para o português livremente pelo autor, de modo a facilitar o entendimento das ideias emprestadas dos autores e simplificar o acesso ao conteúdo das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizadas no trabalho e que até o momento não passaram por tradução oficial na Corte.

O trabalho que segue é fruto da crença inarredável do potencial emancipador do Direito e do humanismo tal como formatado na segunda metade do século XX, hoje acrescido do ambientalismo do qual o ser humano depende para prosseguir com a vida terrena. Livre de pretensões exaustivas ou de ser inovador a ponto de sepultar os entendimentos majoritários (e também alguns dos minoritários) vigentes na doutrina e jurisprudência brasileiras, o trabalho visa a iniciar um debate até então incipiente no cotidiano da Administração, do Judiciário e nos cursos de Direito Administrativo no Brasil: a transversalidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua essencialidade no século XXI para o funcionamento lícito, respeitoso, legítimo e eficiente do Estado em prol do povo.

PARTE I – O BRASIL NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O REGIME JURÍDICO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS INCORPORADOS

A primeira parte do trabalho explora os pressupostos básicos do regime jurídico dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro. O objetivo é identificar o modo de incorporação dos tratados no sistema jurídico, justificar sua força normativa e discutir alguns aspectos essenciais da vinculação à jurisprudência internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Estado brasileiro. Ademais disso, busca analisar os principais contornos da teoria do controle de convencionalidade, ainda em desenvolvimento no Brasil e no próprio Sistema Interamericano do Direitos Humanos, para fundamentar sua utilidade no exercício da função administrativa e para o regime jurídico-administrativo em geral.

O detalhamento desses pontos empreendido nesta primeira parte é fundamental para o conhecimento da lógica e das normas que integram o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ramo que impacta o Direito Administrativo e contém no princípio *pro persona* um de seus principais elementos de direção e interpretação.

Capítulo 1 – Força normativa e hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

A juridicidade rompeu com o dogma do princípio da legalidade regente da atividade administrativa. O Direito Administrativo como disciplina jurídica não está mais sujeito exclusivamente ao legalismo formal. Isso significa que o Direito Administrativo se abriu a outras espécies normativas, entre elas os tratados de direitos humanos, objeto deste estudo. O capítulo que se segue busca: (1.1) fundamentar a força normativa dos tratados de direitos humanos no Direito brasileiro, e, por conseguinte, no Direito Administrativo nacional; e (1.2) demonstrar as diferentes correntes sobre a hierarquia que ditos tratados possuem na ordem jurídica a partir da interpretação das normas constitucionais sobre a matéria. Como se observará, defende-se a hierarquia supraconstitucional *a priori* de todos os tratados de direitos humanos incorporados, com fundamento no próprio sistema constitucional brasileiro. A hierarquia proposta é *a priori* porque em matéria de direitos humanos a hierarquia das normas tem sua importância relativizada pelo princípio da norma mais favorável à pessoa humana, explorado no Capítulo 2.

1.1. Direito Internacional dos Direitos Humanos e força normativa dos tratados incorporados no Direito brasileiro

O dado central deste trabalho e pressuposto de toda sua sequência é o de que o Direito Administrativo brasileiro não se rege mais exclusivamente pelo princípio da estrita legalidade. A noção de que a Administração Pública age exclusivamente através da mediação da lei em sentido estrito não mais vigora no paradigma jurídico universalista,⁶ cujo centro de irradiação são os direitos humanos. Desta forma, o pressuposto deste estudo é o reconhecimento de que o Brasil adota um modelo de Estado Constitucional e Convencional de Direito.⁷

⁶ Para uma abordagem histórica da atual fase que pode ser chamada de "constitucionalismo transnacional" (sinônimo de transconstitucionalismo), no qual rompe-se o padrão centralizado de poder e soberania e o Estado se sujeita à normativa internacional e não só às suas próprias leis, cf. TEIXEIRA, Anderson Vichikesnki. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez. 2016.

⁷ O ordenamento jurídico convencional é aquele "derivado do consenso internacional em matéria de direitos humanos, o qual pelo simples pertencimento de um Estado à comunidade de nações, busca acima de tudo cimentar a paz, a justiça social e a consolidação de estandartes de normalidade que garantam às pessoas de todos os Estados partes, instituições fortes, plenamente respeitadas dos direitos humanos, (subjetivos e coletivo), mediante ordens constitucionais e legais que afirmem a ideia material de um Estado social e democrático de direito". (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su

O Século XXI tem como marca a quebra do paradigma do Direito estadualista. Vive-se hoje o paradigma pós-estadualista ou pluralista, em que a produção normativa estatal exclusiva dá lugar à múltiplas fontes fabricantes de regras.⁸ Neste paradigma a soberania está inquestionavelmente relativizada. O discurso da soberania atualmente é "frágil".⁹ Entre as diversas razões para tanto, aponta-se aqui a globalização e as próprias Constituições que reconhecem o papel de destaque dos tratados e tribunais internacionais na superação da lógica estadocêntrica.¹⁰ A estadualidade enfrenta crise. Sem que a importância do Estado seja reduzida a zero, ocorre um processo de ressignificação da soberania, distribuição consensual de competências a órgãos internacionais, supranacionais ou transnacionais e expansão da relevância de Cortes judiciais internacionais. A distinção absoluta entre ordens jurídicas interna e externa enfrenta "diluição", e cada vez mais os Poderes estatais se vêem obrigados a normas procedimentais e materiais de origem internacional.¹¹

Entre as consequências do reconhecimento de um Direito que já não é mais exclusivamente produto do Parlamento¹² está o fato de que a "globalização (sobretudo dos negócios, mas não apenas essa) apontaria forçosamente para uma ordem jurídica supranacional, tendencialmente global".¹³ Nessa ordem, o respeito à normativa internacional é

construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Madrid, 2016. 638 f. Tese pós-doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia. p. 345).

⁸ "Mas, a partir dos finais do sec. XVIII, a opinião mais corrente, embora não única, era a de que essa legitimidade dos Estados para impor normas aos cidadãos resultava de este ser o produto da vontade dos mesmos cidadãos, expressa pelos órgãos que oficialmente os representavam (em primeiro lugar, pelos parlamentos, em quem residia, por isso, o poder de fazer as leis que compunham o direito do Estado). (...) Hoje, tudo se tornou menos nítido e mais complexo. Ao Estado contrapõe-se uma sociedade que parece produzir normas diretamente, sem necessitar da mediação oficial; à unidade do Estado contrapõe-se a dispersão de centros de poder normativo; às Nações, distintas e isoladas, contrapõe-se a 'sociedade global' de todas as nações, ultrapassando fronteiras dos Estados e pouco atenta ao recorte oficial das fronteiras; à unidade de cada um dos vários direitos, contrapõem-se direitos com diversos centros autónomos produtores de normas, desprovidos de coerência, sobrepostos, combinando normas de validade apenas local com outras que valem a um nível translocal, global. O Estado tende a deixar de ser considerado quer como a origem única do direito quer como a fonte da sua legitimação última". (HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 18)

⁹ SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 16, n. 66, p. 267-282, out./dez. 2016. p. 280.

¹⁰ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 33-66, maio/ago. 2015. p. 37-38.

¹¹ TORELLY, Marcelo. **Governança transversal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 78-91.

¹² "Conhecer o direito, na atualidade, significa conhecer todas as suas fontes, que são (a) regramento abaixo das leis (resoluções, decretos, portarias etc.); (b) leis e códigos; (c) Constituição e jurisprudência interna; (d) tratados internacionais, especialmente os que versam sobre direitos humanos, e jurisprudência internacional; (e) direito universal". O *jus cogens* internacional está inserto no item "e" do Direito universal. (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 156).

¹³ HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico... Op. Cit.**, p. 25.

o preço de participar da sociedade de Nações num mundo de isolamento impossível ou, no mínimo, insustentável.¹⁴

A estrutura normativa desse modelo de Estado de Direito Internacionalista¹⁵ ou Convencional contempla, além da Constituição e leis inferiores, também os tratados internacionais. Eles são parte essencial da regulamentação da ordem jurídica mundial, para a qual soluções locais não são suficientes para o enfrentamento de problemas globais.¹⁶ Por isso não é de nada estranho que a lei interna conviva com as convenções produzidas no âmbito internacional, tal como instituições de natureza internacional convivem com as estruturas de organização estatal internas.¹⁷

Entre as espécies de tratados internacionais¹⁸ está aquela que protege direitos humanos. A tendência mundial é a formação de um constitucionalismo que transita de "documentos legislados nacionalmente para pactos construídos negocialmente em escala internacional sob o formato de tratados, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos".¹⁹ A importância desses tratados aloca-se na relevância da proteção do ser humano, finalidade precípua do Direito.²⁰ A finalidade de existência do Estado é propiciar o bem

¹⁴ GORDILLO, Agustín Alberto *et al.* **Derechos humanos**. 6. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007. p. II-14.

¹⁵ O Estado de Direito Internacionalista é uma fase classificatória do Estado de Direito proposta por Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli. Ela se caracteriza pela ampla proteção conferida aos direitos humanos e nasceu junto com o Estado de Direito Constitucional, mais precisamente com a Carta da ONU de 1945, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e os Pactos Internacionais dos Direitos Políticos e Civis e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Após a fase internacionalista os autores defendem a emergência do paradigma universalista do Estado de Direito, ainda em construção, na qual prevalecem as normas *supraconstitucionais*, das quais é exemplo o Tratado de Roma instituidor do Tribunal Penal Internacional, em 1998. A classificação dos autores ajuda compreender as transformações da ordem jurídica internacional ao longo dos séculos. No entanto é evolucionista, passível por isso de críticas. Para detalhes cf. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional... Op. Cit.**

¹⁶ "Não podemos enfrentar os problemas da globalização do Planeta (espetaculares aumentos dos preços dos alimentos, energia nuclear, aquecimento climático, fluxos incontrolados de imigrantes, crise financeira mundial etc.) somente com os instrumentos, o direito as Justiças nacionais ou regionais. (...) Na questão do tráfico de drogas, por exemplo, pouco vale a atuação de um só país (ainda que sua iniciativa seja adequada). Problemas mundiais requerem um controle, um Direito e uma Justiça globais, a exemplo também dos inúmeros problemas ambientais pelos quais tem passado o nosso Planeta". (*Idem*, p. 149-150).

¹⁷ GANHO, Luciano Giambarresi; BRANDT, Rafael Weiss. Organização política regional na América-Latina: necessidade específica ou escolha caprichosa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-135, jul./dez. 2014. p. 126.

¹⁸ Os tratados podem ser divididos em tratados internacionais *comuns* e tratados internacionais de *direitos humanos*. Na categoria dos tratados comuns estão os tratados mercantis, territoriais e de cooperação, por exemplo. Esses últimos, segundo o Supremo Tribunal Federal, têm valor legal, excepcionados os de Direito Tributário, com valor supralegal por disposição do Código Tributário Nacional. (MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. **Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?** **Revista de Direito**, v. 12, n. 15, p. 7-20, 2009. p. 8-9).

¹⁹ VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos – reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 175-184, jul./dez. 2012. p. 183.

²⁰ "O agir estatal e o agir do cidadão em face do Estado e dos seus semelhantes, não pode perder de vista - mormente na tratativa de um tema dessa importância - a base antropológica comum que deflui da Constituição:

comum entre os seres humanos e garantir-lhes a vida digna, objetivo que põe em xeque o estadocentrismo.²¹

Ganha destaque, por isso, o ramo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual são relevantes os tratados e decisões de Cortes internacionais de direitos humanos.²² Na realidade, a superação da exclusividade da legalidade estrita como parâmetro único de aferição da validade dos comportamentos estatais tem lugar após a Segunda Guerra Mundial, momento em que ficou claro "que a proteção dos direitos humanos *não* pode ser tida como parte do *domínio reservado* de um Estado, pois as falhas na proteção local tinham possibilitado o terror nazista".²³

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inaugura a concepção contemporânea de direitos humanos. A segunda metade do século XX consolidou a passagem do Direito Internacional Público Clássico para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Há nessa passagem a substituição do paradigma da soberania estatal absoluta pelo paradigma humanista no Direito Internacional. A quebra da soberania absoluta foi reconhecida tanto no plano interno quanto no plano externo. Não estava mais autorizado ao Estado regular como bem entendesse a relação que tinha com seus cidadãos, nem mesmo dispor da força militar para atingir seus objetivos na arena internacional.²⁴

Radica nesse período o nascedouro do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ramo responsável pelo estudo e sistematização desses direitos caracterizados por serem "uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais".²⁵

A autonomia do Direito Internacional dos Direitos Humanos se sedimentou a partir de então com os Pactos dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, e posteriormente com as Conferências Mundiais de Direitos

o princípio da dignidade do ser humano, principal justificativa para a existência de qualquer norma". (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 15).

²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 126.

²² GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional... Op. Cit.**, p. 84.

²³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 90.

²⁴ SILVA, Caíque Tomaz Leite da. Do realismo à constitucionalização do direito internacional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 9, n. 1, p.135-162, jan./abr. 2014.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 47.

Humanos de Teerã (1968) e Viena (1993).²⁶ A disciplina se destaca pela importância que concede à vítima de violações a direitos humanos. Mas, diferentemente do que o senso comum midiático faz parecer, os direitos humanos não estão voltados à proteção unilateral dos acusados em processos penais, embora estes sejam também categorizados como vítima quando algum de seus direitos convencionais forem violados.²⁷ Os direitos humanos são aqueles essenciais à dignidade da pessoa humana²⁸, do quais ninguém pode abrir mão enquanto detentores da qualidade que os torna humanos. Todos se beneficiam dos direitos humanos, sem os quais a existência digna estaria ameaçada por falta de limites à atuação estatal e por inexistência de deveres positivos dirigidos à igualdade material e ao desenvolvimento.

Antônio Augusto Cançado Trindade posiciona a fonte material do Direito Internacional dos Direitos Humanos na consciência jurídica universal, defensora da primazia protetiva do ser humano frente ao ente estatal abstrato. A disciplina conta com normas internacionais oriundas do sistema global e dos sistemas regionais de proteção, as quais inclusive preveem mecanismos de controle.²⁹ A nota distintiva desse ramo do Direito Internacional é o destaque que reconhece à posição do ser humano em suas relações em face do Estado. O Direito Internacional dos Direitos Humanos preocupa-se com os direitos da pessoa humana, o que o difere do Direito Internacional Público centrado na regulação das relações estatais.³⁰

Os tratados internacionais de direitos humanos devem ser estudados, lidos, interpretados e aplicados segundo a lógica exposta do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujos pilares são a centralidade da pessoa humana e a cooperação entre os povos em torno da paz.³¹ A Constituição brasileira de 1988 assim reconhece quando em seu art. 4º, II determina que a República Federativa do Brasil seja regida em suas relações internacionais pela "prevalência dos direitos humanos".³² O dispositivo é inovador na história brasileira. Ao

²⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 37.

²⁷ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional...** *Op. Cit.*, p. 92-93.

²⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 50.

²⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito...** *Op. Cit.*, p. 39.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 81.

³¹ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRRN, 2015. p. 54.

³² (Constituição Federal) Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos.

positivá-lo, o Constituinte originário "está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal".³³

Diversas Constituições latino-americanas reconheceram a partir do final dos anos 80 a força normativa dos tratados de direitos humanos, o que era parte de uma corrente elogiável de expansão de direitos fundamentais e fortalecimento de instituições de garantia. Entre elas, as Constituições do Chile, Peru, Venezuela, Equador, Bolívia e Colômbia.³⁴ E no Brasil, de que modo a mesma Constituição que garante a primazia dos direitos humanos nas relações internacionais regulamenta a recepção dos tratados internacionais dessa espécie? A sistemática de internalização dos tratados no Direito brasileiro é resumida em quatro fases: (i) assinatura; (ii) aprovação congressual; (iii) ratificação; (iv) incorporação.

A primeira fase é subsequente às negociações internacionais. Ao término das tratativas, cabe ao Chefe do Poder Executivo brasileiro assinar o tratado, competência atribuída pelo art. 84, VIII da Constituição Federal.³⁵ A norma constitucional já indica, mas é importante ressaltar que a nomenclatura dada ao acordo internacional nesses casos não guarda precisão. Como lembra André de Carvalho Ramos, a Convenção de Viena de 1969 prevê no art. 2.1, "a" a equivalência dos diversos termos utilizados para se referir a acordos internacionais. Daí a utilização indistinta de tratado ou convenção internacional de direitos humanos.³⁶

Celebrado o acordo ou definida a adesão a algum tratado já negociado, inicia-se a fase de aprovação legislativa do tratado. Por disposição constitucional do art. 49, I,³⁷ compete ao Congresso Nacional aprovar ou não o tratado internacional. Não obstante a divergência de interpretação,³⁸ ao Congresso compete apenas aprovar ou não o tratado, vedada a sua

³³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 107.

³⁴ HERNÁNDEZ, Jesús M. Casal. El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina. **Rechtsgeschichte**, Munique, v. 16, p. 212-241, 2010. p. 219-220.

³⁵ (Constituição Federal) Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

³⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 379.

³⁷ (Constituição Federal) Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

³⁸ Há quem entenda pela possibilidade de o Poder Legislativo emendar ou apor reservas em tratados internacionais, tese apoiada principalmente na seguinte leitura do art. 49, I e art. 84, VIII da Constituição: "(...) ao conferir ao chefe do Executivo a competência privativa para 'celebrar tratados' – ou seja, *negociar com Estados estrangeiros* –, em lugar nenhum a Constituição proíbe o Congresso de sugerir alterações que, de qualquer modo, ficam à discrição do Presidente aceitar ou não, encaminhando-as, em caso positivo, à apreciação do representante diplomático dos demais países signatários". Além disso, "a presença dessa expressão – *definitivamente* –, em todas as Constituições brasileiras desde 1891, serve para demonstrar que, embora não lhe caiba ratificar o tratado, o Congresso detém um poder qualquer para além de simplesmente aceitar ou rejeitar, por referenda, o conjunto das normas do projeto de tratado". (LYNCH, Christian Edward Cyril. *Tratado, Governo e Congresso: a referenda de tratados e a possibilidade de sua alteração legislativa no direito público brasileiro*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, p. 195-206, jan./mar. 2009. p. 198-199).

emenda.³⁹ A participação do Poder Legislativo é essencial à completude do processo de incorporação do tratado, e sua ausência dá lugar ao fenômeno da ratificação imperfeita, suficiente ao reconhecimento da invalidade do tratado na ordem internacional e nacional em relação à nação que não completou o processo adequadamente. Após a tramitação em cada Casa do Congresso, nos termos previstos em seus regimentos, é publicado decreto legislativo pelo Presidente do Senado Federal declarando a desaprovação ou aprovação do texto do tratado.⁴⁰ Um mesmo decreto legislativo pode aprovar mais de um tratado internacional.⁴¹

Ultrapassada a fase da aprovação pelo Congresso, segue-se à ratificação presidencial. Por razões de oportunidade e conveniência, em atenção exclusiva ao interesse nacional, cumpre ao Chefe do Poder Executivo ratificar o tratado internacional, competência que se aplica também aos tratados de direitos humanos. Nem a Constituição nem os regimentos internos das Casas do Congresso definem prazos para cada uma das fases de internalização dos tratados. Para a ratificação, igualmente, não há imposição de lapsos temporais ao Presidente da República. É, por isso, um ato essencialmente político. Enquanto o Legislativo limita-se a autorizar o Executivo a ratificar o tratado, no interesse nacional o Chefe do Poder Executivo, após autorizado, ratifica ou não o tratado, tomando o tempo que julgar conveniente.⁴²

Flávia Piovesan interpreta a norma do art. 5º, §1º da Constituição⁴³ de forma a conferir vigência ao tratado internacional de direitos humanos a partir da sua ratificação pelo Presidente. A norma faria com que no Brasil vigorasse, em relação aos tratados de direitos humanos, a recepção automática dos tratados de direitos humanos, o que geraria direitos subjetivos aos cidadãos a partir da ratificação.⁴⁴ A tese é defendida também por Valerio Mazzuoli a partir da leitura conjunta do art. 5º, §2º da Constituição⁴⁵ e do art. 2º, §1º, "g" da

³⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Poder Legislativo e os tratados internacionais: o *treaty making power* na Constituição brasileira de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38 n. 150, p. 27-53, abr./jun. 2001. p. 47.

⁴⁰ A Constituição brasileira não prevê competência do Poder Legislativo para elaborar leis sobre tratados firmados pelo Executivo, o que exclui interpretação de que para vigorar o tratado, seja de qual tipo for, necessite ser repetido em lei formal. No Brasil, o Legislativo decide sobre a incorporação do tratado por Decreto Legislativo (sem necessidade de sanção presidencial e sem a possibilidade de veto) e o Chefe do Executivo o ratifica a seu critério. Apenas a decisão pela não aprovação do tratado é que vincula o Presidente da República a não concluí-lo. (FRAGA, Mirtô. A obrigatoriedade do tratado na ordem interna. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41 n. 162, p. 311-328, abr./jun. 2004. p. 313-314).

⁴¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Poder Legislativo... *Op. Cit.*, p. 47.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ (Constituição Federal) Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito**... *Op. Cit.*, p. 156.

⁴⁵ (Constituição Federal) Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil *seja parte*. (Grifos ausentes no original)

Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados.⁴⁶ O dispositivo constitucional afirma que são direitos fundamentais aqueles previstos nos tratados de que o Brasil "seja parte". A Convenção, por sua vez, especifica que uma Nação faz parte de um tratado quando o *ratifica*. Assim, em relação aos tratados de direitos humanos, o início da vigência na ordem jurídica brasileira se daria com a ratificação.⁴⁷

A corrente pressupõe a existência de um sistema misto de incorporação. Nele, os tratados de direitos humanos são incorporados de forma automática (art. 5º, §1º da Constituição), desde sua ratificação, e os demais tratados, em razão da ausência de norma constitucional expressa, exigem para sua vigência a publicação de um ato normativo interno (decreto executivo do Presidente da República).⁴⁸ No entanto, apesar da grande aceitação da classificação dos tratados em *comuns* e de *direitos humanos*, a opinião doutrinária dos dois autores citados sobre o início da vigência desses últimos é minoritária.

É que segundo a posição prevalecente, a vigência do tratado no ordenamento interno só se inicia após a promulgação pelo Chefe do Poder Executivo Federal, tradição brasileira iniciada em 1826 quando da publicação do Tratado de Paz e Amizade (Tratado do Rio de Janeiro, reconhecendo a Independência) entre Brasil e Portugal, assinado em 29 de agosto de 1825 pelo Imperador D. Pedro I.⁴⁹ Além da promulgação propriamente dita, para a corrente majoritária, a vigência depende da quarta fase de internalização dos tratados, sejam eles comuns ou de direitos humanos. Essa última fase é a de "*incorporação* do tratado já celebrado pelo Brasil, denominada fase do Decreto Presidencial (ou Decreto de Promulgação)".⁵⁰ Sendo assim, a promulgação do Presidente finaliza o processo de incorporação e o tratado passa a ter efeitos jurídicos válidos a partir da publicação em Diário Oficial, em atenção ao princípio da publicidade.⁵¹

Deste modo, é o Decreto Presidencial que "*inova* a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado no plano interno".⁵² Essa é a posição acolhida pelo Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8.279-4-Argentina, no qual o Plenário da Corte definiu a necessidade de promulgação pelo Presidente da República seguida de *publicação* do decreto executivo em diário oficial para dar início à

⁴⁶ (Convenção de Viena) Art. 2º Expressões empregadas. 1. Para os fins da presente Convenção: g) "parte" significa um Estado que consentiu em se obrigar pelo tratado e em relação ao qual este esteja em vigor.

⁴⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 927.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 161-162.

⁴⁹ FRAGA, Mirtô. A obrigatoriedade do tratado... *Op. Cit.*, p. 315.

⁵⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 380.

⁵¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Poder Legislativo... *Op. Cit.*, p. 47.

⁵² RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 384.

vigência dos tratados no plano interno.⁵³ A publicação em diário torna o tratado conhecido, diferentemente da mera ratificação, cujo momento em acontece não é de fácil conhecimento. É dizer, a publicação torna o tratado conhecido em todo o território nacional, enquanto a ratificação pode passar despercebida. Portanto, e esta é a posição adotada neste trabalho, é desde a publicação do texto do tratado em diário oficial na forma de decreto executivo que os tratados internacionais de qualquer espécie, inclusive os de direitos humanos, têm força normativa vinculante em face de todos os Poderes de Estado e dos particulares. "Uma vez publicado, com o decreto, o tratado deve ser observado pelos particulares e aplicado pelos Tribunais".⁵⁴ Os efeitos internos do tratado dependerão, em todo caso e independentemente da publicação do decreto presidencial, do início da vigência do pacto no plano internacional.⁵⁵

Uma vez em vigor no plano internacional, a partir da publicação do texto do tratado em diário oficial, momento em que se garante ampla publicidade à norma de origem internacional, é que se pode falar em vigência e em incidência do art. 5º, §1º da Constituição, garantia da autoaplicabilidade. Há quem sustente a existência de parâmetros para a autoaplicabilidade, condicionado sua incidência imediata apenas quando: (a) dele "deriva diretamente um direito ou uma pretensão a favor do indivíduo que comparece a um juiz solicitando sua aplicação, do que resulta extremamente importante a forma de redação da norma em questão"; ou (b) "a regra seja suficientemente específica para ser aplicada judicialmente, sem que sua execução esteja subordinada a um ato legislativo ou administrativo subsequente".⁵⁶

Esta, no entanto, não é a diretriz condizente com o regime jurídico dos direitos fundamentais⁵⁷ definido na Constituição brasileira. A autoaplicabilidade do tratado está, sim,

⁵³ "A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno". (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8.279-4-Argentina. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 17/06/1998. Publicado em 10/08/2000).

⁵⁴ FRAGA, Mirtô. A obrigatoriedade do tratado... *Op. Cit.*, p. 317.

⁵⁵ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 155.

⁵⁶ HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**, San José, v. 39, p. 71-99, 2004. p. 83-84.

⁵⁷ A diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos para grande parte da doutrina está na positivação. Ambos seriam uma mesma classe de direitos, cuja diferença estaria no "espaço institucional de positivação". Os direitos humanos são próprios do plano internacional. Os direitos fundamentais, do plano constitucional interno. (TORELLY, Marcelo. **Governança transversal...** *Op. Cit.*, p. 96). Essa posição, aqui adotada, enfrenta críticas de quem sustenta ser a distinção um falso problema. Nesse sentido, disserta Alexandre Coutinho Pagliarini: "Má doutrina brasileira prega sobre 'diferença' entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais o seguinte: (i) os

delineada no art. 5º, §1º da Constituição, e significa a desnecessidade de intermediação legislativa para o fim de garantir o exercício dos direitos humanos consagrados nos pactos internacionais, o que exige condutas omissivas e comissivas por parte da Administração Pública, do Legislativo e do Judiciário. Os tratados de direitos humanos, antes celebrados de modo a impor obrigações aos Estados perante os cidadãos ou estrangeiros, reconhecem por força da norma constitucional direitos diretamente *exigíveis pelo indivíduo*.⁵⁸ O reconhecimento progressivo da personalidade jurídica da pessoa pelo Direito Internacional logo permitiu à doutrina defender a aplicabilidade imediata dos tratados e a invocação dos direitos neles consagrados pelos indivíduos.⁵⁹

A aplicabilidade direta das normas dos tratados, apesar de um desafio constante, é o mecanismo privilegiado de efetivação dos direitos humanos previstos nas convenções internacionais.⁶⁰ Os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no ordenamento jurídico brasileiro são *self-executing* na linguagem internacionalista. A expressão significa que qualquer tipo de norma de direitos humanos "consagra um direito individual, passível de pronta aplicação ou execução pelos tribunais ou juízes nacionais", pois "não há, como a rigor nunca houve, qualquer impossibilidade lógica ou jurídica de que indivíduos, seres humanos, sejam beneficiários diretos de instrumentos internacionais".⁶¹ Entre esses direitos imediatamente aplicáveis estão inclusive aqueles classificados como direitos econômicos, sociais e culturais⁶², notadamente pela característica da indivisibilidade.⁶³

Direitos Humanos são provenientes da tradição do Direitos das Gentes; (ii) os Direitos Fundamentais são de matriz constitucional. Pois erram e mentem tais doutrinadores, e eles sabem disso. Erram e mentem pelo seguinte: a Constituição brasileira - e várias outras - têm em seus textos esta expressão; logo, ela não pode ser uma expressão de uso exclusivo do DIP justamente por ser da tradição constitucional o uso da expressão Direitos Humanos - a começar pela *Déclaration* francesa de 1789. Dizem os mesmos 'doutrinadores' que a expressão Direitos Fundamentais é de tradição nacionalista, comum das (e nas) Constituições; erram eles novamente, e a prova maior disso é que o mais importante documento normativo de Direitos Humanos que é usado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (de Estrasburgo) se chama justamente Carta Europeia de *Direitos Fundamentais*, aprovada em Nice numa Convenção ocorrida em 2002". (PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 45).

⁵⁸ "Os instrumentos do sistema interamericano são de aplicação direta (...). O denominado 'efeito direto' das regras convencionais, do sistema universal e do interamericano, é a característica que se lhes dotou". (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 212).

⁵⁹ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 392-393.

⁶⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização...** *Op. Cit.*, p. 125.

⁶¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito...** *Op. Cit.*, p. 539.

⁶² A multifuncionalidade dos direitos fundamentais afasta, quanto à negativa da aplicabilidade imediata, argumentos econômicos ou sobre a indeterminabilidade do conteúdo dos direitos sociais. A mesma lógica vale para os direitos humanos previstos em tratados, sejam eles direitos "civis e políticos" ou "direitos econômicos, culturais e sociais". Para a construção completa e exaustiva das razões pelas quais o regime dos direitos de liberdade e direitos sociais é o mesmo, cf. HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 129-143.

A Constituição de 1988 impulsionou a ratificação de diversos tratados de direitos humanos por meio da regra que dá primazia aos direitos humanos nas relações internacionais, e na forma da sistemática acima explicada, esses tratados são aplicáveis imediatamente independentemente de mediação legal.⁶⁴ Em outras palavras, o tratado não deixa de ser norma internacional quando incorporado. A promulgação pelo Presidente da República apenas declara o fim do processo de inserção do tratado, que passa a garantir direitos subjetivos a partir da publicação do ato executivo no diário oficial com o tratado anexo.⁶⁵ Quer dizer, a publicação do decreto executivo é prática nacional que faz iniciar a vigência do tratado, porém o decreto não é efetivamente "positivador da norma pactícia internacional". Como a Constituição em diversos dispositivos invoca a existência na ordem jurídica interna de *tratados* (e não de decretos com texto idêntico), o que vige e serve de parâmetro de controle é o tratado em si, e portanto é *ele* a norma aplicável.⁶⁶

Por essas razões de ordem técnica, os tratados de direitos humanos vigoram com força normativa no ordenamento jurídico brasileiro ao lado de qualquer outra norma produzida pelo Poder Legislativo. Uma vez em vigor, o "*tratado é norma jurídica e será encampado como tal no âmbito do direito interno do Estado pactuante. Produz efeitos, como norma jurídica, com a mesma força que também produzem as normas jurídicas domésticas (...)*".⁶⁷

Mas além dessas razões, outra de forte índole internacional confirma a vocação expansiva das normas vigentes no Direito brasileiro. No ano de 2009 foi promulgada e publicada em diário oficial a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, uma das mais importantes normas sobre o tema e que regula os principais aspectos de vigência, interpretação e aplicação de tratados internacionais no mundo todo.⁶⁸ A Convenção foi internalizada no Direito brasileiro pelo Decreto Executivo n. 7.030 de 14/12/2009 e agora há no ordenamento interno o reconhecimento expresso de princípios universais do costume internacional, tais como o livre-consentimento, a boa-fé e o *pacta sunt servanda*.⁶⁹

⁶³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito...** *Op. Cit.*, p. 478.

⁶⁴ LASCALA, Maria Carolina Florentino. A relativização da soberania em prol dos direitos humanos. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 6, n. 2, p. 87-102, ago./set. 2011. p. 94.

⁶⁵ FRAGA, Mirtô. A obrigatoriedade do tratado... *Op. Cit.*, p. 317.

⁶⁶ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e Direito Internacional**: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 155.

⁶⁷ *Idem*, p. 129.

⁶⁸ HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, Geraldo E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 154.

⁶⁹ *Idem*, p. 215.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é fonte direta de Direito Internacional.⁷⁰ Com mais força ainda, desde que o Brasil internalizou a Convenção de Viena em 2009, passou a reconhecer o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual se obriga a cumprir de boa-fé os tratados incorporados, vedada a utilização de razões de Direito interno para escusar-se da aplicação dos tratados aos quais aderiu (art. 27).⁷¹ É assente historicamente na doutrina internacional que o que torna obrigatório um tratado é o princípio do *pacta sunt servanda* consagrado ao longo dos séculos.⁷² Assim como nos contratos,⁷³ o Estado que se obriga a um acordo deve cumpri-lo para fazer valer o Direito.⁷⁴

Embora antes da recepção da Convenção de Viena em 2009 o Brasil já se vinculasse ao princípio, atualmente é totalmente seguro dizer que o país, a partir da publicação do Decreto Executivo n. 7.030 de 14/12/2009, detém regramento específico no sistema positivo que "orienta como se deve dar a relação entre direito interno e direito internacional pelas próximas gerações".⁷⁵ O Brasil finalmente se adequou à tendência mundial de valorização do Direito Internacional,⁷⁶ e a integração da Convenção de Viena em 2009 assegurou o caminho à internacionalização do sistema jurídico e reconhecimento de uma ordem jurídica una.⁷⁷ O país aceitou expressamente a norma de que não pode invocar razões de Direito interno para descumprir uma obrigação internacional.

Mas não só os tratados ostentam força normativa vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Em matéria de direitos humanos, em alguns casos, declarações

⁷⁰ RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁷¹ (Convenção de Viena) Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

⁷² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 291.

⁷³ "(...) os princípios *lex inter partem* e *pacta sunt servanda* fazem certo que o contrato é a lei entre as partes e que estas, devidamente ajustadas, devem observar o que foi pactuado". (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões...** *Op. Cit.*, p. 177).

⁷⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 221.

⁷⁵ HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, Geraldo E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual...** *Op. Cit.*, p. 236.

⁷⁶ "Efetivamente, a *tendência*, até dos governos que ratificaram a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, é a de começarem abrir as suas soberanas portas para o entendimento de que o DIP é superior e deve ser aplicado, implementando-se, assim, maior centralidade ao DIP, e fugindo-se, destarte, do primitivismo aqui denunciado cientificamente. Tal *tendência* é o que se depreende do preâmbulo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, *quando*: 1) reconhece a importância cada vez maior dos tratados como fonte do direito internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as Nações, quaisquer que sejam os seus regimes constitucionais e sociais; 2) constata que os princípios do livre consentimento e da boa-fé e a regra *pacta sunt servanda* são universais; 3) proclama o respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; 4) afirma que as regras do Direito Internacional Consuetudinário continuarão a reger as questões não reguladas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados". (PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Teoria geral e crítica...** *Op. Cit.*, p. 38).

⁷⁷ "Doravante, há de se incorporar à prática judicial e administrativa o que já foi recebido pelo direito positivo, no sentido de que o direito é mais vasto do que o conjunto de normas que se edita, em casa, nos âmbitos federal, estadual e municipal". (HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, Geraldo E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual...** *Op. Cit.*, p. 236).

internacionais também são de aplicação obrigatória pelo Estado. A distinção classicamente aceita entre os métodos de codificação está entre a declaração internacional e as convenções ou tratados internacionais. Enquanto a declaração não teria força obrigatória, a convenção teria força jurídica vinculante depois de aceita pelos Estados.⁷⁸

No entanto, conquanto haja vozes isoladas na doutrina adeptas da distinção metodológica clássica,⁷⁹ para grande parte dos estudiosos de Direito Internacional dos Direitos Humanos, "as Declarações internacionais não são 'meros' pedaços de papel e são plenamente aplicáveis tanto no contexto do Direito das Gentes quanto no dos Estados nacionais".⁸⁰ Algumas declarações, pela sua importância histórica e ética, seriam detentoras de força normativa, sendo o exemplo mais emblemático a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Além de interpretação autêntica da expressão "direitos humanos" da Carta da ONU (um tratado), a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 guardaria força vinculante por conta da sua natureza de *jus cogens*. A Declaração é reservatório ético universal que obriga porque resguarda normas de importância inquestionável para a vida humana.⁸¹

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) já decidiu que a Declaração Americana de 1948 é norma cogente. O art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (em vigor no Brasil desde 1992) ao citar a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem como parâmetro interpretativo da Convenção concede força normativa à Declaração aos países que incorporaram o tratado. Pablo Gutiérrez Colantuono lembra, nesse sentido, a Opinião Consultiva n. 10/1989 como manifestação da Corte IDH sobre a Declaração Americana⁸² como *norma internacional*.⁸³ Deste modo, existe certo consenso de que alguns documentos nem mesmo precisam passar pelas fases de incorporação descritas anteriormente para que seja reconhecida sua plena aplicabilidade no Direito brasileiro.

⁷⁸ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual...** *Op. Cit.*, p. 290.

⁷⁹ Alexandre de Moraes, por exemplo, chega afirmar (equivocadamente, é verdade) que a doutrina é *unânime* em desqualificar a força obrigatória das declarações de direitos humanos. Cf. MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 18.

⁸⁰ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica... *Op. Cit.*, p. 45-46. (Dita classificação repete a proposta do autor exposta em PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e Direito Internacional...** *Op. Cit.*, p. 137 e ss.).

⁸¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 938.

⁸² Diga-se o mesmo sobre outras Declarações das quais participou o Estado, uma vez que o art. 29 proíbe interpretar a Convenção Americana de modo a limitar direitos previstos nesses outros instrumentos a princípio sem força normativa. (GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009. p. 22).

⁸³ *Idem*, p. 21.

Do mesmo modo, há normas que sequer necessitariam estar positivadas para o fim de vincular as condutas estatais e humanas. Tal como consagrado na Convenção de Viena nos artigos 53 e 64, o *jus cogens* é norma situada no topo da hierarquia jurídica internacional. Divergências em torno de seu conteúdo não repelem seu amplo reconhecimento. São normas de *jus cogens*⁸⁴ aquelas normas básicas e essenciais ao convívio internacional, limitadoras da soberania estatal.⁸⁵ É certo que *podem* ser inseridas em documentos solenemente declarados (a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, por exemplo), ou ainda incorporar-se em tratados (especialmente os Pactos da ONU de 1966).⁸⁶

As normas de *jus cogens* independem de positivação. São aquelas ligadas aos direitos humanos, imperativas de Direito Internacional, caracterizadas principalmente pela inderrogabilidade. São hierarquicamente superiores e não podem, em razão de sua natureza, ser afastadas nem mesmo por tratado. Embora existam divergências sobre seu conteúdo,⁸⁷ há certo consenso de que gozam dessa natureza as seguintes normas: os princípios da Carta das Nações Unidas; a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; os Pactos de 1966; a proibição do uso da força; normas sobre cooperação internacional, proibição da escravidão, pirataria, genocídio, tortura e discriminação racial; normas sobre liberdade religiosa; normas de Direito Humanitário (por exemplo, aquelas sobre militares feridos); normas sobre proteção do Estado e dos povos (por exemplo a autodeterminação); e o próprio *pacta sunt servanda*. Para aqueles que defendem a existência de *jus cogens* regional, também seria um exemplo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.⁸⁸

Feita essa ressalva a respeito das declarações e das normas de *jus cogens*, cumpre desde logo listar aquelas normas que se encontram inquestionavelmente em vigência no ordenamento brasileiro, de modo a investigar nos próximos capítulos quais impactos elas provocam no Direito Administrativo brasileiro. Antes, no entanto, é preciso identificar a razão de fundo que leva um tratado a ser enquadrado na categoria privilegiada de direitos humanos. Para André de Carvalho Ramos, são direitos humanos os direitos essenciais à dignidade da pessoa humana.⁸⁹ Ingo Wolfgang Sarlet adiciona ao critério um segundo dado, exigindo, para classificar um tratado como de direitos humanos, que o pacto proteja "bens jurídicos

⁸⁴ Sobre o *jus cogens* no Direito Internacional Público, cf. FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas do Direito Internacional Público: Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

⁸⁵ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual...** *Op. Cit.*, p. 277-278.

⁸⁶ *Idem*, p. 284.

⁸⁷ Sobre as dúvidas em torno do conceito, cf. NASSER, Salem Hikmat. *Jus cogens*: ainda esse desconhecido. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.1, n. 2, p. 161-178, jun./dez. 2005.

⁸⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 173-175.

⁸⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 50.

indispensáveis à natureza humana ou à convivência social".⁹⁰ Se assim não fosse, a vagueza do termo "direitos humanos" permitiria reconhecer hierarquia privilegiada a toda disposição do tratado, inclusive "o que foi lançado em documentos por descuido ou artifícios políticos".⁹¹

A par dos critérios que podem ser adotados, qualificar um tratado como de direitos humanos é principalmente uma decisão política dos Poderes constituídos da República. Quem define *a priori* a natureza de um tratado de direitos humanos como tal é o Chefe do Poder Executivo, quem assim definirá na mensagem enviada ao Congresso solicitando a aprovação do tratado. Se por algum motivo Executivo e Legislativo divergirem sobre a natureza do tratado, caberá ao Poder Judiciário por meio do Supremo Tribunal Federal declarar se o objeto do tratado visa à proteção da pessoa humana e pode de fato ser classificado como de *direitos humanos*.⁹² No entanto, a rigor, independentemente da classificação que os Poderes atribuem a um tratado, a prerrogativa de definir um tratado como de direitos humanos é "da própria sociedade internacional quando das negociações e da redação de um tratado internacional".⁹³

Assim, a natureza do tratado é definida prioritariamente pela comunidade internacional de nações. É no processo internacional de negociações e formulação do tratado que se define *com primazia* se o tratado é ou não de direitos humanos. Isso não impede, no entanto, nos casos em que o próprio tratado não for claro a respeito de sua natureza, que durante o processo de incorporação interna seja feita essa definição. Assim o fazem o Poder Executivo ou Legislativo num ato de vontade política.⁹⁴ Em caso de discordância a respeito da natureza, caberá ao Judiciário definir qual a espécie do tratado mediante fundamentação embasada na lógica do Direito Internacional dos Direitos Humanos e apoiado nos critérios da essencialidade à natureza humana ou à convivência social.

Visto o que permite enquadrar um tratado internacional na espécie de direitos humanos, cabe identificar quais deles se encontram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Inserido na tendência mundial de internacionalização, harmonização e uniformização do Direito, o Brasil internalizou uma série de tratados internacionais,

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 325-344, jul./dez. 2011. p. 328.

⁹¹ MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos. Tratados internacionais sobre direitos humanos e poder constituinte. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 261.

⁹² MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 176.

⁹³ *Idem*, p. 177.

⁹⁴ Desse modo parece apontar Ingo Wolfgang Sarlet, ao defender a iniciativa tanto do Presidente da República como do Congresso para dar início ao procedimento mais rigoroso de incorporação de tratados previsto no art. 5º, §3º da Constituição. Nesse sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações... *Op. Cit.*, p. 335.

respeitando o processo constitucional de inserção de normas no ordenamento jurídico nacional.⁹⁵ Thiago Oliveira Moreira, em estudo sobre a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro, lista os mais importantes tratados celebrados após a promulgação da Constituição de 1988, entre os quais vários são relevantes para a compreensão dos impactos no Direito Administrativo brasileiro. São eles: (i) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Decreto n. 98.386/89); (ii) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984 (Decreto n. 40/91); (iii) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (Decreto n. 592/92); (iv) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (Decreto n. 591/92); (v) Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 - denominada também Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/92); (vi) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte de 1990 (Decreto n. 2.754/98); (vii) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - denominado também de Protocolo de São Salvador (Decreto n. 3.321/99); Estatuto de Roma (Decreto n. 4.388/02); (viii) Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Decreto n. 4.463/02); (ix) Protocolo Facultativo à Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Decreto n. 6.085/07).⁹⁶ Além desses, é um instrumento importante de defesa dos direitos humanos na região latinoamericana o (x) Protocolo de Assunção no âmbito do Mercosul,⁹⁷ um compromisso pela promoção e proteção dos direitos humanos nos países do bloco (Decreto n. 7.225/2010).⁹⁸

Há outros tratados de proteção especial em vigor destinados ao reconhecimento de direitos humanos de crianças, mulheres, índios e pessoas com deficiência. Nesses casos, destacam-se: (xi) a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (Decreto n. 99.710/90); (xii) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994 (Decreto n. 1.973/96); (xiii) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto n. 4.377/02) e seu Protocolo Facultativo (Decreto n.

⁹⁵ "Essa é uma "tendência não apenas brasileira, mas internacional, ainda que mais ocidental que mundial". (VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do Direito... *Op. Cit.*, p. 179).

⁹⁶ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 136-138.

⁹⁷ Para uma defesa intransigente do Mercosul e da hierarquia supraconstitucional das normas comunitárias como forma de união dos países latinoamericanos, cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A integração regional: perspectivas e aspirações. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 3, n. 11, jan./mar. 2003.

⁹⁸ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune...* *Op. Cit.*, p. 44.

4.316/02); (xiv) Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (Decreto n. 5.051/04); (xv) a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (Decreto n. 3.956/01); e (xvi) a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Decreto n. 6.949/09).⁹⁹

É importante também mencionar os mais importantes tratados incorporados *antes* da Constituição de 1988 e por ela recepcionados. Entre eles, e de maior importância para o presente estudo, estão: (xvii) a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948 (Decreto n. 30.544/52); (xviii) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 (Decreto n. 65.810/69); (xix) a Convenção n. 118 da OIT sobre igualdade de tratamento entre nacionais e não nacionais em matéria de previdência social de 1962 (Decreto n. 66.467/70); (xx) a Convenção n. 122 da OIT sobre política de emprego (Decreto n. 66.499/70); e (xxi) o Estatuto da Corte Interamericana de Direito Humanos de 1979.¹⁰⁰

Além desses tratados, é de fulcral importância mencionar os tratados de proteção do meio ambiente entre aqueles classificados como de *direitos humanos*.¹⁰¹ O direito ao meio ambiente sadio está entre os direitos fundamentais da pessoa humana.¹⁰² Os abusos cometidos pelo ser humano à natureza condicionam uma proteção maximizada como forma de preservar a própria vida, o que justifica a normatização internacional.¹⁰³ A vida saudável de qualquer ser humano depende do meio ambiente sadio e equilibrado, do qual é parte integrante.¹⁰⁴ Este

⁹⁹ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 136-138.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 135-136.

¹⁰¹ O ordenamento jurídico convencional contempla o respeito pelos direitos humanos e pelo meio ambiente (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 345).

¹⁰² Sobre o meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana, cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2016. p. 445-471.

¹⁰³ HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, Geraldo E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual...** *Op. Cit.*, p. 489.

¹⁰⁴ A bibliografia sobre as relações intrínsecas entre ser humano e natureza é farta. A título de exemplo, cf. CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2004; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago (Org.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária**. Belo Horizonte: Fórum, 2008; MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2003; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. De como a natureza foi expulsa da modernidade. **Revista Crítica do Direito**, n. 5, v. 66, ago./dez, 2015. p. 88-106; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La Pachamama y el humano**. Buenos Aires: Colihue, 2011; GUSSOLI, Felipe Klein. A natureza como sujeito de direito na constituição do Equador: considerações a partir do caso Vilacamba. **Anais da XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 5, 2014. p.

é o principal elo que faz com que os tratados de proteção ao meio ambiente sejam tratados de proteção de direitos humanos.¹⁰⁵ Sendo assim, o regime e hierarquia desses tratados obedece também à sistemática do art. 5º, §§ 1º a 3º da Constituição, explicada no tópico seguinte.¹⁰⁶

1.2. Hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos no Direito brasileiro: interpretação do art. 4º, II, art. 5º, §§1º a 3º, art. 102, III, "b" e art. 105, III, "a" da Constituição

A definição da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro centraliza as discussões doutrinárias e jurisprudenciais há tempos. Realmente, não passa despercebida a importância de definir em que patamar hierárquico se encontram as normas de direitos humanos previstas em tratados internacionais recepcionados pelo Direito brasileiro. Definir em que degrau da pirâmide normativa estão alocadas ditas normas importa para a aplicação do Direito objetivo e eleição da norma prevalente em situações concretas, inclusive naquelas em que há conflito insanável entre normas. É dizer, encontrar o *status* hierárquico das normas será de suma importância para que a Administração Pública, o Poder Legislativo e o Judiciário no exercício de suas competências apliquem corretamente o Direito e não contribuam para incoerências, ilegalidades ou inconstitucionalidades em prejuízo dos destinatários das normas legais.

Na Teoria do Direito, a Constituição é a principal norma com potencial para admitir fontes jurídicas diversas, atribuindo a elas os modos de interpretação e hierarquia.¹⁰⁷ A Constituição é o instrumento normativo acumulador dos consensos e estabilizador das

1-27. Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-Felipe-Gussoli-classificado-em-1%C2%BA-lugar-.pdf>>. Acesso em 05 dez. 2017.

¹⁰⁵ Mazzuoli lista alguns tratados de direitos humanos em vigor no Brasil (e outros apenas ratificados) cuja proteção ao meio ambiente é o foco: "Dentre todos os instrumentos internacionais em matéria de meio ambiente ratificados pelo Brasil, merecem destaque algumas convenções internacionais recentes, dentre as quais podem ser citadas: a) a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, adotada pelas Nações Unidas, em Nova York, em 09.05.1992, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 1, de 03.02.1994, e promulgada pelo Decreto n. 2.652, de 01.07.1998; b) o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, adotado em Quioto, Japão, em 14.12.1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, tendo sido aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 144, de 20.06.2002, e ratificado em 23.08.2002 e; c) a Convenção sobre Diversidade Biológica, adotada na cidade do Rio de Janeiro, em 05.06.1992, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 2, de 03.02.1994, e promulgada pelo Decreto n.º 2.519, de 16.03.1998, tendo entrado em vigor internacional em 29 de dezembro de 1993". (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. **Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais**, Cuiabá, a. 1, n. 1, p. 169-196, jan./jun. 2007. p. 175).

¹⁰⁶ *Idem*, p. 176.

¹⁰⁷ HESPANHA, Antonio Manuel. **O caleidoscópio do Direito: o Direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 537.

tensões sociais,¹⁰⁸ e seria de todo precipitado dispensar sua importância ou relativizar seu poder de gerar segurança social e servir de parâmetro orientador de validade e recepção das normas jurídicas.¹⁰⁹

No Brasil, a Constituição não define categoricamente a hierarquia dos tratados internacionais. Há, contudo, dispositivos constitucionais que permitem inferir por meio de interpretação sistemática qual é o patamar hierárquico dos instrumentos internacionais. São eles: o art. 4º, I; art.5º, §§1º, 2º e 3º; art. 102, III, "b"; art.105, III, "a".¹¹⁰ No entanto, a leitura dessas normas constitucionais abarca uma plêiade de interpretações que confere aos tratados internacionais tantas hierarquias no ordenamento jurídico brasileiro quanto autores dispostos a descrevê-las.

Ao levar dez anos desde a promulgação da Constituição para reconhecer sua submissão à jurisdição da Corte IDH, o Brasil demorou a considerar problemática a interpretação do art. 5º, §2º, norma de abertura constitucional aos tratados de direitos humanos. A temática, a rigor, só começou a ser discutida depois de um aprofundamento da influência de decisões internacionais, após a inserção de um grande número de tratados de direitos humanos na década de 90, e principalmente quando o Supremo Tribunal Federal foi provocado a decidir sobre a possibilidade da prisão civil por dívidas.¹¹¹

Se a Constituição é omissa ou dúbia no que tange à hierarquia dos tratados, tanto mais importante é o papel da jurisprudência nesse campo, a qual não pode ignorar a doutrina

¹⁰⁸ Para além disso, as Constituições são hoje "documentos normativos do Estado e da sociedade. (...) A Constituição não apenas regula o exercício do poder, transformando a *potestas* em *autorictas*, mas também impõe coordenadas específicas para o Estado, apontando o vetor da sua ação. A Constituição opera força normativa, vinculando, positiva e negativamente, os poderes públicos. Os cidadãos têm, agora, acesso direito à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do legislador". (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 38).

¹⁰⁹ HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico...** *Op. Cit.*, p. 250-252.

¹¹⁰ (Constituição Federal) Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos.

Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 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.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

¹¹¹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 6, n. 6, p. 121-131, 2005. p. 122.

de maior relevo na atualidade.¹¹² Na linha do sobredito, existem inúmeras interpretações possíveis a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, e apesar de algumas se encontrarem em descompasso com o atual nível protetivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, todas são dignas de nota e respeito.

A seguir serão explicadas as principais correntes sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, não havendo espaço para uma revisão de todas as nuances hermenêuticas do tema, as quais se aprofundaram a partir da edição da Emenda Constitucional n. 45/2004 (EC n. 45/04). A emenda, entre tantas inovações, inseriu o §3º ao art. 5º da Constituição com o suposto intuito de resolver a controvérsia instaurada a partir de 1988 relativa ao patamar hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil. Contudo, a norma não resolveu definitivamente a questão, deixando aspectos em aberto, conforme se demonstrará a seguir.

Fundamentalmente são quatro as correntes interpretativas do art. 5º, §§1º, 2º e 3º da Constituição sobre a posição ocupada pelos tratados de direitos humanos no Direito brasileiro. Segundo cada qual, os tratados terão hierarquia: **(a)** *legal*, equiparada à posição das leis ordinárias; **(b)** *supralegal*, isto é, acima das leis e abaixo da Constituição; **(c)** *constitucional*, no mesmo patamar que as normas da Lei Fundamental; **(d)** *supraconstitucional*, com prevalência sobre qualquer norma interna, inclusive aquelas radicadas na Constituição.

Cada corrente explicada assume variações importantes, principalmente no ponto em que aceitam (ou não) a aplicação do critério de resolução de antinomia da prevalência da norma mais favorável ao ser humano. O que importa para os fins deste estudo, porém, é a demonstração dos principais argumentos de cada corrente e suas deficiências, o que tem como finalidade a verificação do patamar hierárquico que os tratados de direitos humanos assumem em comparação com normas jurídicas de Direito Administrativo (de qualquer hierarquia) e de que modo eles as afetam.

Na ordem proposta, em primeiro lugar aparece a corrente defensora do patamar hierárquico **(a)** *legal* das normas definidoras de direitos humanos previstas em tratados internacionais. Essa posição, diga-se desde já, é absolutamente minoritária, embora tenha prevalecido no Supremo Tribunal Federal entre a década de 1970 até o ano de 2008, radicada no precedente do Recurso Extraordinário n. 80.004-SE.¹¹³

¹¹² MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso... Op Cit.*, p. 131.

¹¹³ O recurso não discutia a incidência de normas de direitos humanos, mas de tratado de Direito Comercial, mais especificamente a Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

O principal argumento dessa corrente, hoje ultrapassada, é a afirmação de que a soberania estatal estaria em perigo acaso a recepção de tratados com hierarquia privilegiada fosse aceita mediante procedimento menos rigoroso do que o da aprovação de emendas constitucionais. Para essa corrente, o significado do art. 5º, §2º da Constituição seria limitado, e os tratados só serviriam para *reforçar* os direitos fundamentais previstos no próprio art. 5º ou assimilar princípios que com eles não conflitassem. Todo tratado contrário a um direito previsto na Constituição seria, portanto, inconstitucional, conclusão que levaria inclusive à possibilidade da previsão prisão civil do depositário infiel a despeito das vedações no do art. 11 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e do art. 7.7 do Pacto de São José da Costa Rica, ambos em vigor no Brasil.¹¹⁴

Entre os autores dessa corrente, alegadamente em defesa da supremacia da Constituição, Manoel Gonçalves Ferreira Filho advoga pela hierarquia legal de *todos* os tratados internacionais. Conquanto se curve à atual posição do Supremo Tribunal Federal, mais abaixo explicada, o autor afirma que, no seu entendimento doutrinário, "as normas do Pacto de São José da Costa Rica, a que adere o Brasil, não prevaleceriam sobre o direito constitucional positivo brasileiro. Teriam apenas a força de legislação ordinária".¹¹⁵

Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende que o art. 5º, §2º da Constituição serve somente para explicitar o *caráter declarativo* dos direitos previstos em tratados (direitos esses que estariam de qualquer forma previstos explícita ou implicitamente já na Constituição). O regime, em todo caso, seria diverso para os direitos convencionais, que seguiriam os preceitos aplicáveis à legislação ordinária, sendo permitido em relação a eles, portanto, até mesmo a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por lei posterior. Apenas aqueles tratados aprovados pelo procedimento do art. 5º, §3º da Constituição (similar ao de aprovação de emendas constitucionais) é que possuiriam, segundo o mesmo autor, hierarquia constitucional e seguiriam, desta forma, o mesmo regime dos direitos fundamentais.¹¹⁶

Naquela oportunidade, o tratado foi equiparado à lei ordinária e o conflito entre as normas foi resolvido pelo critério temporal (*lex posteriori*). A jurisprudência foi repetida mais tarde em matéria que envolvia a prisão civil do depositário infiel e a Convenção Americana da Direitos Humanos, tanto no Habeas Corpus n. 72.131-RJ quanto em outros julgados. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004-SE. Tribunal Pleno. Relator Min. Xavier de Albuquerque. Julgamento em 01/06/1977. Publicado em 29/12/1977; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131-RJ. Tribunal Pleno. Relator para acórdão Min. Moreira Alves. Julgamento em 23/11/1995. Publicado em 28/11/1995.

¹¹⁴ RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 157-195.

¹¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 125.

¹¹⁶ *Idem*, p. 126.

Igualmente em nome da soberania estatal, Alexandre de Moraes acompanha a corrente minoritária defensora da hierarquia infraconstitucional dos tratados de direitos humanos. Também para ele, apenas os tratados incorporados na forma do art. 5º, §3º teriam hierarquia constitucional, resguardada a possibilidade de controle de sua constitucionalidade em virtude de serem equivalente a emendas.¹¹⁷

Essa corrente apoia-se ainda em outros dispositivos constitucionais regulamentadores dos recursos cabíveis no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para discussão sobre constitucionalidade de tratado (art. 102, III, "b") e negativa de vigência de tratado (art. 105, III, "a"). A Constituição, ao prever a possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal contra decisão que declarou a inconstitucionalidade de tratado, bem como a possibilidade de recurso dirigido ao Superior Tribunal de Justiça contra decisão que contrariou ou negou vigência de tratado (tal como permite nos casos de negativa de vigência ou contrariedade à lei federal), estaria – segundo esses autores – admitindo implicitamente a hierarquia legal de todos os tratados. A norma do art.102, III, "b" da Constituição reconheceria a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de tratados, o que, se acontecesse, deveria levar à denúncia do tratado segundo as regras de Direito Internacional.¹¹⁸ O mesmo no caso em que uma lei posterior contraria e revoga as normas de um tratado (ou paralisa seus efeitos). Nesses casos, até que se completasse o processo de denúncia, o Brasil estaria sujeito a responsabilização internacional por descumprimento do tratado. Caberia como solução, por exemplo, o Judiciário modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de modo a preservar o país de sofrer responsabilização internacional.

Essa corrente, no entanto, deixa de considerar que no tocante aos tratados internacionais de *direitos humanos* o entendimento deve ser outro. O argumento que se funda na interpretação do art. 102, III, "b" e do art. 105, III, "a" da Constituição, apesar de lógico, desconsidera o sentido da cláusula de abertura do art. 5º, §2º e a norma que estabelece a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, inserida no art. 4º, II da Constituição. A leitura sistemática da Constituição retira a força da tese da hierarquia legal, sustentada apenas por quem ignora os avanços do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o processo de relativização de soberania por que passam todos os ordenamentos jurídicos do mundo.

Atualmente poucos sustentam o patamar hierárquico legal dos tratados de direitos humanos. Esses tratados, até mesmo em função da jurisprudência sumulada do Supremo

¹¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 360.

¹¹⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 132.

Tribunal Federal, ostentam *no mínimo* uma posição mais vantajosa do que a lei produzida pelo Congresso brasileiro. Segundo a posição atual do Supremo Tribunal Federal, e aqui se inicia a explicação da hierarquia **(b)** *supralegal* dos tratados de direitos humanos, uma lei só será válida no ordenamento brasileiro quando passar pelo teste de dupla compatibilidade vertical com a Constituição e com as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos.¹¹⁹

Esse posicionamento consolidado na Súmula Vinculante n. 25, proibitiva da prisão civil por dívidas¹²⁰, originou-se no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP pelo Supremo Tribunal Federal, após longo percurso de afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil. No julgamento ocorrido em 03/12/2008 – mesma data em que foram julgados o Recurso Extraordinário n. 349.703/RS e os Habeas Corpus n. 92.566-SP e n. 87.585-TO – o Judiciário brasileiro reconheceu a impossibilidade de manutenção do entendimento retrógrado e fechado que pretendia a hierarquia legal dos tratados de direitos humanos incorporados.

A controvérsia resumia-se à interpretação do art. 5º, LXVII e dos §§ 1º, 2º e 3º da Constituição à luz do art. 7.7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A primeira é norma constitucional autorizadora da prisão civil do depositário infiel. O art. 5º e §§2º e 3º, como se viu, são normas de abertura do sistema à ordem jurídica internacional e de recepção de tratados de direitos humanos. Por fim, a norma do art. 7.7. do Pacto de São José da Costa Rica é garantia de que ninguém terá a liberdade restringida por dívidas, salvo uma exceção: "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".

Por maioria,¹²¹ superando a jurisprudência estabelecida na década de 1970, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento proposto pelo Min. Gilmar Mendes,

¹¹⁹ MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. *Tratados internacionais... Op. Cit.*, p. 19.

¹²⁰ Há quem repute inconstitucional e contrária aos tratados internacionais de direitos humanos a Súmula Vinculante nº 25, porque ao ampliar as hipóteses em que proíbe a prisão civil para as prisões decorrentes de infidelidade em depósitos *judiciais*, nos quais vigora uma relação de Direito Processual, a súmula teria ido além do que proíbe o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos no art. 11, o Pacto de São José da Costa Rica no art. 7º e a própria Constituição no art. 5º, LXVII. Ela teria extrapolado a normativa nacional e internacional quando estendeu a proibição a "todas as modalidades de depósito". Para os defensores dessa posição, embora seja proibida a prisão civil *por dívidas*, e conseqüentemente a prisão do depositário infiel partícipe de relações privadas, não estaria proibida a prisão civil do depositário infiel partícipe de relação jurídica processual pública (o depositário judicial). Essa posição estaria em consonância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva derivado do art. 5º, XXXV da Constituição. Para maiores detalhes sobre esse posicionamento, cf. OLIVEIRA, Douglas Henrique de; TACLA, Silvia Regina. Reflexões acerca da possibilidade da Prisão Civil do Depositário Judicial Infiel e tutela jurisdicional efetiva. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.8, n. 1, p.189-214, jan./abr. 2013.

¹²¹ Votaram pela tese da supralegalidade dos tratados os Ministros Gilmar Mendes, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Carlos Ayres Britto. A seu turno, votaram pela hierarquia constitucional dos tratados os Ministros: Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie. Os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio não entenderam necessário adentrar na explicação da hierarquia dos tratados para resolver o caso.

atribuindo hierarquia supralegal aos tratados de direitos humanos. Os votos são díspares, e alguns dos Ministros nem mesmo entenderam necessário invocar o art. 5º, §§1º a 3º da Constituição para resolver o impasse trazido à Corte. Entretanto, a relevância do julgado está nos argumentos acatados pela maioria dos julgadores e que serviram à construção do entendimento em vigência sobre a hierarquia dos tratados.

O posicionamento prevalente no Supremo Tribunal Federal baseia-se, entre outros fundamentos, na EC n. 45/2004. Diante do art. 5º, §3º adicionado pelo Poder Reformador por meio da referida emenda em 2004, modificou-se a jurisprudência da Suprema Corte a partir de 2008, ano em que o Tribunal passou a adotar expressamente a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos. Os tratados incorporados pelo procedimento do art. 5º, §3º, segundo o Supremo Tribunal Federal, têm *status* constitucional, enquanto os tratados de direitos humanos incorporados na forma tradicional ou antes da referida emenda têm hierarquia supralegal.¹²² Teoricamente, dúvidas sobre a hierarquia dos tratados teriam se dissipado e todos os tratados de direitos humanos anteriormente incorporados só poderiam ostentar *status* equivalente ao de emendas constitucionais caso passassem pelo rigoroso rito previsto no art. 5º, §3º da Constituição,¹²³ não obstante outras interpretações tenham sido propostas.¹²⁴

A mesma EC n. 45/2004 reconheceu a importância distintiva dos direitos humanos por meio de outras normas que se incorporaram à Constituição.¹²⁵ Portanto, tornara-se anacrônica desde a emenda a tese da hierarquia legal desses tratados, outro motivo pelo qual cabia ao Supremo Tribunal Federal mudar seu posicionamento, e ao menos adotar a tese da

¹²² RAMOS, André de Carvalho. *Curso... Op. Cit.*, p. 396-397.

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 227.

¹²⁴ Paulo Ricardo Schier propôs o reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos recepcionados antes da Emenda nº 45/2004. A teoria do *tempus regit actum* levaria ao entendimento de que os tratados anteriores à emenda automaticamente assumiriam o *status* de emenda constitucional, a exemplo das leis ordinárias anteriores à Constituição de 1988 recepcionadas como leis complementares, como o Código Tributário Nacional. A tese passava pelo pressuposto de que todos os tratados posteriores à emenda estariam sujeitos obrigatoriamente ao rito do §3º do art. 5º da Constituição. (SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do *tempus regit actum*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2006, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 161. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf>.)

¹²⁵ Por exemplo, a norma que reconhece a competência do Tribunal Penal Internacional, e a norma de deslocamento de competência ao Superior Tribunal de Justiça de casos de graves violações aos direitos humanos.

supralegalidade.¹²⁶ Apenas os tratados internacionais comuns teriam mantido a hierarquia legal.¹²⁷

A solução técnica adotada na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP foi, ao invés de declarar revogado o preceito constitucional autorizador da prisão civil do depositário infiel, declarar a "eficácia paralisante" das disposições infraconstitucionais regentes da matéria (art. 1.287 do Código Civil de 1916, art. 652 do Código Civil de 2002 e art. 1º do Decreto-lei n. 911/1969). Desde a consolidação daquele posicionamento, a Suprema Corte entende que o art. 5º, LXVII da Lei Fundamental não pode ser aplicado porque se encontra "sem base legal"¹²⁸ para permitir a sua aplicabilidade, diante da força normativa dos tratados de direitos humanos vigentes no Brasil que bloqueiam os efeitos das normas legais que regulamentam o dispositivo constitucional. Assim evitou-se colocar a Constituição abaixo do tratado.

A decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal merece ser criticada por ignorar a cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais, prevista no art. 5º, §2º da Constituição em sua redação originária.¹²⁹ Principalmente, a tese da supralegalidade dos tratados não incorporados pelo procedimento do art. 5º, §3º da Constituição peca por atribuir regimes jurídicos diferentes a normas internacionais de mesma categoria e com o mesmo objetivo de proteção da pessoa humana.¹³⁰ A tese da hierarquia supralegal também é problemática porque na realidade não existe efeito paralisante para o critério hierárquico de resolução de antinomias. Segundo esse critério, ou a regra é compatível ou incompatível com a de maior hierarquia, e nesse último caso deve ser declarada inválida. Dentro da compreensão exarada, salvo se a cláusula constitucional é aberta a ponto de requerer uma regulamentação detalhada, por coerência o tratado deveria ser constitucional ou inconstitucional, sem admitir uma terceira via.¹³¹ Não é essa a posição do Supremo Tribunal

¹²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados... *Op. Cit.*, p. 227-229.

¹²⁷ André de Ramos Carvalho indica que a interpretação do art. 27 da Convenção de Viena de 1969, incorporada em 2009, pode levar à alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados comuns, pois não é permitido ao Estado invocar razões de Direito interno para afastar um tratado (RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 386). Embora alguns tenham indicado que a mudança iniciou no julgamento do Recurso Extraordinário n. 636.331-RJ e do Agravo em Recurso Extraordinário n. 766.618-SP, em 25.05.2016, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu a prevalência da Convenção Varsóvia e de Montreal em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, parece que a decisão dos Ministros seguiu a lógica da princípio da supremacia constitucional neste caso. Os votos adotaram a conclusão final fundamentando a prevalência da norma internacional no art. 178 da Constituição, e não na Convenção de Viena.

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados... *Op. Cit.*, p. 235.

¹²⁹ MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 2, p. 113-124, jul./dez. 2008. p. 115.

¹³⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional...** *Op. Cit.*, p. 89.

¹³¹ MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação... *Op. Cit.*, p. 119.

Federal, que encontrou um mecanismo inventivo de interpretação constitucional à luz de um tratado internacional (a eficácia paralisante).¹³²

Há quem proponha soluções interessantes para as incoerências geradas pela decisão do Supremo Tribunal Federal, como por exemplo a que admite em nível constitucional apenas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Tratado de Roma do Tribunal Penal Internacional.¹³³ Essas posições, entretanto, são isoladas em comparação com o entendimento jurisprudencial orientado pela Súmula Vinculante n. 25. Isto é, hoje os tribunais brasileiros, por força da sistemática de vinculação existente, entendem que os tratados de direitos humanos se situam em patamar hierárquico supralegal, salvo se incorporados na forma do art. 5º, §3º da Constituição, como foi por exemplo a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Decreto n. 6.949/2009).¹³⁴

¹³² Basta cogitar situações em que o dispositivo constitucional não necessite de regulamentação legal. Nestes casos, "o entendimento do efeito paralisante ou impeditivo da lei disponibiliza a interpretação do conteúdo da Constituição ao disposto nos tratados, criando a figura da interpretação da Constituição conforme os Tratados". Veja-se que o entendimento é problemático caso mantida a orientação da natureza supralegal dos tratados de direitos humanos, pois a visão de que uma norma inferior condiciona o sentido de uma norma superior é contrária ao edifício kelseniano. Por isso é que, para Marcos Maliksa, o voto condutor do Min. Gilmar Mendes a pretexto de proteger o princípio da supremacia da Constituição acaba fazendo o contrário. (*Idem*, p. 118).

¹³³ Caíque Tomaz Leite Silva e Carlos Eduardo Sindona de Oliveira defendem a obrigatoriedade de incorporação dos tratados de direitos na forma do art. 5º, §3º. Para todos os tratados que não sejam *equivalentes a emendas*, a hierarquia infraconstitucional teria justificativa numa fundamentação denominada *hermenêutica*. O argumento parte da EC n. 45/04 e do §4º do art. 5º por ela incluído na Constituição. O dispositivo remete à submissão integral do Brasil ao Tribunal Penal Internacional. No entanto, o Brasil já assumira essa posição no ano de 2002, oportunidade em que o Decreto Executivo nº 4.388 determinou o cumprimento do Estatuto de Roma. Assim, para os autores houve a manifestação indireta do Poder Constituinte derivado no sentido de *constitucionalizar* situação já incorporada no ordenamento jurídico pátrio. A EC teria constitucionalizado *indiretamente* um tratado de direitos humanos por meio do §4º do art. 5º. Em relação a outros tratados, a emenda foi omissa e deixou aberta a constitucionalização pela via do art. 5º, §3º. Esse argumento parte do pressuposto de que se a emenda reforçou a incorporação do Estatuto de Roma já em vigência no Brasil, estaria implícito no ordenamento jurídico o *status* infraconstitucional de todo tratado anterior à EC n. 45/04 não reforçado. Ao passo que o Estatuto de Roma seria uma norma constitucional, outros tratados não o seriam a não ser se incorporados na forma do art. 5º, §3º da Constituição. E apesar do *status* infraconstitucional das Convenções anteriores à EC n. 45/04, em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos seria impossível a denúncia. A posição do Supremo Tribunal Federal a respeito do efeito paralisante da Convenção sobre as disposições de Direito interno teria constitucionalizado o preceito que proíbe a prisão civil por dívidas e o Pacto de São José da Costa Rica como um todo. Esse tratado de direitos humanos, portanto, teria hierarquia constitucional porque o Supremo Tribunal Federal quando editou a Súmula Vinculante n. 25 o tornou norma materialmente constitucional. (cf. SILVA, Caíque Tomaz Leite; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Sindona de. O décimo aniversário da emenda 45 e a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.11, n. 1, p. 137-162, jan./abr. 2016. p. 150-155).

¹³⁴ Registre-se que, não obstante opiniões divergentes, a aprovação pelo rito do §3º do art. 5º é facultativa. Tanto é assim que houve desde 2004 a aprovação de tratados de direitos humanos pelo rito de maioria simples, como por exemplo o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul (Decreto Legislativo n. 592/2009). Cabe ao Presidente da República solicitar a aprovação pelo quórum privilegiado de 3/5, ou então ao Congresso Nacional iniciar a aprovação do tratado nesses termos. A palavra final sobre o rito a ser adotado, no entanto, é sempre do Congresso, por força do art. 49, I da Constituição. (RAMOS, André de Carvalho. **Curso... Op. Cit.**, p. 398-399).

Em função especialmente da apertada votação registrada nos precedentes que firmaram a tese da supralegalidade, ao contrário do que se pode supor, as discussões estão longe de se esgotar.¹³⁵ A crescente invocação das normas de Direito Internacional de Direitos Humanos no cotidiano forense e a prevalência do entendimento doutrinário sobre a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos incorporados ou não na forma do art. 5º, §3º da Constituição indica mudanças de rumo no futuro próximo.

De fato, a corrente defensora da hierarquia (c) *constitucional* dos tratados é a que conta com maior adesão doutrinária. Ela parte da leitura do art. 5º, §2º da Constituição, norma originária e portanto anterior às alterações da EC n. 45/2004. Para essa terceira corrente, todos os tratados de direitos humanos incorporados no Direito brasileiro teriam hierarquia constitucional por força do §2º do art. 5º, que ao estabelecer que os direitos fundamentais constitucionais "não excluem" direitos previstos nas normas internacionais "está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil 'se incluem' no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem".¹³⁶

A norma de abertura do art. 5º, §2º da Constituição incorpora os tratados internacionais de direitos humanos no texto da Lei Fundamental, transformando os direitos previstos nas convenções em normas materialmente constitucionais.¹³⁷ Em favor dessa posição, estão argumentos como: (i) a abertura à ordem internacional como fator legitimador do Direito interno; (ii) a natureza constitucional material dos direitos fundamentais; (iii) o princípio da máxima efetividade da Constituição, cuja orientação é conferir às normas constitucionais a interpretação que melhor contribua para sua efetividade; (iv) a natureza especial dos tratados de direitos humanos, os quais objetivam a proteção da pessoa humana

¹³⁵ MELO, Juliane Andréa de Mendes Hey; BONATO, Ariadne da Silveira. Cláusula de abertura dos direitos fundamentais e status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, a. 5, n. 9, p. 274-305, jan./jun. 2017. p. 303.

¹³⁶ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional...** *Op. Cit.*, p. 103.

¹³⁷ Essa é a posição compartilhada, entre outros autores de igual importância, por: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 118; RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 401; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Teoria geral e crítica...** *Op. Cit.*; HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 339; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º do art. 5º da Constituição Federal... *Op. Cit.*, p. 127; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 900; MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 168; SARLET, Ingo Wolfgang. **Considerações...** *Op. Cit.*, p. 342-343; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito...** *Op. Cit.*, p. 513; LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais.** Barueri: Manole, 2005. p. 16-17; FACHIN, Luiz Edson. **Notas para um ensaio sobre a posição jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil após a reforma constitucional.** In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores.** Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 153-163; GOMES, Eduardo Biacchi. **Controle de convencionalidade nos processos de integração - democracia e MERCOSUL (a construção de uma tese).** **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 52, p. 231-245, abr./jun. 2013. p. 235.

prioritariamente às razões de Estado; e (v) a interpretação teleológica e sistemática da Constituição, que tem na dignidade da pessoa humano seu eixo de sustentação.¹³⁸

Antônio Augusto Cançado Trindade, que no cargo de Consultor Jurídico do Itamaraty sugeriu a redação do art. 5º, §2º da Constituição em sua versão original, é árduo defensor da hierarquia diferenciada dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados. Em respeito ao art. 5º, §§1º e 2º, os tratados de direitos humanos, segundo o autor, passam a "integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno".¹³⁹

A dificuldade, no entanto, está em interpretar a hierarquia constitucional dos tratados em face da norma do art. 5º, §3º da Constituição, de consagração do rito mais rígido para recepção de tratados *equivalentes a emendas constitucionais*. Diante da emergência dessa norma, há até mesmo quem considere um retrocesso a inserção do §3º no art. 5º.¹⁴⁰ Outros defendem pura e simplesmente a inconstitucionalidade da EC n. 45/2004, como Alexandre Coutinho Pagliarini, para quem o §3º inserido seria inconstitucional "por violação explícita ao preexistente art. 60, §4º, que, em português claro, prescreve que não deve ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir (ou a diminuir o grau de abrangência) dos Direitos Fundamentais".¹⁴¹

Entretanto, não é preciso recorrer aos extremos a ponto de sustentar a inconstitucionalidade da EC n. 45/2004 neste ponto, porque uma interpretação conforme a Constituição autoriza a preservação da norma segundo uma leitura constitucionalmente adequada.¹⁴² A inclusão do §3º no art. 5º não é inconstitucional, pois não afetou o núcleo essencial da norma do §2º do mesmo artigo. Existem interpretações que tornam possível a compatibilização dos dispositivos e essa é a diretriz a ser seguida. Além disso, é difícil sustentar a inconstitucionalidade de emenda contra uma das *interpretações* sobre o *status* dos tratados de direitos humanos (ainda que a majoritária), de sorte que a tese da inconstitucionalidade da EC n. 45/2004 não passa por uma análise mais cuidadosa.¹⁴³

É preciso, portanto, interpretar o art. 5º, §3º sistematicamente na Constituição, principalmente em conjunto com o §2º, para compreender seu sentido. Uma posição possível é aquela que defende, de um lado, a constitucionalidade *material* dos tratados recepcionados

¹³⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 120-134.

¹³⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito...** *Op. Cit.*, p. 513.

¹⁴⁰ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º do art. 5º da Constituição Federal... *Op. Cit.*, p. 127.

¹⁴¹ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica... *Op. Cit.*, p. 42.

¹⁴² MELO, Juliane Andréa de Mendes Hey; BONATO, Ariadne da Silveira. Cláusula de abertura dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 300.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações... *Op. Cit.*, p. 342.

anteriormente à EC n. 45/2004 (ou que, posteriormente a ela, foram aprovados por maioria simples no Congresso), e, de outro lado, a constitucionalidade *material* e *formal* dos tratados equivalentes a emendas constitucionais aprovados com quórum de 3/5 em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional.

A norma do art. 5º, §3º não descaracterizaria a natureza materialmente constitucional dos tratados. Assim, a regra deveria ser lida em conjunto com o §2º do mesmo artigo, e "está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a 'constitucionalização formal' dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno".¹⁴⁴ A lógica interpretativa das normas constitucionais e normas internacionais de direitos humanos, o art. 5º, §2º da Constituição e a teoria da recepção adotada no Brasil¹⁴⁵ reforçariam o argumento de que o §3º adicionado ao art. 5º é meramente uma regra que atribui o *status* de norma constitucional formal aos tratados incorporados posteriormente à mencionada emenda.¹⁴⁶ As consequências de recepcionar um tratado com *status* equivalente ao de emendas seriam: (i) reformar a Constituição quando a norma prevista no tratado for mais benéfica; (ii) impossibilitar a denúncia do tratado agora protegido como cláusula pétrea.¹⁴⁷

Valerio Mazzuoli e André de Carvalho Ramos discordam da segunda consequência. Para o primeiro, a impossibilidade de renúncia do tratado de direitos humanos existiria tanto para os tratados incorporados na forma do §2º do art. 5º quanto na forma do §3º. O fato de serem materialmente constitucionais já impediria a denúncia dos tratados de direitos humanos incorporados, porque teriam se tornado cláusula pétrea. A diferença nos regimes, segundo Mazzuoli, estaria na consequência interna atribuída à denúncia pelo Presidente: no caso dos tratados materialmente constitucionais, o Presidente não estaria sujeito a crime de responsabilidade, porque o tratado não integrou formalmente a Constituição, não incidindo o art. 85, *caput* e inciso III da Constituição. Ao contrário, o Presidente cometeria crime de responsabilidade caso denunciasse o tratado de direitos humanos que fosse *material e formalmente* constitucional, já que neste caso tentou abolir cláusula pétrea constante do bloco de constitucionalidade.¹⁴⁸ Por isso, para esse autor, a interpretação sistemática do art. 5º, §§2º e 3º admite a incorporação de tratados materialmente constitucionais e tratados material e formalmente constitucionais, e neste último caso as

¹⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 138.

¹⁴⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Hierarquia Constitucional dos Tratados...** *Op. Cit.*

¹⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 139.

¹⁴⁷ EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, p.1-34, abr./maio, 2008. p. 24.

¹⁴⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 922-923.

consequências da recepção equivalente a emenda constitucional seriam: (i) reforma do texto da Constituição; (ii) ocorrência de crime de responsabilidade do Presidente da República em caso de denúncia do tratado (art. 85 da Constituição); ¹⁴⁹ (iii) inserção das regras do tratado no conjunto de normas parâmetro para elaboração do controle concentrado de convencionalidade (art. 103 da Constituição). ¹⁵⁰

Já para André de Carvalho Ramos, a denúncia de tratados de direitos humanos no Brasil seria vedada em decorrência da proibição do retrocesso. ¹⁵¹ Pela tese, controversa, não poderia o país retroceder a níveis superados de proteção incipiente de direitos humanos denunciando tratados. Assim, a denúncia estaria proibida e normas de tratados de direitos humanos estariam irrevogavelmente incorporadas no ordenamento jurídico, o que não deixa de ser contraditório com os próprios dispositivos de tratados de direitos humanos que regulamentam o processo de denúncia. ¹⁵²

Seja como for, a dita "equivalência" dos tratados mencionada no art. 5º, §3º diz respeito à integração dos tratados de direitos humanos ao bloco de constitucionalidade. Eis aí a maior consequência da formalização dos tratados de direitos humanos: a incorporação da norma ao bloco de constitucionalidade "faz com que a origem internacional pública da nova ordem suprema seja sempre e de plano reconhecível". ¹⁵³ O tratado, ainda que não modifique o texto da Constituição, adere ao bloco e transmuta as normas materialmente constitucionais. ¹⁵⁴

Haveria, portanto, diferença entre os tratados equivalentes a normas constitucionais integrados no ordenamento segundo o rito do §3º do art. 5º (norma do constituinte derivado) e os tratados com *status* constitucional recepcionados pelo art. 5º, §2º (uma norma do constituinte originário). Uma vez que a norma do art. 5º, §2º da Constituição é produto do constituinte originário, tratados recepcionados de acordo com ela e que conflitassem com as normas da Constituição deveriam ser *interpretados de modo a*

¹⁴⁹ *Idem*, p. 915.

¹⁵⁰ É justamente pelo fato de que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição que, em relação aos tratados incorporados formalmente à Lei Fundamental, é possível o controle concentrado de convencionalidade. "Então, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição passam a servir de meio de controle concentrado (agora de *convencionalidade*) da produção normativa doméstica, para além de servirem como paradigma para o controle *difuso*". (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009. p. 133).

¹⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 401.

¹⁵² A exemplo do que prevê, por exemplo, o art. 78 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A norma permite a denúncia da Convenção, que foi realizada pela Venezuela em 2012 em processo de denúncia acatado pela Corte Interamericana.

¹⁵³ MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 296.

¹⁵⁴ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 167.

compatibilizar as normas. Afinal, foi uma opção do constituinte abrir o catálogo para normas de direitos humanos.¹⁵⁵

Por sua vez, se alguma norma recepcionada de acordo com o rito do art. 5º, §3º conflita com os direitos fundamentais previstos na Constituição, ela seria materialmente inconstitucional,¹⁵⁶ porque a norma é produto do Constituinte derivado e não pode afrontar cláusulas pétreas.¹⁵⁷

De outro lado, a interpretação sistemática a favor da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos coloca-se contra o argumento de que existem outras normas constitucionais que implicitamente indicam a hierarquia legal dos tratados de direitos humanos. A previsão de cabimento de recurso extraordinário contra decisão que julgar *inconstitucional* tratado não impede tampouco o reconhecimento da constitucionalidade material de tratados. O mesmo em relação aos recursos especiais cabíveis, como já explicado. O art. 102 e art. 105 da Constituição não podem ser lidos isoladamente, descuidando da previsão do art. 5º, §2º e olvidando da diferença entre tratados comuns e tratados de direitos humanos.¹⁵⁸ Os recursos extraordinário e especial, portanto, só caberiam em face de decisões sobre tratados comuns.

Do exposto, observa-se que, em relação à tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, a defesa da constitucionalidade material de todos os tratados radica na norma do art. 5º, §2º, enquanto o art. 5º, §3º viria somente *reforçar* o regime jurídico ao contribuir para a constitucionalidade também formal das normas. Além do mais, a maior legitimidade democrática desses tratados quando passam pelo rito de aprovação de emendas é fator de relevância tanto no plano interno quando internacional.¹⁵⁹ Assim, para a terceira corrente apresentada, os tratados incorporados na forma do art. 5º, §3º gozariam do mesmo regime protetivo dos tratados de direitos humanos: um regime mais reforçado.

Em termos de valorização do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a terceira corrente só não é mais prestigiada do que aquela que defende a **(d) supraconstitucionalidade** dos tratados de direitos humanos, objeto da exposição dos próximos

¹⁵⁵ *Idem*, p. 168.

¹⁵⁶ A declaração de inconstitucionalidade, porém, só existirá em caso de conflito insolúvel. Na maioria das vezes não haveria colisão de direitos previstos constitucionalmente e no tratado. Em vários deles há concorrência, isto é, possibilidade de compatibilização das normas. Em todo caso, controvérsia na aplicação de direitos de mesma hierarquia previstos em tratado e Constituição se resolve a partir da teoria dos limites dos direitos fundamentais, mais precisamente a partir do critério da proporcionalidade (Cf. MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 311).

¹⁵⁷ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 168.

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações... *Op. Cit.*, p. 339.

¹⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações... *Op. Cit.*, p. 331.

parágrafos. A corrente da supraconstitucionalidade, embora seja majoritária na jurisprudência das Cortes internacionais, conta com poucos adeptos na doutrina brasileira. Jaime Orlando Santofimio Gamboa lembra que nos casos *Última Tentação de Cristo vs. Chile*;¹⁶⁰ *Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*;¹⁶¹ *Caesar vs. Trinidad e Tobago*;¹⁶² *Boyce e outros vs. Barbados*¹⁶³ e *Dacosta Cadogan vs. Barbados*¹⁶⁴ ficou claro que a questão da hierarquia dos tratados fica de lado quando a Corte IDH decide a convencionalidade de uma norma. Pouco importa se a norma é constitucional, pois, para a Corte, se ela desrespeita algum preceito da Convenção ela é anticonvencional e deve ser afastada, o que atribui ao tratado *status* supraconstitucional.¹⁶⁵ É a relevância das normas de direitos humanos que satisfaria a condição necessária para posicioná-las no topo da hierarquia legal.

As críticas a essa quarta corrente são uma constante. A mais contundente afirma que colocar os tratados de direitos humanos acima da Constituição encontraria óbice no princípio da supremacia constitucional.¹⁶⁶ A própria Constituição brasileira afastaria esse entendimento ao albergar preceitos sobre o controle de constitucionalidade dos tratados (art. 102, III, "b") e sobre o processo *legislativo* de sua incorporação (art. 49, I e 84, IV).¹⁶⁷ Note-se que neste ponto o argumento é o mesmo dos defensores da hierarquia legal dos tratados. Mas além disso, para os críticos nem mesmo a afirmação da natureza especial e da relevância dos direitos humanos no contexto atual serviria de argumento. Segundo Gilmar Mendes, a vagueza dos dispositivos dos tratados e a possibilidade de atribuir a diversos deles natureza de tratado de direitos humanos colocaria em risco a posição da Constituição no topo da pirâmide

¹⁶⁰ No caso, paradigmático por contrapor um tratado a uma Constituição, a Corte IDH decidiu que o dispositivo constitucional que previa a censura prévia de espetáculos cinematográficos no Chile era contrário à Convenção, por afrontar o direito à liberdade de expressão do art. 13. Condenou ainda o Estado a alterar sua Lei Fundamental para adequá-la às obrigações internacionais assumidas. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso A Última Tentação de Cristo vs. Chile. Publicado em 5 fev. 2001).

¹⁶¹ Neste caso, a Corte IDH considerou anticonvencional por afronta ao art. 4 da Convenção Americana a Lei de Delitos contra a Pessoa de Trinidad e Tobago, de 1925, por determinar a aplicação obrigatória de pena de morte na hipótese de homicídio doloso. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago. Publicado em 27 nov. 2003. § 103).

¹⁶² A Corte IDH neste caso julgou anticonvencional a Lei de Penas Corporais de Trinidad e Tobago que considerava lícita a ordem de Tribunais nacionais de aplicar a homens penas corporais. Os flagelos admitidos pela legislação interna foram declarados contrários à Convenção por afronta ao art. 5, sobre o direito à integridade corporal. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago. Publicado em 11 mar. 2005).

¹⁶³ Neste caso foi declarada contrária à Convenção Americana a Lei de Delitos contra as Pessoas de Barbados, de 1994, que impunha a pena de morte. A lei interna afrontou, de acordo com o julgado internacional, o art. 4 do Pacto de São José da Costa Rica. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Boyce e outros vs. Barbados. Publicado em 20 nov. 2007).

¹⁶⁴ Igualmente, a Corte IDH considerou a legislação sobre pena de morte contrária à Convenção de que é intérprete. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados. Publicado em 24 set. 2009).

¹⁶⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 255-256.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *A suprallegalidade dos tratados...* *Op. Cit.*, p. 223.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 224.

normativa,¹⁶⁸ já que os direitos nela previstos seriam superiores aos direitos originários do plano internacional.

A crítica não resiste a uma análise mais atenta. Em oposição ao argumento de Gilmar Mendes de que na expressão "direitos humanos" poderia caber qualquer conteúdo, fator incompatível com a dignidade de direitos fundamentais de hierarquia constitucional, Ingo Sarlet lembra que é suficiente a utilização de critérios hermenêuticos de apreensão dos significados.¹⁶⁹ Nesse ponto não é preciso se alongar.

Em contraposição à defesa do princípio da supremacia constitucional, a questão está posicionada na relativização da soberania, tema já traçado, e da imprescindibilidade de outorgar às normas de proteção do ser humano a maior efetividade possível. Nesse sentido é que para Celso Duvivier de Albuquerque Mello, em atenção à jurisprudência internacional e ao princípio *pro persona* (adiante detalhado), as normas de tratados internacionais de direitos humanos incorporadas no Brasil seriam dotadas de hierarquia supraconstitucional.¹⁷⁰

Apesar da utilidade prática da teoria constitucional, o paradigma pós-estadualista na realidade põe em dúvida alguns dos postulados aos quais o jurista assenta seu ponto de partida. O Direito estatal sofre de rupturas identificadas na prática. Essas tensões estão cada vez mais elásticas e não parece indicado resistir à tendência humanista.¹⁷¹ A defesa da

¹⁶⁸ "(...) sempre possível ampliação inadequada dos sentidos possíveis da expressão 'direitos humanos' poderia abrir uma via perigosa para uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna. O risco de normatizações camufladas seria permanentes". (MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade... *Op. Cit.*, p. 224).

¹⁶⁹ "Eventuais distorções - assim como ocorrem em casos de inadequada aplicação até mesmo dos direitos consagrados na Constituição (que, não esqueçamos, incluem os previstos nos tratados, consoante dicção expressa do art., 5º, §2º) - haverão de ser superados, com sensibilidade, pela aplicação das cabíveis diretrizes hermenêuticas, como é o caso dos critérios da concordância prática, ponderação e proporcionalidade". (SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações... *Op. Cit.*, p. 339).

¹⁷⁰ *In verbis*: "A Constituição de 1988 no §2 do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagradas nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan citada acima. Considero esta posição já como um grande avanço. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional. A tese de Flávia Piovesan tem a grande vantagem de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais". (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25).

¹⁷¹ "No plano teórico, torna-se difícil continuar a sustentar que a constituição do Estado ocupe o topo de uma pirâmide de normas que incluiria também os direitos não estaduais. Nomeadamente porque, em relação às normas jurídicas não estaduais, não é teoricamente fácil explicar como e onde é que elas seriam incluídas nesta pirâmide cujo topo seria a constituição do Estado. Realmente, uma visão pluralista da superfície do direito descreveria esta, não tanto como uma pirâmide de normas, mas antes como uma 'cordilheira' de várias pirâmides, uma das quais seria o direito oficial, outras compreendendo a conjuntos - eventualmente também hierarquizados - de normas não estaduais. Constituiria, porém, uma forma inaceitável de conceitualismo ou de formalismo partir desse argumento teórico para resolver definitivamente um problema que tem também dimensões práticas, pois a bondade da resposta depende também das suas consequências práticas, avaliadas do ponto de vista da

supraconstitucionalidade não se baseia só na natureza privilegiada da norma de Direito Internacional dos Direitos Humanos, conquanto essa seja a principal defesa do argumento. Ela se baseia também na voluntariedade. Isto é, no princípio segundo o qual a adesão a um tratado derroga qualquer disposição de Direito interno.¹⁷²

O art. 27 da Convenção de Viena (incorporada no Direito brasileiro, como se viu acima) nada mais faz do que reconhecer o princípio da primazia do Direito Internacional, usualmente posto em patamar privilegiado pela doutrina internacionalista.¹⁷³ A jurisprudência internacional e a Convenção de Viena de 1969 nos artigos 26 e 27 excluem a possibilidade de o Estado invocar razões de Direito interno para escusar-se de obrigações internacionais, o que leva ao entendimento da hierarquia supraconstitucional de qualquer tratado. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros investigaram ainda os documentos dos trabalhos preparatórios da Convenção de Viena¹⁷⁴ para consignar que a norma do art. 27 foi proposta pela delegação do Paquistão "*com a intenção declarada de impedir que os Estados invocassem a respectiva Constituição a fim de se subtraírem ao cumprimento dos tratados por eles livremente concluídos*".¹⁷⁵

Mas mesmo que seja verdade que a tese esbarra nos dispositivos expressos na Constituição que assumem, a partir de uma leitura enviesada, a hierarquia infraconstitucional de tratados, também é verdade que a Constituição – ao menos a brasileira – em normas como aquela do art. 4º, II dá primazia aos direitos humanos e tem no art. 5º, §2º sua cláusula de abertura.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito nacional estão integrados em virtude das próprias normas consagradas na Constituição brasileira. Para além da polêmica entre dualistas e monistas, o fato é que a jurisprudência internacional aceita a

democraticidade do direito, que aqui tem sido aproximada da sua capacidade de satisfazer expectativas geralmente consensuais". (HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico...** *Op. Cit.*, p. 248).

¹⁷² SILVA, Caíque Tomaz Leite; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Sindona de. O décimo aniversário da emenda 45... *Op. Cit.*, p. 142-143.

¹⁷³ "É este um princípio que rege as obrigações internacionais, um princípio de responsabilidade internacional e mesmo de direito costumeiro: um Estado *não* pode evadir-se de suas obrigações internacionais sob o pretexto de sua pretensa incompatibilidade com o seu ordenamento jurídico interno (ou quaisquer atos emanados do poder público - legislativos, executivos ou judiciais)". (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização...** *Op. Cit.*, p. 44).

¹⁷⁴ Lembre-se que, caso se compreenda a Convenção de Viena uma norma de *jus cogens* internacional ou norma integrada no costume internacional com *status* supraconstitucional, é possível até mesmo sustentar a derrogação dos dispositivos constitucionais sobre controle de constitucionalidade de tratados e prevalência de qualquer norma de Direito Internacional perante a Constituição. (PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual...** *Op. Cit.*, p. 123).

¹⁷⁵ *Idem*, p. 120. Grifos no original.

primazia da norma internacional,¹⁷⁶ e reconhecer que o Direito é *um só* é a direção coerente com os tempos de integração econômica e social.¹⁷⁷

Para Agustín Gordillo, as normas supranacionais instituidoras de garantias mínimas aos cidadãos do mundo devem se sobrepor às regulamentações internas, não importa qual for a hierarquia da norma. Segundo o autor, esse é o preço a pagar pela convivência pacífica e ordeira no mundo atual.¹⁷⁸ Ademais, há um fundamento lógico na atribuição de supraconstitucionalidade às normas de direitos humanos previstas em tratados: "Não tem sentido decidir pela submissão a uma ordem jurídica supranacional, e a um tribunal com competência formal para aplicá-la e sancionar ao descumpridor, para logo pretender *a suposta supremacia da ordem local sobre a ordem internacional*".¹⁷⁹ A supraconstitucionalidade de uma norma poderia ainda ser fundamentada em objetivos relevantes do Estado Constitucional e Humanista de Direito, com as seguintes características: (i) orientação de suas ações fundada na ética da alteridade; (ii) reconhecimento da diversidade cultural existente no mundo; (iii) desnecessidade de aceite dos Estados para obrigarem-se às regras universais; (iv) consagração de uma "justiça planetária"; (v) quebra o conceito de soberania estatal; (vi) contribuição para o avanço civilizatório da humanidade.¹⁸⁰

É preciso cautela no entendimento de que o reconhecimento da hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos levaria ao fim do princípio da supremacia da Constituição. Não se nega que pode enfraquecer o princípio, mas não o anula, uma vez que desde o início do constitucionalismo o objetivo do movimento coincide com a finalidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, qual seja, "resguardar a pessoa humana em sua convivência política".¹⁸¹ E mesmo que o reconhecimento da hierarquia supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos dependa do reconhecimento desta condição pelo ordenamento interno,¹⁸² normas previstas em tratados de direitos humanos classificadas como *jus cogens* têm sempre hierarquia supraconstitucional,¹⁸³ o que nunca foi necessariamente um problema para a soberania estatal.

¹⁷⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso... Op. Cit.*, p. 127.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 135.

¹⁷⁸ GORDILLO, Agustín Alberto *et al.* **Derechos humanos...** *Op. Cit.*, p. III-7-8.

¹⁷⁹ *Idem*, p. III-7.

¹⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional...** *Op. Cit.*, p. 166-173.

¹⁸¹ CAMPOS, Germán J. Bidart. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991. p. 353.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 319-321; PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual...** *Op. Cit.*, p. 118.

Aliás, é curioso notar que o Supremo Tribunal Federal, ao passo que se posicionou por maioria pela suprallegalidade dos tratados de direitos humanos, ao editar a Súmula Vinculante n. 25 terminou por esvaziar o conteúdo de uma norma constitucional que permite ao menos uma modalidade de prisão por dívidas. Na prática, a par da construção da tese da "eficácia paralisante" dos tratados, pode se dizer que houve um reconhecimento (ainda que não manifesto) do *status supraconstitucional* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na medida em que houve um bloqueio *indireto* da norma constitucional por aplicação de tratado.¹⁸⁴ Ou seja, na prática jurisprudencial brasileira já se estabeleceu – ainda que de forma incipiente, enviesada e não expressa, é verdade – a prevalência da norma internacional sobre a norma constitucional, ainda que pela via interpretativa.¹⁸⁵

Esse fato é exemplificativo da tendência doutrinária e jurisprudencial cada vez mais frequente de admissão da existência de normas superiores àquelas previstas na Constituição. Aos poucos, o paradigma do princípio da supremacia absoluta da Constituição cede à normas de Direito Internacional de Direitos Humanos, *jus cogens* ou não. Este trabalho, por isso mesmo e conquanto de forma *relativa*, adere à doutrina da supraconstitucionalidade das normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos incorporadas no Direito brasileiro. *Relativa* porque, como demonstrado no próximo capítulo, a solução hierarquizante para solução de conflitos não é absoluta. Ela cede ao critério *pro persona* e às interpretações jurisprudenciais internacionais e nacionais vinculantes aos Poderes de Estado.

A expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a necessidade premente de intensificação de proteção do ser humano e do meio ambiente do qual faz parte já seriam motivos fortalecedores da tese da derrogação de normas constitucionais em caso de conflito insanável, situação que só se constata após a utilização de técnicas hermenêuticas e de compatibilização de normas. Mas, em atenção à natureza deste estudo, a principal razão para admissão da corrente da supraconstitucionalidade é dogmática, calcada em uma interpretação das decisões tomadas pelo constituinte brasileiro e traduzida em disposições constitucionais.

Foi a própria Constituição brasileira que desde sua promulgação admitiu a supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos devidamente incorporados. Em primeiro lugar, a hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos encontra fundamento no art. 5º, §2º da Constituição. Se de acordo com a regra os direitos fundamentais

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações... *Op. Cit.*, p. 344.

¹⁸⁵ O que será debatido mais detidamente no próximo capítulo.

expressos na Lei Fundamental *não excluem* outros direitos aplicáveis do Direito Internacional (outros direitos não listados nela e reconhecidos como fundamentais internacionalmente), isso quer dizer naquela cláusula de abertura a própria Constituição visou *dar preferência* ao regramento externo que ela não previu.¹⁸⁶ Afirmar "não excluem" seria equivalente a dizer "dá preferência".

Em segundo lugar, desde que sigam o procedimento de incorporação, seja mediante aprovação por maioria simples ou qualificada no Congresso Nacional, os tratados de direitos humanos em vigor prevalecem sobre qualquer norma em virtude do comando do art. 4º, II da Constituição. É dizer, a República Federativa do Brasil tem como *princípio fundamental* a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. Ao admiti-lo, todo tratado internacional de direitos humanos incorporado na forma prevista constitucionalmente adere ao ordenamento jurídico brasileiro em plano superior ao constitucional, desde que mais favorável ao ser humano.¹⁸⁷ É este um princípio fundamental da República em consonância com a jurisprudência internacional de Direito Internacional dos Direitos Humanos e com a perspectiva humanista retomada após a Segunda Guerra Mundial, agora mais necessária do que nunca diante das novas tecnologias que interligam os continentes e pessoas, dos conflitos emergentes no globo, do terrorismo e do problema ambiental.

Embora todas essas considerações fossem necessárias, notadamente porque o debate doutrinário e forense sobre os tratados de direitos humanos no Brasil está centrado na definição de sua hierarquia rígida, existem fortes impactos no ordenamento jurídico desde que se reconheça no mínimo a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos. No entanto, esses impactos não se restringem à técnica da revogação pura e simples de normas. Seja qual for a posição adotada a respeito da hierarquia, em todo caso a influência dos tratados de direitos humanos existe de forma emblemática na interpretação da normativa vigente de qualquer nível.¹⁸⁸ O detalhamento da influência dos tratados na interpretação jurídica será

¹⁸⁶ O argumento pertence a André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros e indica a natureza supraconstitucional dos tratados na ordem jurídica portuguesa. Mas se aplica perfeitamente ao caso brasileiro, pois o art. 5º, §2º da Constituição guarda similitude com o art. 16, n. 1 da Constituição portuguesa. Cf. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual...** *Op. Cit.*, p. 117.

¹⁸⁷ Mesmo nos países que adotam a tese da supralegalidade dos tratados, o princípio *pro persona* permite que uma lei posterior prevaleça sobre a disposição do tratado de direitos humanos quando aquela for mais favorável ao indivíduo ou menos restritiva de sua esfera jurídica. Apesar de inferior em hierarquia, neste caso a lei torna inaplicável o tratado. Cf. HENDERSON, Humberto. *Los tratados internacionales...* *Op. Cit.*, p. 80-81.

¹⁸⁸ O transconstitucionalismo, brevemente abordado na sequência, parte da impossibilidade de soluções hierarquizantes para solução de problemas de direitos humanos. "O interessante na ação de uma perspectiva transconstitucional é que essa não necessariamente implica que o direito comparado, internacional ou transnacional, deva prevalecer sobre o doméstico, mas sim que ele pode ser considerado como elemento de

feito no capítulo seguinte, no qual se buscará definir de que modo a interpretação dos tratados pela jurisprudência internacional vincula a Administração Pública e o Judiciário brasileiro. No mesmo capítulo será explicado o princípio da primazia da norma mais favorável, o qual em muitas situações dissolve conflitos, desarma o critério hierárquico e torna ocioso o interminável impasse a respeito do *status* dos tratados de direitos humanos no Brasil ao que se dedicaram as linhas anteriores.

construção de uma melhor interpretação ou de uma solução jurídica mais apropriada para múltiplos regimes de governança. (...) Ou seja: transconstitucionalização não necessariamente significa perda da identidade constitucional doméstica, mas sim sua reconstrução em relação (harmoniosa ou dissonante) com normatividades e soluções jurídicas estrangeiras, globais ou transnacionais". (TORELLY, Marcelo. **Governança transversal...** *Op. Cit.*, p. 104-105).

Capítulo 2 – Relativização do critério hierárquico de ordenação das normas e vinculação da Administração Pública e Poder Judiciário à jurisprudência da Corte IDH

Viu-se no capítulo anterior que este trabalho sustenta a hierarquia supraconstitucional das normas internacionais de direitos humanos e aquelas classificadas como *jus cogens*. Porém, a solução hierárquica dos tratados de direitos humanos no Direito brasileiro não deve mais ser compreendida sob a perspectiva *rígida* da pirâmide kelseniana. O rigor científico que molda a teoria de Kelsen encontra fissuras no desenvolvimento de parâmetros interpretativos e critérios de solução de antinomias desenvolvidos a partir da segunda metade do século XX na normativa e jurisprudência do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Neste capítulo, busca-se: (2.1) demonstrar de que modo o princípio da prevalência da norma mais favorável põe em xeque o critério hierárquico de solução de conflitos normativos e ordenação das normas, e de que forma também a doutrina do controle de convencionalidade¹⁸⁹ no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) instituiu a obrigatoriedade de um duplo controle de compatibilidade normativa com a Constituição e com os tratados de direitos humanos pelos órgãos e entidades do Estado. O objetivo é demonstrar a relativização do critério hierárquico e operacionalizar a aplicação das normas internacionais em função de sua finalidade última de proteção do ser humano.

Busca-se também: (2.2) após breve descrição do sistema internacional regional de proteção do qual o Brasil faz parte, desenvolver questão fundamental para o deslinde dos próximos capítulos sobre tema ainda não resolvido e cercado de controvérsias, qual seja, o da vinculação dos órgãos e entidades estatais à jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Em decorrência do recorte pelo qual se optou, o trabalho desenvolve a temática quanto à vinculação da Administração Pública no exercício da função administrativa e do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional às decisões e opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), sediada em São José da Costa Rica.

2.1. Princípio da primazia da norma mais favorável, teoria do duplo controle e interpretação dos tratados de direitos humanos

¹⁸⁹ Analisado mais detidamente no próximo capítulo.

No capítulo anterior, demonstrou-se as quatro correntes sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Estado Constitucional e Convencional de Direito brasileiro, de sorte que este trabalho posiciona-se pelo *status prima facie* supraconstitucional de todas as normas internacionais de direitos humanos incorporadas mediante os procedimentos constitucionais e regimentais do Congresso Nacional, bem como a supraconstitucionalidade de normas internacionais não positivadas, mas com natureza de *jus cogens*. Apesar disso, fato é que o posicionamento tomado é um ponto de partida para análise e operacionalização da aplicação do Direito. Diante da inflação legislativa nacional e internacional das últimas décadas, o jurista e todo agente estatal precisam antes de tudo de um manual de aplicação das normas. Esse manual pressupõe o estabelecimento de padrões hermenêuticos prévios, um guia de conduta *a priori*.

Entretanto, como já se viu, quando se trata de definir questões que envolvem o Direito Internacional dos Direitos Humanos, no fim das contas é equivocado falar em prevalência do Direito interno sobre o Direito Internacional, ou vice-versa. Diante da percepção de uma solução *menos benéfica* ou *pior* para o ser humano em caso de prevalência da norma de maior hierarquia na solução do caso, caberá ao operador desconsiderar o grau hierárquico da norma e privilegiar a opção mais protetiva à pessoa.¹⁹⁰ Resumidamente, o critério é o seguinte: para reconhecer direitos, procede-se na interpretação ou aplicação mais ampla da norma, e para limitar direitos na interpretação ou aplicação mais restrita da norma.

Apelidou-se o instituto que regula essa técnica de princípio *pro persona*, *pro homine*, ou princípio da primazia da norma mais favorável.¹⁹¹ Designa-se *princípio* (e não *regra*) *pro persona* com base nos dois principais critérios de distinção de normas entre princípios e regras adotados pela doutrina brasileira, isto é, tanto com fulcro no critério da fundamentalidade, quanto com arrimo no critério do modo de aplicação.¹⁹² Neste trabalho, no

¹⁹⁰ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La internacionalización del Derecho Administrativo argentino. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, a. XXIX, n. 348, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-53, set. 2007. p. 17.

¹⁹¹ Conquanto a doutrina use as expressões indistintamente, o trabalho dá preferência à expressão "princípio *pro persona*", mais inclusiva do que expressões que poderiam dar a impressão de redução do princípio à proteção do ser humano do gênero masculino (v.g. princípio *pro homine*).

¹⁹² A definição do que é princípio para o Direito admite critérios diferenciados. Entre os mais utilizados pela doutrina brasileira, dois deles merecem referência. O primeiro critério é o do grau de fundamentalidade, segundo o qual uma norma é considerada princípio e se diferencia das regras pelo seu grau de importância no sistema jurídico. A importância de que um princípio se reveste permitirá verificar o modo de funcionamento de um sistema jurídico e de seus ramos, a compatibilidade de normas com o sistema e inclusive derivar normas desse sistema. É expoente dessa corrente o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, que define princípios como "mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce", base da qual se orienta para interpretar e aplicar as normas peculiares de um ramo do Direito. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 54). O segundo critério de definição aqui mencionado (e de diferenciação entre princípios e regras) é o critério lógico-estrutural. Segundo esse critério, o que distingue

entanto, o princípio *pro persona* é designado assim dado o seu grau de importância para o Direito Internacional dos Direitos Humanos e para o Direito Administrativo. É dizer, quando se reporta ao princípio *pro persona*, este trabalho considera a norma assim referida pela sua nota de fundamentalidade para o sistema jurídico, sendo ele também designado em algumas passagens como critério de resolução de conflitos normativos.

Diante do princípio *pro persona*, a relevância da hierarquia conferida às normas jurídicas diminui. Em outras palavras, o critério da hierarquia torna-se "flexível". Até mesmo em conflitos entre tratados e a Constituição, em função do objetivo que anima o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sempre prevalecerá a norma mais favorável ao sujeito de direito.¹⁹³ Formalmente, o ordenamento ainda é uma pirâmide, mas materialmente as normas seguem a lógica da prevalência da norma mais protetiva. Por essa razão, a expressão técnica mais adequada para o fenômeno jurídico que ocorre nos casos de aparente conflito de normas não é "revogação", pois o que acontece na verdade é simplesmente o afastamento das normas menos protetivas nos casos concretos, sem que elas sejam extirpadas do ordenamento.¹⁹⁴ A solução aproxima-se daquilo que o Supremo Tribunal Federal já designou de eficácia paralisante das normas internacionais.

Mesmo aqueles que entendem a inserção do §3º ao art. 5º da Constituição como mais benéfica à proteção do ser humano compreendem a prevalência do critério hermenêutico *pro persona* nos casos de conflitos entre o tratado de direitos humanos equivalente a emenda e as disposições originárias da Constituição. Caso a norma de um tratado afronte cláusula pétrea, será inconstitucional, mas caso seja mais protetiva do que a norma prevista na redação original da Constituição, prevalecerá a norma do tratado, incorporada pelo Congresso Nacional no exercício do Poder Reformador.¹⁹⁵

Existe uma ampla aceitação da existência do princípio *pro persona* na normativa e jurisprudência internacionais. A razão de fundo do Direito Internacional dos Direitos Humanos é a mais ampla proteção do ser humano, beneficiário último das normas criadas em

um princípio de uma regra é um dado lógico: possuem estrutura diferenciada e forma de aplicação distinta. A natureza de cada uma das normas varia segundo sua estrutura e seu modo diferenciado de aplicação, o que permite diferenciar igualmente o modo de resolução de conflitos entre essas diferentes espécies de normas. São expoentes dessa corrente Ronald Dworkin e Robert Alexy. Para ambos, pouco importa o grau de fundamentalidade da norma para sua classificação como princípio (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 29). Para explicação teórica sobre os dois modelos e sua possibilidade de convivência no Direito Administrativo brasileiro, cf. HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹⁹³ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional...** *Op. Cit.*, p. 112-113.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 119.

¹⁹⁵ MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos. **Tratados internacionais...** *Op. Cit.*, p. 257-258.

seu favor. Este é o fundamento para a existência do critério interpretativo *pro persona*, que encontra fundamento em diversos tratados internacionais.¹⁹⁶ O critério apresenta-se: (a) na Convenção de Viena de 1969, cujo art. 31.1¹⁹⁷ determina a interpretação do tratado "à luz de seu objetivo e finalidade"¹⁹⁸; (b) no art. 5º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos;¹⁹⁹ (c) no art. 23 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher;²⁰⁰ (d) no art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança;²⁰¹ (e) no art. 1.2 da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis;²⁰² (f) no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica;²⁰³ (g) no art. 15 da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas;²⁰⁴ (h) no art. 7º da Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência;²⁰⁵ (i) no art. 4º, II da Constituição brasileira no plano interno, dado que o

¹⁹⁶ HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales... *Op. Cit.*, p. 89-91.

¹⁹⁷ (Convenção de Viena) Art. 31. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

¹⁹⁸ HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales... *Op. Cit.*, p. 88.

¹⁹⁹ (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos) Art. 5. 1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. 2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

²⁰⁰ (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher) Art. 23. Nada do disposto nesta Convenção prejudicará qualquer disposição que seja mais propícia à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que esteja contida: a) na legislação de um Estado-parte; ou b) em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado.

²⁰¹ (Convenção sobre os Direitos da Criança) Art. 41. Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado Parte; b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado.

²⁰² (Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis) Art. 1. 2. O presente Artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

²⁰³ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

²⁰⁴ (Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas) Art. 15. Nada do disposto nesta Convenção será interpretado no sentido de restringir outros tratados bilaterais ou multilaterais ou outros acordos assinados entre as Partes. Esta Convenção não se aplicará a conflitos armados internacionais regidos pelas Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos, relativos à proteção dos feridos, doentes e náufragos das forças armadas, e a prisioneiros e civis em tempo de guerra.

²⁰⁵ (Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência) Art. 7º. Nenhuma disposição desta Convenção será interpretada no sentido de restringir ou permitir que os Estados Partes limitem o gozo dos direitos das pessoas portadoras de deficiência reconhecidos pelo Direito Internacional consuetudinário ou pelos instrumentos internacionais vinculantes para um determinado Estado Parte.

princípio da prevalência dos direitos humanos ainda obriga o predomínio da interpretação jurídico-normativa *mais favorável aos direitos humanos* em oposição aos interesses puramente estatais.²⁰⁶

No âmbito do SIDH, detalhado mais adiante, o art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica é a norma que indica os principais critérios interpretativos da Convenção. Define os critérios hermenêuticos e impede a leitura da Convenção no sentido de limitar direitos previstos nela ou no Direito interno. "Em consequência, diante de conflito normativo sempre deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana".²⁰⁷

O princípio *pro persona* foi reconhecido como critério de interpretação pela Corte IDH no Caso A Última Tentação de Cristo vs. Chile, em 2001.²⁰⁸ Como critério ele determina que se deve recorrer à norma mais ampla, ou à interpretação mais extensiva, quando se trata de reconhecer direitos protegidos e, inversamente, à norma ou à interpretação mais restrita quando se trata de estabelecer restrições permanentes ao exercício dos direitos ou sua suspensão extraordinária".²⁰⁹ Uma vez que as normas internacionais vigentes vinculam todo aparato do Estado, o princípio *pro persona* pode ser invocado perante qualquer Poder estatal. Quer dizer, pode ser invocado em relação a qualquer ato jurídico estatal, de qualquer agente ou órgão.²¹⁰

Para que o princípio não seja utilizado de modo a privilegiar argumentos opostos com a mesma força, há três critérios para sua aplicação: (i) *Aplicação da norma mais protetiva*: independentemente da hierarquia da norma, diante de disposições conflitantes o aplicador deve privilegiar o dispositivo mais favorável ao indivíduo ou vítima. O critério vale entre normas internacionais conflitantes ou entre uma norma internacional e outra nacional. Os problemas técnicos a enfrentar no âmbito desse critério surgem quando o intérprete precisa optar no conjunto pela norma mais favorável, ou quando precisa decidir se aplica artigos de cada norma em separado de modo a conjugar o melhor dos mundos para o destinatário; (ii) *Conservação da norma mais protetiva*: quando uma norma é revogada tácita ou expressamente por norma posterior, esse critério interpretativo indica que, não obstante o comando legal, prevalece a norma anterior caso seja mais favorável ao indivíduo ou à vítima. O brocardo *lex posteriori derogat priori* é afastado, como se os termos da questão fossem

²⁰⁶ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 95.

²⁰⁷ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 18.

²⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso A Última Tentação de Cristo... *Op. Cit.*

²⁰⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Tratados de derechos humanos e internacionalización del Derecho Administrativo. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, a. XXIX, n. 348, Ediciones RAP, p. 63-80, set. 2007. p. 77.

²¹⁰ HENDERSON, Humberto. **Los tratados internacionales...** *Op. Cit.*, p. 91.

alterados e um problema de revogação fosse convertido em um problema hermenêutico; (iii) *Interpretação protetiva*: esse critério se aplica quando o intérprete está diante de uma única norma (e não duas ou mais), e existem vários sentidos possíveis a serem conferidos à lei ou ao tratado. Nesse caso, o critério hermenêutico da interpretação protetiva demanda a escolha do sentido que proteja melhor o indivíduo ou vítima, ressalvada a proibição de conferir interpretação contrária à finalidade da norma eleita pelo legislador ou prevista no tratado internacional.²¹¹

Se apenas parcela da norma for mais favorável, é lícito ao "intérprete, aplicar *ambas* as normas aparentemente antinômicas conjuntamente, cada qual naquilo que têm de melhor à proteção do direito da pessoa, sem que precise recorrer aos conhecidos (e, no âmbito dos direitos humanos, ultrapassados) métodos *tradicionais* de solução de antinomias (o *hierárquico*, o da *especialidade* e o *cronológico*)".²¹² A consagração do princípio *pro persona* tem, portanto, como consequências: (a) a redução de potenciais conflitos normativos; (b) maior coordenação entre normas na dimensão vertical entre tratados e normas internas; (c) a maior coordenação entre normas na dimensão horizontal entre dois ou mais tratados.²¹³

Mesmo essas diretrizes de aplicação não isentam o princípio de críticas. Em primeiro lugar, é de se duvidar da adequação do segundo critério apontado, o da *conservação da norma mais protetiva*. Ele coloca em xeque o princípio do Estado democrático ao relativizar as decisões legítimas do legislador e ao desprezar o critério da preservação da norma posteriormente editada. Daí que sua aplicação não seja um consenso, e possivelmente nem seja viável na estruturação atual dos Estados parlamentares.

Em segundo lugar, para alguns autores, como por exemplo Marcos Maliska, mesmo se invocado o princípio *pro persona* como critério de resolução de conflitos, a "regra da hierarquia tem preferência sobre a regra da aplicação mais benéfica".²¹⁴ O autor resguarda os critérios clássicos de resolução de antinomia como preferenciais, atribuindo ao princípio da primazia da norma mais favorável utilidade limitada. A posição contrasta com opinião majoritária dos internacionalistas, para os quais o critério *pro persona* é precedente aos critérios de solução de antinomias, inclusive o da hierarquia.²¹⁵ Conceder preferência ao critério *pro persona* no processo de interpretação teria o benefício de colocar a pessoa

²¹¹ HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales... *Op. Cit.*, p. 93-95.

²¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso...* *Op. Cit.*, p. 900.

²¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito...* *Op. Cit.*, p. 544.

²¹⁴ MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação... *Op. Cit.*, p. 119.

²¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso...* *Op. Cit.*, p. 900.

humana em patamar superior às características da norma propriamente dita, o que estaria de acordo com a lógica do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Para além, a principal falha do princípio *pro persona*, não obstante sua aceitação uníssona pelos internacionalistas, estaria na dificuldade de concluir nos casos concretos qual é precisamente o melhor direito a prevalecer e para qual pessoa em posição litigiosa.²¹⁶ A maior crítica ao princípio *pro persona* é a impossibilidade ou dificuldade de aplicá-lo diante dos inúmeros direitos humanos previstos para inúmeras pessoas com interesses antagônicos. Há sérias dúvidas de qual seria de fato a melhor interpretação e para que sujeito ela deverá prevalecer.²¹⁷

Deste modo, o critério *pro persona* seria falacioso. Permitiria de modo atécnico ao intérprete selecionar a norma de modo a alcançar o resultado pré-concebido. Para os opositores do princípio *pro persona*, o rompimento do critério da hierarquia e a prevalência da norma favorável desconsideraria as técnicas usuais de concorrência e da proporcionalidade para ofertar uma solução "pseudo-jurídica", nas palavras de Leonardo Martins e Thiago Oliveira Moreira. Os mesmos autores concluem sobre as consequências da primazia da norma mais favorável: "Essa visão 'consumista' do direito, pautada na suposta liberdade de escolha pelo operador de um parâmetro que convenha ao resultado por aquele pretendido, corrompe a ordem constitucional vigente".²¹⁸ A crítica é contundente, e a partir dela caberia ao intérprete e aplicador do direito exaurir o ônus de fundamentar a posição assumido e fazer uso de outras técnicas de argumentação jurídica e resolução de conflitos. George Galindo, por exemplo, ao reconhecer o *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, afirma que eventuais colisões deveriam ser resolvidas pelo método da ponderação, assim como os Tribunais já fazem com diversos dos direitos previstos na Constituição, como por exemplo a liberdade de expressão e a privacidade.²¹⁹ Assim, seria desnecessário recorrer ao critério *pro persona* para resolver conflitos aparentes, os quais as Cortes já estão habituadas a enfrentar de acordo com técnicas hermenêuticas clássicas.

As críticas são convincentes, mas tendem a ser respondidas a partir da solução que se dá ao problema em concreto. A definição de qual a norma mais favorável em situações litigiosas será inevitavelmente complexa, e de fato não há uma resposta categórica a respeito da norma prevalente, cuja construção dependerá do processo argumentativo de elaboração da

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações... *Op. Cit.*, p. 341; SILVA, Caíque Tomaz Leite; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Sindona de. O décimo aniversário da emenda 45... *Op. Cit.*, p. 145. Nota de rodapé 17.

²¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso...* *Op. Cit.*, p. 105.

²¹⁸ MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle... *Op. Cit.*, p. 313.

²¹⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º do art. 5º da Constituição Federal... *Op. Cit.*, p. 126.

decisão administrativa ou judicial regido pelas normas do devido processo legal e do contraditório. Acima de tudo, o critério *pro persona* não desqualifica ou exclui outros métodos de solução de conflitos, como o método da ponderação²²⁰ ou a interpretação conforme. O que ele faz é acrescentar um elemento menos abstrato de resolução ao processo de decisão: o privilégio da defesa da pessoa humana mesmo quando estejam sendo sopesados direitos com conteúdos *a priori* inconciliáveis. Se o principal escopo é a proteção do ser humano, nem mesmo faria sentido dar primazia a uma norma jurídica com base na sua origem nacional ou internacional. Todo sentido, por sua vez, tem em dar primazia a determinada norma com base no seu caráter mais ou menos protetivo.²²¹ Ao fim, o critério *pro persona* serve de guia hermenêutico que privilegia a pessoa humana em detrimento de soluções que visariam, por exemplo, proteger conceitos abstratos como moral, bons costumes, segurança nacional, entre outros.

Seja a adesão à teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais (teoria interna), seja a utilização do princípio da proporcionalidade para a solução de conflito de normas de mesma hierarquia (teoria externa),²²² ambas podem acontecer *em harmonia* com o critério *pro persona*. O mais relevante é que não se admite utilização retórica de princípios para justificar a prevalência de uma posição a respeito de algum direito humano.²²³ Há um dever por parte do intérprete de cumprir seu ônus argumentativo adequadamente mediante a utilização de critérios compartilhados de fundamentação jurídica. Desse modo, possivelmente o critério *pro persona* seja responsável pela mutação da ordem constitucional vigente ao invés de corrompê-la. A proteção do ser humano e prevalência dos direitos humanos são orientações normativas da Lei Fundamental,²²⁴ motivo pelo qual é a técnica jurídica que deve se adaptar ao projeto político do constituinte, e não o contrário.

²²⁰ "É claro que, em face da pluralidade dos Direitos Humanos, fica difícil muitas vezes identificar qual é a 'norma mais favorável', uma vez que uma norma mais protetiva a determinado indivíduo pode desproteger outro, como nos mostram os clássicos conflitos entre a proteção do meio ambiente o direito de propriedade ou entre a liberdade de informação e privacidade. Neste ponto, há de se valorizar a atividade de ponderação de interesses que é desenvolvida, sem maiores traumas, pelos órgãos internacionais judiciais ou quase-judiciais de Direitos Humanos". (RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez., 2009. p. 258).

²²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 174-175.

²²² Sobre a distinção entre tais teorias, ver: BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 448-485; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 126-158.

²²³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 108-135.

²²⁴ O que muda radicalmente é a lógica interpretativa, doravante teleológica e orientada para a finalidade última do ordenamento jurídico, a proteção máxima do ser humano. (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional...** *Op. Cit.*, p. 118).

A primazia da norma mais favorável também poderia ser encarada como problemática para aqueles que defendem soluções não hierárquicas para solução de problemas envolvendo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Não se nega que os tempos atuais são de *sincretismo constitucional*, realidade em que normas nacionais e internacionais são complementares.²²⁵ Nesse sentido, os autores transconstitucionalistas²²⁶ discorrem aprofundadamente sobre os perigos de definir hierarquias rígidas das normas.

Com apoio na teoria transconstitucional de Marcelo Neves,²²⁷ Marcelo Torelly indica o modo de relacionamento *não hierárquico* (heterárquico) das ordens jurídicas no contexto da governança transversal dos direitos fundamentais. O processo considera "a especial relevância que os *problemas* constitucionais têm no sistema jurídico, mas sem determinar uma prevalência *a priori* do direito constitucional doméstico sobre o direito internacional dos direitos humanos ou vice-versa".²²⁸ A negativa de uma solução hierarquizante leva à retroalimentação das decisões pelas Cortes nacionais e internacionais,²²⁹ o que representa um processo de construção e reconstrução da jurisprudência sobre direitos humanos.²³⁰

²²⁵ SILVA, Caíque Tomaz Leite; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Sindona de. O décimo aniversário da emenda 45... *Op. Cit.*, p. 155.

²²⁶ Anderson Teixeira define o fenômeno transconstitucional do seguinte modo: "(...) o constitucionalismo global pode ser concebido, em termos gerais, como um processo global de afirmação da ubiquidade da existência humana como um bem em si, independentemente de concessões de direitos ou atribuições de sentido/significado estatais, que demanda reconhecimento de direitos não mais vinculados apenas a um Estado nacional específico e que termina redefinindo os objetivos finalísticos do próprio Estado, pois pressiona rumo a integração política internacional e promove, por um lado, diversas esferas transversais de normatividade, enquanto que, por outro, reforça o papel do Estado na proteção interna dos direitos individuais, na afirmação dos direitos culturais e na instrumentalização das políticas globais". (TEIXEIRA, Anderson Vichikesnki. *Constitucionalismo transnacional... Op. Cit.*, p. 159).

²²⁷ O transconstitucionalismo admite "hierarquia entrelaçadas" de ordens jurídicas nacionais e nacionais e supranacionais (ou entre múltiplas ordens, o que acresce em complexidade a análise). As relações entre os sistemas, embora haja hierarquia dentro deles, são heterárquicas, nas quais nenhum deles detém a palavra final sobre o problema a resolver. A teoria parte do pressuposto de que os ordenamentos estão constituídos em "redes construtivas" de normas e sentidos, no que há aprendizado recíproco. Nesse sentido, cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência Latino Americana*. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 255-284; NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, v. 93, p. 201-232, 2014.

²²⁸ TORELLY, Marcelo. **Governança transversal... Op. Cit.**, p. 99.

²²⁹ A retroalimentação das decisões é a consequência da perspectiva horizontal de um Direito Internacional dos Direitos Humanos aplicável segundo a lógica do Direito Comparado: "Como todas as linguagens, incluindo o Direito, refletem o mundo que seus falantes habitam, o que encontra expressão para um pode não encontrar ou ressoar no outro. Como uma forma de tradução, o Direito Comparado está atento ao fato de que uma lei estrangeira com frequência precisará ser adaptada". (KNOP, Karen. *Here and there: International law in domestic courts*. **New York University Journal of International Law and Politics**, New York. v. 32. n. 2, p. 501-535, 2000. p. 529).

²³⁰ TORELLY, Marcelo. **Governança transversal... Op. Cit.**, p. 132.

No entanto, entende-se que as soluções heterárquicas do transconstitucionalismo e aquelas típicas dos diálogos jurisdicionais não são incompatíveis com o estabelecimento de critérios especiais de resolução de conflitos. Notadamente porque em face de um problema constitucional, imerso na diversidade das normas jurídicas, o aplicador do Direito obriga-se a, primeiramente, definir *a priori* qual a norma de maior hierarquia que prevalecerá e iluminará a interpretação das normas inferiores. O critério *pro persona* convive com essa proposta, relativizando-a e compreendendo até mesmo a utilidade da proposta heterárquica, possibilitando que o diálogo entre as Cortes aconteça sob o fundo comum da proteção máxima do ser humano.

O que se quer dizer é que mais importante do que definir a hierarquia dos tratados de direitos humanos, possivelmente seja estabelecer os métodos para um diálogo frutífero e efetivo em um contexto de pluralismo que depende inclusive de mecanismos de respeito às decisões de Cortes internacionais.²³¹ Do mesmo modo, independentemente da técnica jurídica empregada (e aqui defende-se a utilidade e plena aplicabilidade do princípio *pro persona*), o importante é a aceitação do novo paradigma de cooperação entre Estados vivido, no qual os textos normativos se abrem às experiências externas e se legitimam na medida de seu comprometimento com as causas mundiais comuns.²³²

Na América Latina, por exemplo: (a) a Constituição do Equador, no art. 11.3, obriga a aplicação imediata dos tratados internacionais de direitos humanos por todo órgão estatal e reconhece expressamente nos artigos 417 e 424 a aplicação do princípio *pro persona*; (b) a Constituição da Bolívia reconhece no art. 256 o *status* supranacional dos tratados de direitos humanos; e (c) a Constituição Argentina, no art. 75.22, reconhece a existência de um bloco de constitucionalidade formado por tratados internacionais de direitos humanos. Em outros termos, na América Latina existem regulamentações diversas sobre o *status* dos tratados de direitos humanos, porém, existe um núcleo comum cooperativo que é a existência em si de um sistema regional de proteção de direitos humanos, o SIDH.²³³

Há propostas doutrinárias que, cientes do contexto cooperativo internacional e relativização dos dogmas hierárquicos da teoria da norma, propõem outros ângulos de análise. Ao tempo em que reconhecem a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos, essas

²³¹ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012. p. 522.

²³² MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação... *Op. Cit.*, p. 120-121.

²³³ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune... *Op. Cit.*, p. 40-42.

propostas admitem, a par do *status* dessas normas, a existência de um duplo controle²³⁴ de validade de normas no Direito brasileiro desde que o Estado aderiu ao SIDH e acatou a competência consultiva e contenciosa da Corte IDH.

Segundo essa teoria,²³⁵ os direitos humanos no Brasil são garantidos pelo controle de constitucionalidade e *controle de convencionalidade*. Em vista do consenso a respeito da necessidade de proteção dos direitos humanos, tem igual relevância discutir a hierarquia dos tratados e definir por meio de um duplo controle a validade de uma norma. Seria válida a norma que além de constitucional fosse conforme os tratados de direitos humanos em vigor. Fala-se, assim, em controle de constitucionalidade em paralelo ao controle de convencionalidade sem que a hierarquia seja o centro das discussões.²³⁶

O respeito a um determinado direito deve passar por esse duplo crivo. Se falhar em um deles, cumpre tomar as medidas adequadas determinadas no outro. Assim, por exemplo, cabe ao Brasil por meio de seus três Poderes cumprir integralmente a sentença da Corte IDH no Caso Araguaia, revogar sua lei de anistia e punir torturadores, embora tenha julgado constitucional a Lei de Anistia na ADPF n. 153.²³⁷ Não existiria dessa maneira conflito verdadeiro entre ordem jurídica nacional e internacional. O duplo controle pressupõe atuações em âmbitos *diversos*.²³⁸ Enquanto o Supremo Tribunal Federal resguardaria a Constituição, a Corte IDH, por exemplo, resguardaria a Convenção Americana. O teste de

²³⁴ Com especial referência a RAMOS, André de Carvalho. *Curso... Op. Cit.*, p. 411-413.

²³⁵ A teoria do duplo controle tal como tratada neste trabalho visa demonstrar a imprescindibilidade de compatibilização das normas com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos. Ela diverge de outras teorias, que com o mesmo nome querem significar regimes distintos. Exemplificativamente, Valerio Mazzuoli também sustenta o duplo controle vertical dos atos normativos, mas sua teoria tem uma peculiaridade. Segundo o autor, todos os atos infraconstitucionais deverão ser compatíveis com dois blocos de normas: (a) Constituição e tratados de direitos humanos, para o autor no mesmo nível hierárquico constitucional e (b) tratados comuns, os quais segundo o autor estão acima das leis ordinárias e atos administrativos. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso... Op. Cit.*, p. 407).

²³⁶ BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ (RFD)**, Rio de Janeiro, v.1, n. 19, p. 1-39, jun./dez. 2011.

²³⁷ PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. p. 442.

²³⁸ A teoria do duplo controle se ajusta à explicação do conceito de *soberania descentralizada*. Alec Stone Sweet discorre sobre o conceito, no qual se define o compartilhamento de centro de competência decisória, especialmente em questões afetas aos direitos fundamentais. Haveria no Estado Constitucional pluralista mais de um centro final de decisão, com coordenação múltipla das decisões. Ou seja, a decisão final em matéria de direitos fundamentais não estaria reservada à competência exclusiva de um único centro decisório soberano. A proposta, sem embargo, não está isenta de críticas, mormente em função dos conflitos possíveis entre essas ordens. Para uma introdução sobre a temática, que aqui não será aprofundada, cf. SWEET, Alec Stone. *A cosmopolitan legal order: constitutional pluralism and rights adjudication in Europe*. **Global Constitutionalism**, Cambridge, v. 1, n. 1, p. 53-90, 2012.

validade de qualquer norma interna deve, segundo essa teoria, passar pelos dois controles de modo independente.²³⁹

A teoria do duplo controle é coerente com o novo escalonamento jurídico indicado por Flávia Piovesan, segundo a qual diálogos entre jurisdições nacionais e internacionais contribuem para parâmetros sempre mais protetivos, em que a noção clássica de ordem jurídica fechada e autorreferente centrada na Constituição cede lugar ao paradigma *trapezoidal*. Ao invés de uma pirâmide normativa de Kelsen, tem-se no topo do ordenamento a Constituição e os tratados de direitos humanos. O ordenamento jurídico se escalonaria, portanto, em formato de trapézio.²⁴⁰ Sob outro ângulo ainda, há referência pura e simples ao diálogo entre fontes, em que Direito interno e internacional se comunicariam de forma a efetivar do melhor modo possível a proteção do ser humano. Essa é uma perspectiva de quebra da análise clássica do ordenamento em pirâmide e estabelecadora do primado da norma mais favorável.²⁴¹

Certamente que não se nega que o paradigma monista constitucional, no qual a pirâmide Kelsen é a referência de análise, ainda é forte. Mas ao menos a "dogmática pós-estadualista está em construção".²⁴² Aos poucos vai se superando a ideia enraizada de que a lei estatal não possui concorrência e a própria teoria da constituição vai passando por uma fase de reformulação: "A constituição da ordem jurídica deixa de ser a constituição do Estado, para passar a ser o conjunto (observado) de regras que regulam o sistema global dos direitos".²⁴³

É próprio dessa nova configuração em construção, ao lado do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade. À sua explicação, no entanto, precede a pergunta: independentemente da influência que as normas convencionais têm na invalidação de normas nacionais, até que ponto elas influenciam na *interpretação* dos princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico interno de uma nação?

David Sloss e Michael Van Alstine classificam os modos de aplicação das normas de Direito Internacional de Direitos Humanos. Ao lado da (i) *aplicação direta*, correspondente àquela manifestada no controle de convencionalidade sobre o qual se discorrerá no capítulo seguinte, tem-se a (ii) *aplicação indireta*, a qual se vale das normas

²³⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso...* Op. Cit., p. 411-413.

²⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito...* Op. Cit., p. 182-183.

²⁴¹ TOYODA, Hisashi. Supraconstitucionalidade dos tratados internacionais e direito interno: o diálogo das fontes e a ética das virtudes. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 27, n. 2, p. 95-132, jul./dez. 2012. p. 115-117.

²⁴² HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo jurídico...* Op. Cit., p. 226.

²⁴³ HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo jurídico...* Op. Cit., p. 227-228.

internacionais como forma de compatibilizar a prática nacional com a internacional. Esta segunda forma de aplicação, segundo os autores, é a mais difundida técnica de integração do Direito Internacional aos ordenamentos jurídicos nacionais.²⁴⁴

Desse modo, adicione-se à doutrina do duplo controle a importância de interpretar o Direito nacional à luz dos tratados de direitos humanos, e para isso fazer uso das técnicas hermenêuticas e princípios consagrados internacionalmente, principalmente o princípio *pro persona*. A discussão sobre a hierarquia do tratado em alguns aspectos é apenas uma das variáveis do processo de aplicação normativa, mesmo porque a jurisprudência brasileira já assume em alguns casos que as disposições de tratados e decisões de Cortes internacionais são no mínimo *úteis* à compreensão do sentido das normas constitucionais. Novamente a hierarquia da norma, nessas situações hermenêuticas, é uma questão acessória.²⁴⁵

Independentemente do nível hierárquico do tratado, os tribunais fazem uso das normas nele previstas para o fim de compreender o alcance e significado de normas legais e constitucionais.²⁴⁶ A lógica do Direito Internacional dos Direitos Humanos direciona a interpretação da normativa interna à luz dos tratados internacionais, de modo que "a lei deve ser pensada, interpretada e aplicada com a filosofia jurídico-política do tratado de direitos humanos".²⁴⁷ Nos termos em que discorre Humberto Henderson, "deve existir harmonização entre a lei e as linhas ideológicas e normativas do tratado".²⁴⁸ A incorporação do tratado leva ao fenômeno da interpretação conforme, "por meio da qual busca-se interpretar o direito interno de maneira compatível com as obrigações internacionais, garantindo seu cumprimento pelo Estado".²⁴⁹

Entre duas ou mais interpretações possíveis, aquela que melhor se coaduna com as normas de tratados de direitos humanos é preferível. Uma *interpretação convencionalmente adequada ou conforme os tratados* é uma exigência jurídica decorrente da incorporação dos tratados de direitos humanos, porquanto não faria sentido lógico assumir o compromisso internacional, recepcionando na forma definida constitucionalmente o tratado de direitos humanos, para posteriormente acatar a leitura da legislação nacional *contrária* à previsão do

²⁴⁴ SLOSS, David; ALSTINE, Michael Van. **International Law in Domestic Courts**. 2015. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/889>>

²⁴⁵ MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **Revista Internacional de Direitos Humanos - SUR**, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 215-235, jun. 2013. p. 222.

²⁴⁶ *Idem*, p. 229.

²⁴⁷ HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales... *Op. Cit.*, p. 79.

²⁴⁸ *Idem*, p. 81.

²⁴⁹ MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais: sentenças paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 76-112, jan./jul., 2016. p. 86.

tratado. Sendo assim, a interpretação conforme é uma técnica de interpretação que faz com que as Constituições de cada país sejam "'harmonizadas' com os postulados e princípios que surgem dos tratados sobre direitos humanos assim como da jurisprudência da Corte IDH, *para alcançar uma maior eficácia*".²⁵⁰

Todos os Poderes Públicos estão vinculados ao conteúdo dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, os quais têm força normativa após internalizados. Essa constatação obriga que a aplicação de qualquer norma jurídica por agentes públicos aconteça em conformidade com os direitos humanos.²⁵¹ Agustín Gordillo definiu de modo exemplar o que seria uma interpretação convencionalmente adequada, muito embora não tenha apelidado o método do mesmo modo. Segundo ele: "Uma interpretação a) realista e sensata, b) valiosa ou justa, c) teleológica ou finalista, d) que se dê conta da circunstância fática que determinou nossa adesão, não pode senão buscar aqueles métodos de interpretação que em cada caso melhor assegurem a efetividade e vigência de tais normas e princípios".²⁵² É dizer, o cumprimento da obrigação internacionalmente assumida só pode se realizar se os órgãos estatais interpretam as normas e editam seus atos em conformidade com a normativa internacional. Aí está o fundamento da interpretação convencionalmente adequada ou interpretação conforme às convenções de direitos humanos.

Os tratados devem ser (e são na prática) parâmetro de interpretação das normas. Como o efeito prático da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 466.343 foi a paralisia de todas as normas infraconstitucionais autorizadas da prisão do depositário infiel, na lógica da decisão que adotou a tese da supralegalidade só uma emenda constitucional que detalhasse o procedimento da prisão prevista no art. 5º revigoraria a eficácia da norma constitucional. A emenda, todavia, estaria sujeita ao controle de constitucionalidade por violação ao princípio da proibição do retrocesso, por exemplo. Em termos práticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos serviu até mesmo para interpretar dispositivo *da Constituição*.²⁵³ Ou seja, tratados de direitos humanos podem servir de parâmetro interpretativo de normas constitucionais.²⁵⁴ Exemplo categórico de interpretação do direito à liberdade de expressão à luz de tratado internacional é a dispensa da exigência do diploma de jornalista no Brasil com base em opinião consultiva da Corte IDH.²⁵⁵ No Recurso

²⁵⁰ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos. **Estudios constitucionales**, Talca, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 133.

²⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 99.

²⁵² GORDILLO, Agustín Alberto *et al.* **Derechos humanos...** *Op. Cit.*, p. II-12.

²⁵³ MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados... *Op. Cit.*, p. 219-220.

²⁵⁴ *Idem*, p. 220.

²⁵⁵ MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados... *Op. Cit.*, p. 222.

Extraordinário n. 511.961, o Supremo Tribunal Federal apoiou-se na Opinião Consultiva n. 05/1985 da Corte IDH²⁵⁶ para declarar inconstitucional a exigência de diploma para exercício da profissão de jornalista, seguindo os parâmetros adotados pela Corte Internacional, cuja opinião foi de que leis que condicionam o exercício da profissão à associação classista desestimulam a liberdade de expressão e violam o art. 13 do Pacto de São José.²⁵⁷

O dever de interpretação convencional foi mencionado pela Corte IDH no Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Em seu voto, o Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor aludiu à doutrina do controle de convencionalidade e exortou os juízes internos, primeiros intérpretes da Convenção, a "harmonizar a legislação nacional aos parâmetros interamericanos". Embora tenha negado a última palavra à Corte IDH, mencionou a importância da irradiação de sua jurisprudência em um contexto de diálogo, em que as jurisdições constroem em conjunto uma doutrina de convencionalidade comum e tendente à máxima proteção dos direitos humanos.²⁵⁸

Portanto, reiteradamente se nota que a hierarquia do tratado nem sempre é o ponto fundamental na análise dos impactos das convenções de direitos humanos no ordenamento jurídico interno.²⁵⁹ O controle de convencionalidade cogente para o Poder Judiciário e para a Administração Pública, bem como a obrigatoriedade de interpretação normativa e edição de atos judiciais e administrativos à luz dos tratados internacionais, comprovam que em boa parte das vezes uma solução interpretativa não hierárquica resolve impasses e evita a responsabilização internacional do Brasil por descumprimento de compromisso convencional assumido. Evita, igualmente, responsabilização administrativa ou judicial dos agentes públicos por recusa ao cumprimento de normas jurídicas válidas.

É preciso esclarecer um detalhe neste ponto. A interpretação de qualquer norma jurídica (inferior ou superior) *à luz dos tratados* não se confunde com a interpretação *das normas dos tratados*. São atitudes distintas: (a) interpretar e aplicar normas nacionais ou internacionais conforme o que dispõem os tratados de direitos humanos vigentes e (b) interpretar as normas dispostas nos tratados de direitos humanos. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados está em vigor no Brasil e indica critérios interpretativos

²⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A associação obrigatória de jornalistas (arts. 13 e 29 da Convenção Inteamericana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-5/85. Publicada em 13 nov. 1985.

²⁵⁷ Embora haja quem analisando os votos, com grande razão, tenha verificado o uso retórico da opinião consultiva pelo Supremo Tribunal Federal. Cf. RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas... *Op. Cit.*, p. 509-510.

²⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Relator Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Publicado em 26 nov. 2010. § 87.

²⁵⁹ MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos tratados... *Op. Cit.*, p. 107.

importantes a serem seguidos para a segunda situação. Seus artigos 31 a 33 indicam regras de interpretação, resumidas em quatro: (a) a boa-fé objetiva guia a interpretação; (b) obedece-se ao princípio da primazia do texto do tratado, considerando o contexto e todo o seu conteúdo sistematizado; (c) o objeto do tratado é o que determina o sentido da interpretação; (d) a finalidade declarada do tratado determina o sentido da interpretação.²⁶⁰ Esse último aspecto, note-se, é o mais destacado: a interpretação do tratado segue a sua finalidade declarada. Logo, a interpretação de tratados de direitos humanos segue a finalidade precípua da máxima proteção do ser humano.²⁶¹

Outra classificação pressupõe para os métodos de interpretação dos direitos humanos o reconhecimento: (a) da sua máxima efetividade; (b) do princípio *pro persona*; e (c) da primazia da norma mais favorável. (a) A máxima efetividade dos direitos humanos pressupõe: (a.1) a escolha da solução que "conduza ao *maior proveito* do seu titular"; (a.2) à aplicabilidade integral dos direitos humanos titularizados pelo indivíduo, interpretando-os sistematicamente; (a.3) à aplicabilidade direta e imediata dos direitos humanos previstos nos tratados. (b) O princípio *pro persona* leva à adoção da interpretação da norma, entre as possíveis, que melhor favoreça o ser humano, atendidas os critérios já descritos. E (c) a primazia da norma mais favorável obriga a escolha da norma mais benéfica ao ser humano em caso de conflito normativo.²⁶²

A Convenção Americana, aliás, incorpora critérios próprios de interpretação, as quais não afastam aqueles da Convenção de Viena. No art. 29, a Convenção Americana faz alusão especial ao princípio *pro persona* ao estabelecer que nenhuma das disposições do Pacto de São José serão interpretadas de modo a reduzir ou excluir direitos previstos internamente.²⁶³

Distinguidas as hipóteses de interpretação à luz do tratado e interpretação do tratado, o relevante é atentar para a postura que se deve tomar diante delas. Perante um tratado internacional, seu aplicador deverá fazer uso dos métodos interpretativos consagrados na Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, bem como dos métodos que as convenções

²⁶⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 291-297.

²⁶¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito...** *Op. Cit.*, p. 46.

²⁶² RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 105-106.

²⁶³ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

de direitos humanos descrevem para a aplicação de seus dispositivos. O princípio *pro persona* tem aplicação obrigatória na interpretação dos tratados²⁶⁴ e é sem dúvida o principal guia nesse trilha, porquanto é ele quem ilumina a solução ótima em favor dos direitos humanos, mesmo com as dificuldades de operacionalização a ele ínsitas.

Por outro lado, diante de normas de origem estatal interna, a outra postura a tomar é a leitura convencionalmente adequada, de acordo com o tratado internacional de direitos humanos incorporado. O intérprete não pode descuidar da aplicação das leis e atos administrativos em compasso com os tratados de direitos humanos e as orientações do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Essa conclusão mostra nas entrelinhas o potencial transformador dos tratados de direitos humanos para ramos jurídicos tradicionalmente encarados sob a óptica da autoridade, como é o Direito Administrativo.²⁶⁵ Isto é, a incorporação dos tratados de direitos humanos e a recepção de diretrizes hermenêuticas próprias desses instrumentos internacionais (como o princípio *pro persona*) e a interpretação convencionalmente adequada impactam em todos os institutos daquele ramo jurídico, como será desenvolvido com mais atenção nos próximos capítulos.

Pode-se concluir diante disso que mais importante do que a definição de critérios hierárquicos absolutos, no que se perde a doutrina e jurisprudência brasileiras, é a percepção da necessidade do Estado de dar cumprimento às disposições dos tratados e às decisões das Cortes internacionais, adequando o ordenamento jurídico e as condutas dos agentes públicos às balizas de proteção definidas em âmbito global. Os Poderes estatais devem, para tanto, estar em constante diálogo com os órgãos internacionais.²⁶⁶ Com base nisso, cumpre investigar a seguir de que modo, além das normas previstas nos tratados de direitos humanos, também a consideração da jurisprudência internacional ocasiona algum impacto relevante no Direito brasileiro. Para os objetivos propostos, impende pesquisar principalmente em que grau essa jurisprudência vincula a Administração Pública no exercício da função administrativa e o Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional.

2.2. Vinculação relativa erga omnes e aplicação da jurisprudência internacional pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário

Viu-se no tópico anterior que independentemente da hierarquia que se atribua aos tratados internacionais de direitos humanos (pois isso só constituirá um problema quando

²⁶⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso...* Op. Cit., p. 294-295.

²⁶⁵ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Tratados de derechos humanos...* Op. Cit., p. 78.

²⁶⁶ MAUÉS, Antonio Moreira. *Supralegalidade dos tratados...* Op. Cit., p. 227.

houver conflito insanável entre tratado e Constituição ou se for assumida a hierarquia legal dos tratados, tese minoritária), há um dever dos órgãos estatais de atuação conforme a normativa internacional vigente no país. Além disso, viu-se que também independentemente da hierarquia supralegal, constitucional ou supraconstitucional dos tratados, há um dever por parte dos órgãos estatais de interpretar a legislação nacional de modo a compatibilizá-la com uma leitura *convencionalmente adequada*. Em resumo, há um dever de aplicação da legislação à luz dos tratados de direitos humanos incorporados. A teleologia do movimento humanista simbolizada nas normas cogentes dos tratados de direitos humanos recepcionados deve guiar a atuação dos órgãos estatais, sejam eles do Poder Legislativo, do Poder Judiciário ou do Poder Executivo. O objetivo de proteção do ser humano demanda do Estado o respeito à lógica que anima as convenções internacionais de direitos humanos.

Mas as perguntas que pairam diante desse quadro são: se todos os poderes estatais estão vinculados aos tratados incorporados e devem interpretar a legislação e atuar segundo os dispositivos convencionais, *a interpretação que os tribunais internacionais de direitos humanos outorgam aos pactos internacionais por meio de suas decisões é vinculante? Se sim, qual o grau de vinculação à jurisprudência das Cortes internacionais? Os efeitos das sentenças internacionais são limitados às partes ou são erga omnes?* As perguntas instigam, porque o saudável reconhecimento da auto-executoriedade do tratado internacional nem sempre garante sua efetividade. Isto é, a auto-aplicabilidade dos dispositivos nem sempre está acompanhada da aplicação das normas no modo como interpretadas internacionalmente pelas Cortes internacionais, o que lhes diminui efetividade.²⁶⁷

Os limites desse trabalho obrigam a restringir o estudo do caráter vinculante para terceiros das decisões e da interpretação das Cortes internacionais à Corte IDH,²⁶⁸ intérprete oficial da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Convenção é, sem dúvida, o principal instrumento de proteção de direitos humanos no SIDH, motivo do recorte do objeto de estudo à Corte IDH.²⁶⁹ Não se trata de diminuir a importância do Sistema Global de Direitos Humanos. Os sistemas global e regionais são complementares, de modo que sua existência concomitante oferece ao indivíduo opções mais abrangentes de escolha e

²⁶⁷ Cf. SLOSS, David; ALSTINE, Michael Van. *International Law... Op. Cit.*

²⁶⁸ Sobre os Tribunais Internacionais em atuação ao redor do globo, os diálogos nos quais se envolvem e a relevância de cada qual para o aperfeiçoamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.

²⁶⁹ Há diversas possibilidades de estudo sobre o caráter vinculante das decisões de cortes internacionais. Como lembra Piovesan, há mais de um sistema de proteção de direitos humanos. "Ao lado do sistema global, surgem os sistemas regionais de proteção que buscam internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África". (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito... Op. Cit.**, p. 333).

proteção.²⁷⁰ No entanto, o recorte é uma opção metodológica com vistas a propiciar um estudo direcionado e mais verticalizado acerca do caráter obrigatório (ou não) das decisões proferidas em casos internacionais pela Corte IDH.

Igualmente, este estudo limita-se ao exame da influência da jurisprudência da Corte IDH no Direito brasileiro, e especialmente no Direito Administrativo, sem descuidar da importância das ações da Comissão Interamericana e sem excluir de antemão o caráter vinculante de suas recomendações. Diferentemente das sentenças da Corte, o descumprimento das recomendações da Comissão Interamericana não gera responsabilização internacional do Estado. Muito embora essa seja a regra, seguir as recomendações é modo de preservar o princípio da boa-fé da Convenção de Viena, uma vez que a Comissão é um órgão de proteção da Convenção Americana com legitimidade para interpretar o tratado.²⁷¹ Aliás, como lembram Caio Paiva e Thimotie Aragon Heemann, após o Caso Loayza Tamayo a Corte IDH entende serem vinculantes também as recomendações da Comissão Interamericana, pelo princípio da boa-fé objetiva.²⁷² Não obstante isso, o assunto, envolto de polêmica, não será tratado de modo exaustivo nesta sede, na qual a análise se limitará à natureza vinculante das sentenças e opiniões consultivas do órgão jurisdicional da Convenção Americana.

A compreensão da temática pressupõe o entendimento, ainda que resumido, do funcionamento do sistema regional do qual o Brasil faz parte. O SIDH conta com quatro principais diplomas normativos: (i) Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948; (ii) Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948, intitulada simplifadamente de Carta da OEA; (iii) Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica; e (iv) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988, também denominada Pacto de São Salvador.²⁷³ Apesar desses quatro instrumentos, pode-se dizer que fundamentalmente a base do sistema é dual, porque seus instrumentos fundadores e sustentadores são a Carta da OEA e o Pacto de São José.²⁷⁴

Por conta do que preveem esses dois instrumentos citados, os principais órgãos de atuação no SIDH são a Comissão e Corte IDH. É importante mencionar que o SIDH é

²⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 338.

²⁷¹ BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **Revista Internacional de Direitos Humanos - SUR**, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 135-155, dez. 2011. p. 147.

²⁷² PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional...** *Op. Cit.*, p. 82.

²⁷³ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 114.

²⁷⁴ FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 194.

supranacional, o que significa dizer que se rege por uma lógica diferente da estatal, impulsionada por especialistas em direitos humanos (seja na Comissão ou na Corte), e não pelos interesses dos Estados que indicam esses especialistas.²⁷⁵

A Comissão Interamericana foi instituída pela Carta da OEA e, nos termos do art. 106, tem como função "promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria". O mesmo dispositivo da Carta de 1948 previu, para o futuro, que: "Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria".

Dita Convenção foi assinada durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica na data de 22 de novembro de 1969. Além de prever uma série de direitos e deveres (Parte I), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estruturou na sua Parte II os meios de proteção dos compromissos assumidos pelos Estados que aderiram ao tratado internacional. Designou-se como órgãos competentes para conhecer os assuntos da Convenção a Comissão Interamericana e a Corte IDH (art. 33).

A Comissão é composta de sete membros, e tem entre suas *principais* funções, definidas no art. 41 da Convenção Americana, as seguintes: (a) formulação de recomendações aos Estados em prol do fortalecimento dos direitos humanos e aperfeiçoamento da legislação interna; (b) recebimento de petições relativas ao descumprimento da Convenção pelos Estados partes, tanto por pessoas físicas quanto pelos Estados; (c) apresentação de relatório anual à OEA acerca dos avanços e retrocessos na proteção dos direitos humanos no SIDH.

Recebida uma denúncia pela Comissão Interamericana, ela tem o dever de verificar o cumprimento dos requisitos de análise (art. 46).²⁷⁶ Recebida a petição, o Estado é notificado para respondê-la, e é aberta a possibilidade de conciliação entre vítima e Estado (art. 50). Caso não seja viabilizada uma solução amigável e nem seja sanada a violação

²⁷⁵ BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos... *Op. Cit.*, p. 146.

²⁷⁶ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Art. 46. 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

identificada, além da publicação de relatório expositivo da contrariedade às normas da Convenção, a Comissão levará o caso à Corte IDH, nos termos de seu regulamento.

No SIDH, diferentemente, por exemplo, do que se passa no Sistema Europeu, o processo internacional perante a Corte de Direitos Humanos só tem início a partir da provocação da Comissão Interamericana ou de algum dos Estados partes do Pacto de São José (art. 61.1). Até o presente momento, o indivíduo não é legitimado para dar início ao processo internacional, embora já se admita a participação da vítima como interessada no processo.

Por sua vez, a Corte IDH é o órgão jurisdicional criado pela Convenção Americana, composta por sete juízes, e tem competência consultiva e contenciosa (art. 63 e 64). A competência consultiva existe para esclarecimento dos Estados a respeito da interpretação da Convenção e da adequação da legislação interna às normas do tratado.

A competência contenciosa diz respeito à verificação de violação de algum preceito da Convenção por Estados que declararam expressamente sua submissão à Corte para resolução de litígios internacionais. Além da Convenção Americana, a Corte tem competência contenciosa para analisar violação aos direitos previstos nos arts. 8.1, "a" e 13 do Pacto de São Salvador (direito à associação sindical e à educação) e os direitos previstos na Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher.²⁷⁷

As sentenças da Corte são definitivas e inapeláveis (art. 67), e os Estados se comprometem a cumprir integralmente seus dispositivos quando condenados (art. 68). As sentenças da Corte IDH são sentenças internacionais. São, portanto, diferentes de sentenças estrangeiras, e por isso não precisam de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça e surtem efeitos por si só desde sua publicação.²⁷⁸

Cabe aos Estados, em função do art. 2 da Convenção, adotar todas as medidas legislativas e de outras naturezas necessárias à efetivação dos direitos previstos na Convenção, de que é intérprete oficial a Corte IDH (art. 62). As sentenças da Corte não anulam as decisões judiciais ou administrativas internas.²⁷⁹ Essa característica deixa de ser

²⁷⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. **Ius - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, Puebla, a. 5, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011. p. 136.

²⁷⁸ CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./mar. 2013. p. 135.

²⁷⁹ BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 60.

uma fraqueza a partir do momento que o Estado incorpora a Convenção e seus órgãos conferem normatividade superior a ela.²⁸⁰

Seja como for, os efeitos da sentença são outros, consistentes em medidas geralmente reparadoras em sentido amplo. Diferentemente da Corte Europeia de Direitos Humanos, que faz amplo uso da doutrina da margem de apreciação, a Corte IDH estabelece em suas sentenças medidas concretas de reparação.²⁸¹ As sentenças da Corte IDH dirigem aos Estados não só obrigações de pagar, mas também de fazer e de não-fazer.²⁸² Até que a sentença seja cumprida, em decorrência de construção jurisprudencial da Corte IDH e não por previsão no tratado constitutivo, existe o monitoramento e supervisão por parte do tribunal de modo a pressionar o Estado a respeitar a autoridade da decisão internacional. Segundo a jurisprudência da Corte IDH, a legitimidade de supervisionar o cumprimento de suas sentenças é ínsita à função jurisdicional que lhe é própria.²⁸³

Caso o Estado se recuse a cumprir as sentenças, é responsabilizado internacionalmente. Ademais, está definido na Convenção que anualmente a Corte enviará relatório à OEA informando a Assembleia Geral da Organização sobre os Estados que descumprem suas sentenças (art. 65).

De outra sorte, a competência consultiva se manifesta por meio das opiniões emitidas pela Corte a pedido de Estados que fazem parte da OEA (art. 64).²⁸⁴ Não é preciso reconhecer a competência contenciosa da Corte IDH para consultá-la sobre a interpretação do Pacto de São José ou de qualquer outro tratado.

Essas amplas competências reconhecidas pelos Estados que aderiram à Convenção fazem desta o mais importante tratado de direitos humanos do SIDH, e, no contexto brasileiro, o mais importante tratado de direitos humanos em vigor no Brasil. Como já mencionado no Capítulo 1, não se pode mais pôr em dúvida a vigência do Pacto de São

²⁸⁰ SWEET, Alec Stone. On the constitutionalisation of the Convention: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court. **Faculty Scholarship Series**. Paper 71, Yale Law School, p. 1-14, 2009. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1070&context=fss_papers>. p. 7.

²⁸¹ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 321-353, 2017. p. 325.

²⁸² COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 108.

²⁸³ BICALHO, Luís Felipe. A análise comparativa dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: particularidades sistêmicas e o delineamento de uma racionalidade uniforme. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, n. 14, v. 1, p. 42-64, 2011. p. 49.

²⁸⁴ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Art. 64. 1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

José da Costa no Brasil, eis que incorporado no ordenamento jurídico desde a publicação do Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992.

A recepção de tratados internacionais enaltece a criação de órgãos internacionais responsáveis pela sua interpretação e aplicação, fato gerador de um reforço jurídico e sociológico dos direitos previstos naqueles instrumentos internacionais.²⁸⁵ Sob essa perspectiva, não se duvida da competência da Corte IDH para conhecer dos assuntos relativos ao cumprimento das obrigações contidas no Pacto de São José pelo Estado brasileiro, desde o depósito de aceitação da competência obrigatória da Corte IDH junto à Secretaria-Geral da OEA em 10 de dezembro de 1998.²⁸⁶ O Brasil, anos após a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, declarou expressamente o reconhecimento da competência da Corte IDH para interpretação e aplicação desse tratado, e no art. 1º do Decreto Executivo n. 4.463/2002 reconheceu-se expressamente pela via normativa a competência interpretativa e contenciosa da Corte.²⁸⁷ No entanto, apesar do longo tempo de vigência do Pacto de São José no Brasil, "tem sido notado pouco impacto das decisões da Corte no debate constitucional nacional".²⁸⁸

De modo a contornar o cenário de precariedade na tutela do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e para a efetivação do processo de aplicação e interpretação convencionalmente adequada dos tratados de direitos humanos, é fundamental o conhecimento do conteúdo atribuído aos direitos pelos seus intérpretes oficiais. Por isso "é indispensável o estudo dos direitos humanos *interpretados pelos tribunais nacionais e internacionais*".²⁸⁹ E no que tange ao objeto específico de estudo deste tópico, a competência interpretativa da Corte IDH está reconhecida expressamente na Convenção, em seu art. 62.1: "Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos *relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção*".²⁹⁰

²⁸⁵ CAMPOS, Germán J. Bidart. **Teoría general...** *Op. Cit.*, p. 358.

²⁸⁶ O art. 7º do ADCT se efetivou em 1998, com a aceitação da competência da Corte IDH: "O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos".

²⁸⁷ (Decreto Executivo nº 4.463/2002) Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

²⁸⁸ SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Diálogo entre tribunais...* *Op. Cit.*, p. 273.

²⁸⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 102.

²⁹⁰ Grifou-se.

Nesse quadro, o argumento mais comum para vincular a jurisprudência da Corte IDH para terceiros que não são partes de um processo internacional a todos os Poderes de Estado é o seguinte: o tribunal internacional é o intérprete último da Convenção, segundo consta no art. 62.1, regra vigente em diversos Estados signatários do Pacto de São José da Costa Rica.²⁹¹ Ou seja, a linha argumentativa mais comum compreende o reconhecimento voluntário de que a jurisprudência das Cortes internacionais é responsável pelo estabelecimento de patamares mínimos de proteção, dentro dos quais o Estado está obrigado a seguir o posicionamento do órgão supranacional, sob pena de violar o tratado. Por sua vez, a compatibilização do ordenamento interno com esses patamares mínimos definidos interpretativamente nas decisões internacionais vinculantes seria dever dos juristas e agentes públicos.²⁹²

No Brasil, a aceitação da competência contenciosa da Corte IDH a partir de 1988, aliada à interpretação conjunta do art. 4º, II, art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição e art. 7º do ADCT, indicariam a vinculação de todos os órgãos de Estado à interpretação da Convenção tal como feita pela Corte de São José.²⁹³ Do mesmo modo que todos os Poderes de Estados e agentes públicos estão diretamente obrigados às normas estatais,²⁹⁴ a interpretação que a Corte IDH atribui à Convenção Americana e os juízos que elabora sobre normas internas (na competência consultiva ou contenciosa) vincularia toda manifestação jurídica e ato material estatal relativos a questões de fato análogas. As normas de Direito Internacional de Direitos Humanos, "juntamente com a interpretação dada pelas Cortes e Tribunais Internacionais devem servir de parâmetro para os que exercem a jurisdição no âmbito doméstico brasileiro".²⁹⁵ Assim, a incorporação dos tratados de direitos humanos presumiria a

²⁹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 210.

²⁹² GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. El derecho administrativo argentino y su desafío frente al régimen americano de derechos humanos. **Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello.** Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007. p. 128.

²⁹³ BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos... *Op. Cit.*, p. 148.

²⁹⁴ "(...) *todas* as autoridades públicas (todos os órgãos do Estado) são responsáveis pela execução dos tratados no plano interno, porque a obrigação de cumprir os tratados em *todos* os seus termos incumbe *ao Estado* no seu conjunto, na sua qualidade de *sujeito* do Direito Internacional Público. Tanto o Poder Executivo, como o Legislativo e o Judiciário, no quadro das respectivas competências, têm o dever de garantir a plena execução do ato internacional na órbita interna, sob pena de responsabilização internacional do Estado". (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 396). Nesse mesmo sentido, Jaime Orlando Santofimio Gamboa explica que "A convencionalidade domina (...) o pleno funcionamento dos Poderes Públicos de todos os Estados, assim como a atividade de todas suas autoridades, penetrando espaços ou esferas debaixo de critérios de preponderância e vinculatividade, nos cenários da mais variada natureza, como os referentes às decisões que estas devam tomar em aspectos relativos aos direitos humanos, sociais, políticos, militares, econômicos, etc.". (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 30).

²⁹⁵ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 212.

incorporação da interpretação que os órgãos internacionais conferem aos pactos,²⁹⁶ o que naturalmente se manifesta nas sentenças e opiniões consultivas.²⁹⁷

O fato de o art. 62.1 da Convenção Americana posicionar a Corte IDH como intérprete oficial do tratado é desta forma o principal argumento da jurisprudência internacional em defesa do caráter vinculante de seus precedentes. Mais relevante ainda é que além de outorgada essa competência interpretativa da Convenção à Corte IDH, nenhum outro instrumento internacional atribuiu a outro órgão tal incumbência.²⁹⁸ Logo, o Estado que internaliza o Pacto de São José termina por reconhecer a Corte IDH como detentora da palavra final sobre a interpretação correta da Convenção, com exclusão de qualquer outro órgão.

Por meio do uso da doutrina do controle de convencionalidade, a Corte IDH já defendeu *expressamente* a vinculação de sua jurisprudência pelos Estados. No voto do Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* consta esse suposto dever de acatar a interpretação que a Corte dá à Convenção em seus julgados. Naquele caso, julgado no ano de 2006, a Corte IDH definiu a obrigatoriedade do controle de convencionalidade e da aplicação da interpretação que a última intérprete do Pacto de São José da Costa Rica faz de seus dispositivos. No parágrafo 124 da sentença constou o trecho sempre repetido nos julgados e doutrina sobre a temática: "Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, última intérprete da Convenção Americana".²⁹⁹

Sete anos depois, de modo emblemático, no Caso *Guelman vs. Uruguai*, a Corte IDH se posicionou pela existência de efeitos *erga omnes* dos seus julgados, distinguindo duas consequências do controle de convencionalidade pelos órgãos estatais: (a) o efeito direto das sentenças sobre os Estados partes de algum processo internacional, situação em que a coisa julgada internacional obriga o cumprimento de uma decisão determinada por todos os agentes

²⁹⁶ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º do art. 5º da Constituição Federal... *Op. Cit.*, p. 128-129.

²⁹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 108; CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: **El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo**. México: UNAM, 2013. p. 83.

²⁹⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno... *Op. Cit.*, p. 135.

²⁹⁹ O parágrafo completo está assim redigido: "A Corte está consciente de que os juízes e os tribunais estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições em vigor no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado tenha ratificado um tratado internacional, como a Convenção Americana, os seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ele, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, e que desde o início careçam de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade' entre as normas jurídicas internas que se aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, última intérprete da Convenção Americana". (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Publicado em 26 set. 2006. § 124).

estatais; e (b) o efeito *erga omnes*, incidente sobre Estados partes da Convenção que não tenham sido parte de um processo internacional, mas que em situações semelhantes se obrigam por meio de todos os seus órgãos a seguir a jurisprudência internacional.³⁰⁰

Especialmente no parágrafo 69 do voto do cumprimento de sentença do mesmo Caso Guelman, a Corte fundamentou o dever dos juízes de realizar a "determinação, julgamento e resolução de situações particulares e casos concretos, levando em conta o próprio tratado e, segundo corresponda, os precedentes ou diretrizes jurisprudenciais da Corte Interamericana".³⁰¹

Entretanto, como explica Ezequiel Malarino, não se pode extrair de uma ou mais decisões da Corte IDH a obrigatoriedade de seguir suas interpretações, pois este seria um critério no mínimo falacioso. De acordo com o autor, a definitividade e irrecorribilidade das sentenças da Corte não podem ser confundidas com vinculação à jurisprudência. Ademais, em nenhum momento a Convenção estabelece uma regra de *stare decisis*, e violaria o princípio da separação dos poderes aceitar que o Judiciário (ou a Administração) criasse, à revelia do Poder Legislativo, uma regra de vinculação a precedentes no sistema de *civil law*.³⁰² De acordo com essa lógica, o fundamento da obrigatoriedade de seguir a jurisprudência internacional deve ser outro que não *a própria jurisprudência* da Corte. Deve existir algum outro fundamento jurídico, porque comumente se interpreta o Pacto de São José de modo a restringir os efeitos das decisões internacionais ao Estados litigantes.³⁰³

Porém, ainda segundo Ezequiel Malarino, inexistiria esse fundamento jurídico, porque mesmo que a Corte IDH seja a última intérprete da Convenção, ela o seria apenas no âmbito de sua competência internacional. Isto é, segundo o autor, a Corte só disporia de autoridade nos processos internacionais por ela julgados, enquanto que no âmbito interno, o último intérprete da Convenção Americana seria o Poder Judiciário nacional, responsável pela

³⁰⁰ CORTE INTEAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Caso Gelman *vs.* Uruguai . Supervisão de cumprimento de sentença. Publicado em 20 mar. 2013. §§ 67-69).

³⁰¹ CORTE INTEAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Caso Gelman... *Op. Cit.*, § 69).

³⁰² MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ESLNER, Gisela (Org.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional**. Tomo II. Berlin: Konard Adenauer, 2011. p. 438-440.

³⁰³ "As decisões judiciais proferidas pelas cortes internacionais são normas jurídicas sim, mas, na maioria das vezes, individuais e concretas, que só obrigam, permitem ou proíbem relativamente às partes litigantes. Neste sentido, não podem elas - as decisões judiciais - constituírem-se em normas gerais e abstratas; logo, não pode ser consideradas *fontes* do direito internacional, o mesmo entendimento valendo para a *doutrina*, não se podendo esquecer que esta, que se utiliza da meta-linguagem da ciência jurídica, não pode e não tem o condão de impor obrigações, permissões e proibições". (PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e Direito Internacional...** *Op. Cit.*, p. 96).

interpretação jurídica do Direito internalizado.³⁰⁴ Essa diferenciação condicionaria uma interpretação diferente daquela propugnada pela Corte IDH no Caso Almonacid Arellano e no Caso Guelman e dispensaria os Poderes de Estado de seguir obrigatoriamente a jurisprudência da Corte.

Com argumentos semelhantes, e sem rejeitar a importância da jurisprudência da Corte, Augusto Durán Martínez nega o efeito *erga omnes* das decisões da Corte IDH porque: (a) a competência da Corte está definida na Convenção; (b) a Convenção restringe no art. 68.1 os efeitos das decisões aos Estados partes do processo; (c) o art. 69 da Convenção não admite extensão dos efeitos a outros Estados; (d) a Convenção não criou nem regula um sistema de *stare decisis*; (e) depreende-se da Convenção que os efeitos das decisões se restringem unicamente aos casos concretos; (f) a Corte não pode mediante suas decisões ampliar sua competência definida convencionalmente.³⁰⁵

Por outro lado, a alta especialização de seus integrantes e seu importante papel não eximem as sentenças da Corte IDH de críticas. A ampla liberdade conferida pela Convenção em relação aos tipos de obrigações cabíveis nas sentenças internacionais proferidas seria inclusive problemática na medida em que dá à Corte margem excessiva de conformação de direitos e obrigações que a princípio não existiriam se não fosse a interpretação abrangente que se faz dos dispositivos convencionais. Como se nota, a crítica também passa pela questão do déficit democrático dos tribunais internacionais, dado esse que não pode ser desconsiderado.³⁰⁶

Apesar dos contrapontos, negar em qualquer grau os efeitos *erga omnes* e a vinculação às opiniões consultivas parece estar em desacordo com as diretrizes bases do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ademais, no caso brasileiro, essa postura de resistência parece negar os compromissos assumidos internacionalmente pelo Estado, que reconheceu expressamente e publicizou a competência contenciosa e interpretativa da Corte IDH no ano de 2002.³⁰⁷ Deste modo, a postura resistente assumiria ares de *venire contra factum proprium* e atentado à segurança jurídica.

³⁰⁴ MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad... *Op. Cit.*, p. 441.

³⁰⁵ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v.1, n.2, p. 103-130, maio/ago. 2014. p. 120-121.

³⁰⁶ TORELLY, Marcelo. **Governança transversal**... *Op. Cit.*, p. 114-115.

³⁰⁷ (Decreto Executivo nº 4.463/2002) Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Ou seja, em que pese as considerações críticas, não se pode admitir de maneira alguma a adoção de interpretação, por parte do Judiciário brasileiro, de posição frontalmente *contrária* à jurisprudência da Corte IDH em casos semelhantes. Afinal, isso seria desobedecer ao próprio conteúdo do tratado internalizado, a Convenção de Viena em vigor, e provocaria responsabilização internacional do Brasil, com o que não se pode concordar.³⁰⁸

A obrigatoriedade de levar em conta ou *orientar-se* pela interpretação dada pela Corte IDH aos dispositivos da Convenção Americana, segundo Eleonora Mesquita Ceia, "decorre do princípio *pacta sunt servanda* (...), bem como da regra do art. 27 da CVDT, que determina que os Estados não podem, por razões de direito interno, descumprir obrigações internacionais".³⁰⁹ Por sua vez, "levar em consideração" ou "orientar-se" nem de longe significa obrigar-se literalmente. Muito diferentemente de uma vinculação absoluta, guiar-se pela jurisprudência da Corte IDH é, mediante um intenso exercício de fundamentação, "ser fiel à linguagem do outro tanto como afirmar a nossa própria".³¹⁰ Em outras palavras, não se pode "simplesmente substituir o nosso próprio ponto de vista pelo original, e ainda, se nós não fizermos nenhuma tentativa de relacionar aquele ponto de vista com o nosso próprio, ele perderá a habilidade de falar para nós sobre nós mesmos".³¹¹ A juridicidade inclui além do conjunto de normas dos tratados internacionais de direito humanos "o caráter inicialmente vinculante das interpretações que os órgãos próprios de aplicação dos tratados realizam".³¹² Se o Estado concordou em cumprir a normativa convencional e aceitou submeter-se à jurisdição da Corte Internacional e responsabilizar-se em casos de violações, fugiria da lógica admitir que esse mesmo Estado pode escusar-se de seguir a jurisprudência do órgão jurisdicional competente para interpretar e aplicar as regras do tratado. O ônus argumentativo para fuga da aplicação da orientação jurisprudencial do órgão competente para interpretar a Convenção é inteiramente daquele que pretende afastá-la, e que deverá fundamentar amplamente as razões de afastamento do precedentes, sob pena de violação ao princípio da juridicidade.³¹³

Desta forma, a síntese proposta é de que os contrapontos dos opositores à obrigatoriedade absoluta da jurisprudência internacional são elucidativos a respeito da problemática, e têm o potencial de demonstrar que possivelmente é melhor afastar-se de um

³⁰⁸ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 282.

³⁰⁹ CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana... *Op. Cit.*, p. 141.

³¹⁰ KNOP, Karen. Here and there... *Op. Cit.*, p. 530.

³¹¹ *Ibidem.*

³¹² GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública**... *Op. Cit.*, p. 84.

³¹³ *Ibidem.*

modelo de vinculação *absoluta* para aceitar um modelo no qual a *persuasão*, além de refletir melhor a configuração pluralista global, possibilita diálogos mais frutíferos. No paradigma internacionalista abandona-se, assim, a perspectiva dicotômica vinculante/não-vinculante em direção a um modelo argumentativo.³¹⁴ Mais correto é falar de complementaridade e de influências recíprocas das decisões de tribunais nacionais e internacionais. Ou seja, discorrer sobre a *prevalência* ou *imposição* de uma decisão internacional ou internacional seria conduta "supérflua", segundo Cançado Trindade.³¹⁵

O papel dos tribunais nacionais e dos órgãos da Administração Pública responsáveis pela efetivação dos direitos humanos não pode ser diminuído, nem mesmo quando se admite (como se faz neste estudo) a grande importância das Cortes internacionais de direitos humanos.³¹⁶ A subsidiariedade da atuação das Cortes internacionais torna essencial o papel dos tribunais nacionais e do efetivo cumprimento dos tratados pelo Estado e todos os seus agentes. Os sistemas de proteção de direitos humanos não são substitutivos das ordens nacionais. Ao contrário, eles são *subsidiários*, além de conter em seus tratados um *piso mínimo* de proteção aos direitos humanos.³¹⁷ Desta feita, o modo com que os tribunais *nacionais* interpretam e aplicam os tratados é que definirá o grau de respeito de uma nação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.³¹⁸ São os tribunais nacionais e a Administração Pública de cada Estado os primeiros responsáveis pelas garantias previstas nos instrumentos convencionais. Desconsiderar totalmente a competência dos agentes públicos nacionais e pressupor que são desqualificadas as suas decisões não é o caminho ideal para fortalecimento do ideal protetivo que fundamenta o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Obviamente que no contexto plural é impossível inexistir disputas e conflitos entre o conteúdo decidido pelas Cortes nacionais e internacionais. Esse é um dado inelutável da realidade. Por exemplo, os atritos entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os precedentes da Corte IDH são constantes, do que é exemplo mais recente a negativa do pedido de extradição feito pela Argentina na Extradição n. 1.362, em que o Judiciário

³¹⁴ KNOP, Karen. Here and there... *Op. Cit.*, p. 512-525.

³¹⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização...** *Op. Cit.*, p. 59.

³¹⁶ O protagonismo dos tribunais internacionais de direitos humanos nos últimos anos é um fato e o crescimento das demandas internacionais também é verificável. Diante dele seria possível até mesmo comparar o fenômeno do ativismo judicial e da judicialização dos Tribunais nacionais com o que se passa em âmbito internacional. Esse paralelo, no entanto, carece de estudos mais aprofundados. Nessa linha, para uma introdução sobre os limites da atuação dos Tribunais internacionais, ativismo e judicialização, ainda que inconclusiva, cf. LEAL, Mônia Clarissa Henning. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

³¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 239.

³¹⁸ MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos tratados... *Op. Cit.*, p. 78.

brasileiro rejeitou, por maioria de votos dos Ministros, a tese pacífica no SIDH da imprescritibilidade de crimes contra a humanidade.³¹⁹ Outro exemplo de caso em que o Supremo Tribunal Federal divergiu da interpretação da Corte IDH está no processo de *impeachment* de Dilma Rousseff em comparação ao Caso Tribunal Constitucional vs. Peru. Caio Paiva e Thimotie Heemann comparam os dois casos para demonstrar que enquanto a Corte brasileira entendeu que o grau de imparcialidade em processo de *impeachment* é reduzido em função da natureza política do julgamento, para a Corte IDH deve haver ampla imparcialidade do Congresso mesmo nos julgamentos políticos. Assim, se para o Supremo Tribunal Federal pode haver juízo antecipatório e público por parte dos congressistas sobre seus votos (sem que isso configure impedimento ou suspeição), a diretriz é contrária à Convenção Americana segundo a Corte IDH.³²⁰

Em outras palavras, a existência paralela de direitos fundamentais e direitos humanos compreende o problema latente da diversidade de proteção na esfera nacional e internacional. Do mesmo modo, essa configuração leva ao problema de que "um mesmo instrumento legal receba interpretações divergentes, implicando conflitos transversais quanto à existência e aos conteúdos de determinados direitos e obrigações".³²¹

Por essas razões é que é mais útil (e esse é o ponto que realmente interessa) buscar maneiras de resolver esses conflitos³²² do que negar qualquer tipo de vinculação com base na interpretação isolada das normas legais e convencionais. Do mesmo modo, é inocente e ultrapassado falar em vinculação absoluta da jurisprudência internacional. O que não pode ocorrer é que ela seja ignorada,³²³ mas tampouco deve ser aplicada cegamente, até mesmo porque passa, no âmbito interno, por "tradução" antes de servir de parâmetro interpretativo pela Administração ou Judiciário.³²⁴

³¹⁹ Para uma análise completa dos votos da Extradicação nº 1.362 e sobre a ainda tímida tendência ao diálogo com a Corte IDH, bem como explicação da posição do relator Min. Edson Fachin sobre o caráter vinculante da jurisprudência da Corte em decorrência da regra do art. 62 do Pacto de São José da Costa Rica, cf. NOWAK, Bruna. O (quase) diálogo do STF com o Direito Internacional: o debate sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no julgamento da Extradicação 1.362. In: MENEZES, Wagner. (Org.). **Tribunais internacionais e a relação entre o direito internacional e o direito interno**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

³²⁰ "Ainda sobre o tema, registramos que o entendimento da Corte IDH a respeito da imparcialidade exigida no processo de *impeachment*, foi citado (I) pelo - então - Advogado-Geral da União José Eduardo Cardoso em petição dirigida à Presidência da Câmara dos Deputados, (II) na petição inicial da ADPF 378, (III) no parecer dos professores Juarez Tavares e Geraldo Prado para instruir a ADPF 378 e (IV) na denúncia apresentada à CIDH em favor da ex-presidente Dilma Rousseff". (PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional...** *Op. Cit.*, p. 136).

³²¹ TORELLY, Marcelo. **Governança transversal...** *Op. Cit.*, p. 68.

³²² SWEET, Alec Stone. On the constitutionalisation... *Op. Cit.*, p. 12.

³²³ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 129-130.

³²⁴ "Assim como sabemos que a tradução de uma linguagem para outra exige mais que literalidade, nós devemos reconhecer a criatividade, e portanto a incerteza, envolta na interpretação doméstica. Enquanto os modelos atuais

Os conflitos entre normas ou interpretações são comuns. Os embates são inevitáveis, e o melhor jeito de resolvê-los possivelmente não seja por meio da força nem mesmo outorgando a alguém a competência de decisão final e impositiva, mas propiciando o desenvolvimento de sínteses interpretativas progressivas.³²⁵ André de Carvalho Ramos chama esse processo construtivo de "fertilização cruzada", segundo ele benéfico principalmente para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, "que lida com normas de redação genérica, contendo valores muitas vezes conflitantes".³²⁶

Sendo assim, a partir de uma perspectiva realista será ideal encontrar a interpretação adequada da Convenção Americana e do ordenamento jurídico brasileiro, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que permita compreender de que modo e em que grau o Estado se vincula à jurisprudência da Corte IDH e se obriga às suas opiniões consultivas.

Quais seriam então os critérios de recepção do entendimento da Corte IDH? Ainda que descrente do efeito vinculante da jurisprudência da Corte IDH no plano nacional, Ezequiel Malarino propõe, com base na jurisprudência argentina, critérios para a utilização dos precedentes internacionais. De modo a evitar arbitrariedades, lista quatro critérios de recepção: (i) *identificação da jurisprudência*, consistente na verificação obrigatória sobre a existência ou não de casos internacionais que decidiram questão que pode contribuir para o deslinde do feito (critério este que evita o uso retórico de decisões internacionais para apoiar soluções tomadas internamente); (ii) *identificação da ratio decidendi do caso internacional coletado*, de modo a excluir os *obiter dictum* da sentença da Corte como fundamentação vinculante; (iii) *verificação da aplicabilidade da doutrina extraída do caso internacional no caso concreto*, o que evita a utilização impertinente da jurisprudência internacional; e (iv) *verificação da compatibilidade da ratio decidendi da decisão internacional com a ordem constitucional*, último passo que garante a recepção de jurisprudência compatível com o Direito interno. Nesse último passo, caso o Tribunal resolva pela incompatibilidade da jurisprudência com o ordenamento interno, deverá fundamentar de modo a superar o ônus argumentativo que lhe cabe.³²⁷ Este último critério é o teste de fogo do princípio *pro persona*.

e suas críticas antecipam homogeneização, a metáfora da tradução também direciona nossa atenção à heterogeneização envolvida na recepção do Direito Internacional. Por sua vez, devemos de repente perceber que esses diferentes significados interagem um com o outro para produzir novos significados". (KNOP, Karen. Here and there... *Op. Cit.*, p. 506)

³²⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno... *Op. Cit.*, p. 129.

³²⁶ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas... *Op. Cit.*, p. 514.

³²⁷ MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad... *Op. Cit.*, p. 453-455.

Afinal, se a jurisprudência internacional representa patamar inferior de proteção do ser humano em relação à jurisprudência interna, aquela deverá ser desconsiderada.

Os critérios apontados seguem em paralelo a proposta de André de Carvalho Ramos para a realização de um diálogo jurisdicional autêntico entre a jurisprudência brasileira e a internacional. De forma a evitar o uso retórico dos casos internacionais, muito comum no Supremo Tribunal Federal, o autor propõe quatro passos: (a) identificação dos dispositivos internacionais aplicáveis ao caso; (b) identificação da existência de caso internacional no qual o Brasil esteja envolvido e que tenha relação com o objeto da controvérsia; (c) identificação de jurisprudência internacional afeta ao caso; e (d) a identificação do grau de aplicação da norma internacional no caso e do grau de vinculação à jurisprudência identificada³²⁸ (e aqui se aplicariam detidamente os critérios apontados por Ezequiel Malarino).

Do mesmo modo que a leitura adequada da Constituição brasileira é a leitura orientada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que teria fundamento no art. 102, *caput* da Constituição³²⁹, a leitura adequada do tratado internacional é a leitura *orientada* pela Corte Internacional responsável pela sua interpretação autêntica.³³⁰ Em outras palavras, a interpretação dos tratados internacionais deve ser *internacional*, inclusive como forma de unificar a interpretação do tratado por todos seus signatários e não criar uma colcha de retalhos interpretativa por cada ordem nacional.³³¹ Afinal, seria difícil falar em *sistemas* de proteção de direitos humanos se não há um mínimo de unidade e coerência na interpretação e aplicação de normas de direitos humanos compartilhadas entre países.

Em que pese esse dever de se guiar em matéria de Direito Internacional de Direitos Humanos pelo que diz a Corte IDH em suas sentenças e opiniões consultivas, a utilização dos critérios de tradução observados deve ser o norte do intérprete e aplicador do Direito. Esse processo de utilização da jurisprudência internacional que considera a amplitude dos ordenamentos jurídicos e separa a *ratio decidendi* do caso daquilo que é o argumento acessório ou não aplicável, resulta, ao final, em decisões inovadoras do ângulo do caso, nas quais a junção de argumentos variados culmina em decisão única para o caso concreto: "O

³²⁸ Nas palavras do próprio autor, são diretrizes para um diálogo verdadeiro: "1) a menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema; 2) a menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal; 3) a menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; 4) o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional". (RAMOS, André de Carvalho. **Curso... Op. Cit.**, p. 410).

³²⁹ (Constituição Federal) Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...).

³³⁰ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas... *Op. Cit.*, p. 516.

³³¹ *Idem*, p. 517.

ideal é, portanto, nem totalmente internacional nem totalmente nacional, mas um híbrido que expressa a relação entre eles".³³² Nas precisas palavras de Lilian Balmant Emerique e Sidney Guerra: "A prevalência da interpretação atribuída na esfera internacional deve ser dosada com certa margem nacional que atenda razoavelmente as particularidades nacionais, sempre que elas *não desvirtuem a essência do que o tratado internacional pode assegurar*".³³³

A jurisprudência das Cortes internacionais é o instituto de convergência jurídica dos Estados irrefreavelmente interligados no contexto mundial contemporâneo³³⁴ por problemas (ambientais, migratórios, sociais, informacionais e de segurança) e pela globalização das finanças e comunicações. Em função disso, a síntese que se defende é aquela em torno da consideração da jurisprudência internacional, verificação da *ratio decidendi* que lhe fundamenta e da impossibilidade de recusar-se a segui-la em contextos fáticos e jurídicos semelhantes. Essa conclusão está afinada com o sentido da norma do art. 69 da Convenção Americana,³³⁵ cujo comando determina a intimação de todos os Estados partes de cada sentença emitida pela Corte.³³⁶ Ora, não faria sentido intimar cada Estado da sentença, inclusive os que não participaram do processo, se não fosse para os vincular de algum modo às decisões da Corte IDH.³³⁷ O que está vedado ao aplicador, em todo caso, é ignorar a jurisprudência da Corte Internacional. Para afastá-la é dever seu expor as razões aptas para tanto. Ignorar a orientação da Corte para casos análogos significa deixar de aplicar uma norma convencional sem motivação suficiente e mediante infração à juridicidade reconhecida constitucionalmente.³³⁸

As considerações não descartam o papel primário dos tribunais e Administrações Públicas nacionais na construção conjunta de precedentes cada vez mais afinados com o Direito Internacional dos Direitos Humanos em evolução.

As decisões internacionais não são necessariamente melhores. Apesar da alta qualificação do corpo de juízes das Cortes Internacionais, não é esse o fator suficiente para legitimar a *imposição* de sua jurisprudência sem a mediação nacional. Mais do que vinculação

³³² KNOP, Karen. Here and there... *Op. Cit.*, p. 506.

³³³ EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados... *Op. Cit.*, p. 23. Grifos ausentes no original.

³³⁴ VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do Direito... *Op. Cit.*, p. 181.

³³⁵ (Convenção Americana) Art. 69. A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção.

³³⁶ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 81.

³³⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. **Revista de Derecho Político**, n. 93, p. 321-381, maio/ago. 2015. p. 346.

³³⁸ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública**... *Op. Cit.*, p. 85.

em sentido forte, a jurisprudência internacional precisa ser observada como um teste das práticas nacionais, para verificar se elas são ou não mais protetivas aos direitos humanos e o quanto podem melhorar em comparação com elas mesmas e com aquelas praticadas em outros Estados.

Respeitados esses pressupostos, o fato é que existe certa dose de vinculação de Estados que não participaram do processo internacional à decisão final da Corte (ou seja, à sua jurisprudência). Esse grau de observância não existe em relação ao cumprimento do dispositivo de uma sentença, mas sim no modo em que as normas convencionais foram interpretadas pelo Tribunal e podem ser aplicadas em casos semelhantes. É importante para a compreensão do que se expõe a diferenciação entre o que Juan Carlos Hitters chama de (i) *vinculação direta às decisões*, que por força do art. 62.1 só acontece para o país condenado e (ii) *vinculação relativa ou indireta “erga omnes”*, obrigatória para todos os países signatários da Convenção, mesmo que não tenham participado do processo internacional.³³⁹

Esta é a interpretação do art. 62.1 do Pacto de São José da Costa em acordo com a jurisprudência da Corte IDH e em consonância com os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos acatados pelo ordenamento jurídico brasileiro. A distinção entre vinculação direta e vinculação relativa é resumida do seguinte modo: "A sentença faz coisa julgada para as partes, podendo eventualmente *orientar* a apreciação de outros casos submetidos à Corte Interamericana, o que resguarda a coerência dos julgados no sistema regional".³⁴⁰

A vinculação dos Tribunais brasileiros ao decidido nos casos internacionais serviu de fundamentação para que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidisse, por unanimidade, a invalidade do tipo penal de desacato, previsto no art. 331 do Código Penal, por afronta ao art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica. No Recurso Especial n. 1.640.084-SP, de relatoria do Min. Ribeiro Dantas, a Quinta Turma aderiu à fundamentação do voto do relator, reconhecendo que a "adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais nele reconhecidos".³⁴¹ Além de citar os Casos *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (para fundamentar o controle de convencionalidade), e os Casos *Horácio Verbitsky (11.012) vs. Argentina* e *Palarama Iribane vs. Chile*, da Comissão Interamericana (para fundamentar a contrariedade do crime de desacato à liberdade de expressão), os membros do Superior Tribunal de Justiça fizeram

³³⁹ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 151-152.

³⁴⁰ COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional**... *Op. Cit.*, p. 107. Grifos ausentes no original.

³⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.640.084-SP. Quinta Turma. Relator Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em 15 dez. 2016. Publicado em 01 jan. 2017. p. 15.

consignar no voto até mesmo que por força do que a Corte IDH decidiu no Caso Loayza Tamayo vs. Peru, "As recomendações da CIDH (Comissão Interamericana) assumem força normativa interna".³⁴² A Corte brasileira ainda consignou no corpo do voto e na ementa do julgado a força normativa do art. 29 da Convenção Americana e do princípio *pro persona* que a regra alberga, afirmando categoricamente que a norma faz preponderar a interpretação mais benéfica ao ser humano em caso de dúvida entre a validade ou não da norma brasileira que prevê o crime de desacato.

No Supremo Tribunal Federal, a existência e o modo de vinculação do Estado às decisões da Corte IDH são matérias pendentes de julgamento na ADPF n. 320, proposta após o julgamento do Caso Gomes Lund vs. Brasil, cujo resultado se opôs ao que a Corte Suprema decidiu na ADPF n. 153.³⁴³ Proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e distribuída ao Min. Luiz Fux, a ADPF n. 320 proposta em 15 de maio de 2014 encontra-se pendente de julgamento. Não obstante, nesse meio tempo, em agosto de 2014 já recebeu parecer da Procuradoria-Geral da República, assinado por Rodrigo Janot, pelo reconhecimento da teoria do duplo controle (de constitucionalidade independente do controle de convencionalidade), e após a citação de extensa jurisprudência da Corte IDH, pelo reconhecimento da sua competência interpretativa final em relação ao Pacto de São José.

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal contribua para o avanço do Direito Internacional dos Direitos Humanos e acate as diretrizes internacionais sem desconsiderar a jurisprudência internacional mediante uso de argumentos retóricos. Não se pode pôr em dúvida que no Brasil, conferindo eficácia ao art. 7º do ADCT, o art. 1º do Decreto n. 4.463/2002 ao reconhecer a competência interpretativa da Corte IDH assumiu que o Estado brasileiro se obriga a seguir a jurisprudência internacional do SIDH. Na forma definida constitucionalmente, após aprovação por decreto legislativo (Decreto Legislativo n. 89/1998), houve inequívoco e válido aceite da competência da Corte IDH para interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Uma vez que a Corte o faz por meio de sua jurisprudência em casos internacionais e opiniões consultivas, o Brasil estaria violando sua própria normativa interna que incorporou o tratado caso negasse o caráter vinculante da jurisprudência para casos idênticos ou semelhantes. De todo modo, mesmo que se aceite a vinculação à jurisprudência e opiniões consultivas da Corte IDH, os critérios para utilização

³⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.640.084-SP. Quinta Turma. Relator Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em 15 dez. 2016. Publicado em 01 jan. 2017. p. 14.

³⁴³ Para uma análise minuciosa das consequências da sentença do Caso Gomes Lunda, cf. TORELLY, Marcelo. Gomes Lund vs. Brasil cinco anos depois: histórico, impacto, evolução jurisprudencial e críticas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2016. p. 525-560.

da jurisprudência internacional deverão ser sempre observados, sob pena de utilização arbitrária de decisões para justificar retoricamente uma opção do aplicador nacional ou ainda integração automática de decisões que não se aplicam aos casos ou com falhas de adaptação.

Dito de outro modo, o reconhecimento dos efeitos *erga omnes* e a vinculação propriamente dita aos precedentes e opiniões consultivas da Corte IDH não são absolutos. A exemplo do que acontece em sistemas jurídicos guiados pelos precedentes, alguns critérios devem ser seguidos. São eles aqueles já mencionados: (i) *identificação da jurisprudência*, consistente na verificação obrigatória sobre a existência ou não de casos internacionais que decidiram questão que pode contribuir para o deslinde do feito; (ii) *identificação da ratio decidendi do caso internacional coletado*, de modo a excluir os *obiter dictum* da sentença da Corte como fundamentação vinculante; (iii) *verificação da aplicabilidade da doutrina extraída do caso internacional no caso concreto*; e (iv) *verificação da compatibilidade da ratio decidendi da decisão internacional com a ordem constitucional*, último passo que garante a recepção de jurisprudência compatível com o Direito interno.³⁴⁴ Neste último passo, o intérprete deve reconhecer a compatibilidade da jurisprudência internacional ou superar o ônus argumentativo para afastá-la. Ao final do método, a vinculação à jurisprudência da Corte, assim como na aplicação da norma, só existirá nas hipóteses em que as decisões internacionais forem mais favoráveis. Se a jurisprudência internacional for menos benéfica aos direitos humanos do que a jurisprudência nacional, de acordo com o princípio *pro persona* esta última será preferível.

Em suma, desvincular-se da jurisprudência internacional não é impossível, mas exige ônus argumentativo da entidade ou do órgão nacional.³⁴⁵ Para desviar-se do caminho sugerido pela Corte IDH em casos semelhantes o agente público obrigatoriamente deverá justificar amplamente a inaplicabilidade da *ratio decidendi* do precedente internacional ao caso sob sua competência decisória. É fundamental "que, quando se distanciam os posicionamentos, sejam marcadas as diferenças entre os casos decididos e entre as formas de decisão".³⁴⁶

Em síntese, o sentido que os tribunais e Administração darão às normas de direitos humanos deverá ser respeitado em casos análogos como modo de preservação da segurança jurídica.³⁴⁷ No panorama mundial globalizado, a unificação da interpretação do Direito, e dos direitos humanos, é uma necessidade. A legitimação do papel do Estado

³⁴⁴ MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad... *Op. Cit.*, p. 453-455.

³⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas... *Op. Cit.*, p. 515.

³⁴⁶ SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Diálogo entre tribunais... *Op. Cit.*, p. 277.

³⁴⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso...* *Op. Cit.*, p. 102-103.

depende da correspondência que ele dá às normas aplicáveis por outros Estados, especialmente aqueles da mesma região com práticas e culturas comuns ou similares. A Corte IDH, no SIDH, funciona como instituição de referência para definição do piso mínimo dos direitos da pessoa humana. Esse dado não leva à compreensão de que a Corte IDH é uma quarta instância, mas sim um tribunal internacional com competência e influência para ditar os rumos que os sistemas nacionais de Direito devem seguir em relação aos direitos humanos aos quais se obrigaram voluntariamente.³⁴⁸ O aceite dos Estados mediante ratificação e internalização da Convenção Americana implica no dever de orientar-se pela jurisprudência da Corte IDH.³⁴⁹

As decisões das Cortes Internacionais contribuem para a formação do Direito aplicado em cada Estado, que consciente da inserção no paradigma pós-estadualista pluralista deverá em função da sua Constituição reconhecer o papel das instâncias jurisdicionais externas na regulação da vida social, mais especialmente na proteção da pessoa humana. Esse reconhecimento é forçoso como modo de evitar um fechamento normativo não compatível com os novos tempos e, por conseguinte, evitar insuficiências regulatórias por parte do Direito e, para o assunto aqui tratado, o desmonte e deslegitimação dos institutos de Direito Administrativo. A vinculação à jurisprudência da Corte pelos Poderes de Estado e os impactos que ela traz ao Direito Administrativo permitem falar na aproximação dos países que incorporaram a Convenção em seus ordenamentos em relação àquele ramo do Direito. Como se verá nos próximos capítulos, as considerações lançadas sobre a interpretação convencionalmente adequada, sobre a vinculação do Estado à jurisprudência internacional e sobre o controle de convencionalidade, objeto do próximo capítulo, trazem reflexos importantes e radicais no regime jurídico-administrativo.

³⁴⁸ "Há que se observar que a própria aquiescência do país, quando de sua adesão e ratificação, é, por si só, o exercício mais genuíno de sua soberania e interesse na expansão dos direitos de seus concidadãos". (ALVES, Roberta Emanuelle Rosa. A Corte Interamericana de Direitos Humanos na defesa das liberdades fundamentais. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2013. p. 123).

³⁴⁹ Com esse fundamento é que Sergio García Ramírez chega a citar a defesa da "interpretação vinculante" para as sentenças, opiniões consultivas medidas provisórias e sentenças de cumprimento da Corte IDH em relação aos Estados que aderiram à Convenção Americana. (GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno... *Op. Cit.*, p. 138).

Capítulo 3 – Controle de convencionalidade e efeitos jurídicos do direito à tutela administrativa efetiva em matéria de direitos humanos

Explorado o significado e alcance do princípio *pro persona* no Direito brasileiro e abordado o modo pelo qual o Judiciário e Administração Pública brasileiros, no exercício de suas funções típicas, vinculam-se à interpretação da Convenção Americana empreendida pela Corte IDH, convém analisar a principal técnica de aplicação dos tratados de direitos humanos incorporados no Brasil. Essa técnica chamada de controle de convencionalidade muito lembra o controle de constitucionalidade, de largo uso no Brasil e com a qual os juristas estão acostumados. Porém, se comparar esses tipos de controle é útil para introduzir os principais aspectos do controle de convencionalidade, identificá-los de forma absoluta é reduzir por demais a utilidade da técnica.

Para evitá-lo, o presente capítulo busca (3.1) explicar as principais características do controle de convencionalidade, doutrina nascida no seio da jurisprudência da Corte IDH e que paulatinamente está sendo construindo no exercício diário de aplicação dos tratados de direitos humanos pelo Judiciário e Administração Pública dos Estados integrantes do SIDH. A seu turno, o segundo grande bloco explicativo deste capítulo (3.2) objetiva o detalhamento dos principais efeitos da declaração de inconveniência em situações concretas e dos efeitos jurídicos do que se denominará tutela administrativa efetiva dos direitos humanos, como forma de resumir os principais deveres impostos ao Poder Público pelos tratados de direitos humanos.

3.1. Teoria do controle de convencionalidade: aplicação de ofício dos tratados de direitos humanos pelo Judiciário e Administração Pública no exercício de suas funções típicas

Na medida em que o Direito Internacional dos Direitos Humanos foi ganhando autonomia, surgiu ao lado do controle de constitucionalidade a técnica do controle de convencionalidade.³⁵⁰ Um tratado internacional incorporado obriga a todos os Poderes estatais em todo o território³⁵¹ e a aplicação direta de normas de Direito Internacional de Direitos humanos acontece *especialmente* no exercício do controle de convencionalidade.³⁵² De grande

³⁵⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor; VALADÉS, Diego (Coord.). **Formación y perspectiva del Estado mexicano**. Ciudad de México: El Colegio Nacional-UNAM, 2010. p. 159.

³⁵¹ "Eles acarretam de modo indireto obrigações para os poderes estatais. O Poder Judiciário é obrigado a aplicar o tratado. O Executivo deverá cumpri-lo e o Legislativo, se for o caso, deverá elaborar leis necessárias para sua execução". (MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso... Op Cit.**, p. 221).

³⁵² SLOSS, David; ALSTINE, Michael Van. **International Law... Op. Cit.**

valia para o aplicador do Direito Administrativo, a teoria do duplo controle de verticalidade das normas antes trabalhada exige a compreensão da teoria do controle de convencionalidade, produto jurisprudencial da Corte IDH.³⁵³

O controle de convencionalidade corresponde à verificação da compatibilidade substancial de leis e atos normativos do Poder Público com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados.³⁵⁴ Há quem defenda que além dos tratados, o controle de convencionalidade também acontece em relação a "costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais".³⁵⁵ Apesar disso, as linhas seguintes se dedicam à análise do controle de convencionalidade em relação unicamente aos tratados de direitos humanos incorporados e à interpretação que deles fazem as Cortes internacionais. O trabalho centra-se no controle de convencionalidade fomentado pela Corte IDH, cujo parâmetro de controle é principalmente o Pacto de São José da Costa Rica (concretizado pelas manifestações da Corte, notadamente as sentenças e opiniões consultivas).³⁵⁶ Apesar disso, as considerações deste capítulo são válidas para o controle de convencionalidade que toma como parâmetro qualquer tratado de direitos humanos,³⁵⁷ inclusive o Protocolo de Ushuaia do Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile (incorporado no Brasil pelo Decreto n. 4.210/2002).³⁵⁸

Incorporado o tratado, suas normas poderão coincidir com as normas internas, complementá-las ou contrariá-las.³⁵⁹ Para este último caso, o controle de convencionalidade é a garantia de *efetividade* dos tratados,³⁶⁰ e para alguns autores pode ser realizado inclusive em face das normas constitucionais do Poder Constituinte originário.³⁶¹

³⁵³ Da perspectiva transconstitucional ou heterárquica, "o controle de convencionalidade pode funcionar não para a imposição hierárquica de uma decisão, mas para a articulação e a mixagem de conteúdos normativos". (TORELLY, Marcelo. **Governança transversal...** *Op. Cit.*, p. 279).

³⁵⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 114; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional...** *Op. Cit.*, p. 148.

³⁵⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 405.

³⁵⁶ A Corte IDH já decidiu que também as opiniões consultivas servem de parâmetro para o controle de convencionalidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 21/2014. Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Publicada em 19 ago. 2014. §31).

³⁵⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 347.

³⁵⁸ Sobre o controle de convencionalidade que toma como parâmetro o Procolo de Ushuaia e sua realização inclusive pelo Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul no âmbito de suas competências, cf. GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração - democracia e Mercosul (a construção de uma tese). **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 52, p. 231-245, abr./jun. 2013.

³⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 167.

³⁶⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 371.

³⁶¹ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009. p. 259.

Afinal, no paradigma atual do Estado Constitucional e Convencional de Direito,³⁶² além de compatível com a Constituição, os atos normativos de qualquer espécie, bem como as ações e omissões de qualquer autoridade estatal³⁶³ devem ser compatíveis também com os tratados de direitos humanos vigentes para serem considerados válidos e produzirem os efeitos desejados. Quer dizer, ao lado da Constituição, os tratados internacionais de direitos humanos servem de parâmetro vertical de controle de normas jurídicas e atos materiais estatais.³⁶⁴

O controle de convencionalidade é factível desde que se compreenda as normas de tratados internacionais de direitos humanos em nível hierárquico no mínimo supralegal, posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal, como visto no capítulo 1. Assim, mesmo que se adote a tese majoritária do Supremo Tribunal Federal de hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos para os que não passaram pelo processo complexo de incorporação do art. 5º, §3º da Constituição, existe uma verdadeira revolução das fontes jurídicas que exige dupla compatibilidade vertical material de normas. Isto é, "toda produção legislativa ordinária deve ser compatível (materialmente) com a Constituição bem como com o Direito Internacional dos Direitos Humanos".³⁶⁵

A Corte IDH promove entre os países signatários da Convenção a doutrina do controle de convencionalidade, segundo a qual é da Corte a competência final em assuntos de direitos humanos.³⁶⁶ Não há dispositivo na Convenção Americana que regulamente de forma expressa o controle de convencionalidade. Dita doutrina molda-se da interpretação conjunta do art. 1.1 e art. 2 do Pacto de São José.³⁶⁷ Caso o Estado não adote as medidas adequadas para preservar a normatividade da Convenção, outras medidas, inclusive judiciais, devem ser tomadas. É dizer, a doutrina se apoia na interpretação de que na falha do Poder Legislativo de adequar o ordenamento para compatibilizá-lo com a Convenção, cabe aos outros Poderes

³⁶² Lembre-se que, no sentido do que afirma Jaime Orlando Santofimio Gamboa, o paradigma pós-estadualista fundamenta-se no conceito de convencionalidade: uma estrutura substancial e material de Direito, suportada por regras processuais aptas a dar cumprimento às finalidades de integração estatal mundial, reciprocidade e universalidade que ao fim e ao cabo direciona seus intentos à proteção do ser humano. Dentro do conceito incluem-se regras pactuadas entre os Estados e aquela derivadas do costume internacional. (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 26-29).

³⁶³ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 337.

³⁶⁴ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 245.

³⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional...** *Op. Cit.*, p. 108.

³⁶⁶ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 326.

³⁶⁷ TORELLY, Marcelo. **Governança transversal...** *Op. Cit.*, p. 239-240.

estatais proceder no controle de convencionalidade das normas para garantir a preservação das normas convencionais que o Estado se comprometeu seguir.³⁶⁸

Lembre-se que o art. 27 da Convenção de Viena, vigente no Brasil, obriga a aplicação das normas internacionais de direitos humanos com precedência sobre qualquer outra norma nacional. Bem por isso o controle de convencionalidade se fundamenta naqueles artigos 1.1 e 2 do Pacto de São José e também nos princípios da "*liberum voluntatis arbitrium, pacta sunt servanda e bonam fidem*", compatibilizando o ordenamento jurídico interno não só à Constituição, mas também aos acordos, tratados e convenções de que o Brasil seja signatário".³⁶⁹

Ordinariamente a doutrina diferencia duas modalidades de controle de convencionalidade: (i) concentrado, feito pela Corte IDH³⁷⁰ e (ii) difuso, feito por qualquer autoridade estatal, de qualquer Poder, no âmbito de suas competências.³⁷¹ A lógica procedente da classificação apontada é de que a orientação dada em controle concentrado de convencionalidade, em relação à *ratio decidendi*, deve ser seguida no controle difuso, dado que a Corte é a última intérprete da Convenção.³⁷²

A classificação pode ser mais bem compreendida se visitado o histórico de formação da técnica. Marcelo Torelly propõe cinco fases de desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade pela Corte IDH, o que servirá para detalhar melhor as características básicas do controle de convencionalidade e refutar mais abaixo algumas das críticas que lhe são dirigidas.

(a) *A primeira fase* é a de aproximação do conceito, inaugurado em 2003 no Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, para posteriormente em 2006 se consolidar o termo no Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Em outras palavras, embora no Caso Myrna Mack vs.

³⁶⁸ A base da teoria é de raiz internacionalista, e assenta-se na responsabilidade do Estado pelo descumprimento dos compromissos assumidos. (BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados... *Op. Cit.*, p. 14).

³⁶⁹ LEAL, Mônia Clarissa; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Conta. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n.1, p. 109-129, jan./abr. 2017. p. 111.

³⁷⁰ Marcelo Torelly recorda de exemplo mais recente de exercício de controle concentrado de convencionalidade pela Corte IDH, qual seja, a sentença do Caso Gomes Lund vs. Brasil, em que foi declarado expressamente que a lei de anistia brasileira careceria de efeitos jurídicos. (TORELLY, Marcelo. **Governança transversal...** *Op. Cit.*, p. 257).

³⁷¹ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 137-168, set./dez. 2015. p. 156; ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C - Revista de Direitos Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 31; HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 126; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso... *Op. Cit.*, p. 173.

³⁷² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 388-397.

Guatemala (e também em *Tibi vs. Equador*) o juiz Sergio García Ramírez já tivesse manifestado em votos isolados a existência da tese (§27 e §3º, respectivamente),³⁷³ a primeira manifestação expressa da Corte IDH sobre o controle de convencionalidade está de fato no parágrafo 124 do voto do Caso *Almonacid Arellano*:

A Corte está consciente de que os juízes e os tribunais estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições em vigor no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado tenha ratificado um tratado internacional, como a Convenção Americana, os seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ele, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, e que desde o início careçam de efeitos jurídicos. *Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade' entre as normas jurídicas internas que se aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, última intérprete da Convenção Americana.³⁷⁴

Marcelo Torelly ainda cita o Caso *Vargas Areco vs. Paraguai*, no qual o Juiz Sérgio García Ramírez detalhou os contornos do controle de convencionalidade, comparando-o ao controle de constitucionalidade interno. Assim como os tribunais superiores julgam a adequação dos atos com a Constituição, a Corte IDH julga a adequação dos atos ou normas com a Convenção, não se confundindo com uma quarta instância judicial.³⁷⁵ A mesma correspondência vale para o controle difuso.

De qualquer sorte, foi a partir de 2006 que a Corte IDH consolidou a doutrina do controle difuso de convencionalidade.³⁷⁶ Em 2007, no Caso *Boyce e outros vs. Barbados*, a Corte IDH distinguiu manifestamente o controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade. Afirmou que não basta o Estado declarar uma lei de acordo com a Constituição para excluir vícios de validade da normativa. Há uma obrigação estatal de verificar a sua *convencionalidade*. No parágrafo 78 da sentença, a Corte manifestou que a "análise do CJCP [Comitê Judicial do Conselho Privado] não deveria ter se limitado a avaliar se a LDCP [Lei de Delitos do Estado contra a Pessoa] era inconstitucional. Mais adequado seria que a questão tivesse girado em torno de verificar se a lei também era 'convencional'".³⁷⁷

Assim, em paralelo ao controle de convencionalidade próprio, original ou externo, realizado pela Corte IDH quando analisa a compatibilidade entre a Convenção Americana e

³⁷³ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 71.

³⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano*... *Op. Cit.*, § 124. Grifou-se.

³⁷⁵ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 331.

³⁷⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional**... *Op. Cit.*, p. 95.

³⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Boyce*... *Op. Cit.*

atos normativos nacionais, existe o controle interno. Este controle interno de convencionalidade é aquele realizado pelo juiz nacional quando da verificação da compatibilidade de normas nacionais com convenções internacionais de direitos humanos. Esse controle, segundo Sergio García Ramírez, é feito inclusive em face da Constituição, o que reforça a tese de supraconstitucionalidade dos tratados antes defendida.³⁷⁸ Nessa primeira fase que se estende pelos anos 2000, consolidou-se a ideia de que todos os juízes e tribunais brasileiros estão obrigados ao controle de convencionalidade de normas nacionais em cotejo com tratados internacionais vigentes.³⁷⁹

(b) A *segunda fase* é a do estabelecimento da ideia de obrigação dos juízes internos de levarem em conta quando do exercício do controle de convencionalidade a interpretação da Convenção do modo como alavancada pela Corte IDH, momento em que *convida* os magistrados a responsabilizar-se pela internalização da Convenção. A mensagem é de que uma vez que o Estado se submete ao tratado, leis que contrastem com a Convenção tal como entendida pela Corte IDH, sua última intérprete, são desde logo inválidas.³⁸⁰

No Caso *Cabrera García vs. México*, a Corte anunciou a vinculação interpretativa: "Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana".³⁸¹

(c) A *terceira fase* caracteriza-se pela reversão do *convite* aos magistrados a aplicarem a Convenção para uma noção de *vinculação* à interpretação da Corte a respeito das disposições do pacto. A partir do Caso dos *Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru*, a Corte sublinhou "a natureza *ex officio* da obrigação dos tribunais domésticos exercerem o controle de convencionalidade".³⁸² No mesmo caso a Corte IDH afirmou que "os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, senão também 'de convencionalidade' *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais

³⁷⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno... *Op. Cit.*, p. 126.

³⁷⁹ O pioneiro do assunto no Brasil foi Valerio de Oliveira Mazzuoli. "Desde um juiz singular (estadual ou federal) até os tribunais estaduais (Tribunais de Justiça dos Estados) ou regionais (v.g., Tribunais Regionais Federais) ou mesmo os tribunais superiores (STJ, TST, TSE, STF etc.), todos eles podem (e devem) controlar a convencionalidade ou suprallegalidade das leis pela via incidente (difusa). À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais - estando tais tratados em vigor no plano internacional - podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar *ex officio* as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país". (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional...** *Op. Cit.*, p. 150).

³⁸⁰ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 333-335.

³⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Cabrera García*... *Op. Cit.*, §225.

³⁸² TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 335.

correspondentes".³⁸³ O mesmo foi consignado em casos mais recentes julgados pela Corte, como o Caso Rosendo Cantú e outra *vs.* México³⁸⁴ e Caso Liakat Ali Alibux *vs.* Suriname.³⁸⁵

Considera-se nesta terceira fase que, por força do princípio de que o juiz conhece o Direito (*iura novit curia*), o controle de convencionalidade independe de provocação da parte interessada. Em matéria de direitos humanos – com mais razão ainda em função da essencialidade daqueles direitos – o cotejo dos tratados com a legislação interna e invalidação desta em caso de contrariedade deve ser feito *de ofício*.³⁸⁶ Eduardo Ferrer Mac-Gregor inclusive menciona a existência de um "juiz interamericano" como consequência do controle de convencionalidade difuso. A competência de ofício de cada órgão jurisdicional de fazer valer a supremacia convencional posiciona o juiz de cada Estado como o primeiro responsável (em vista do princípio da subsidiariedade das Cortes internacionais) pela garantia das normas dos tratados internacionais de direitos humanos.³⁸⁷

A partir dessa fase, o controle de convencionalidade caracteriza-se como conduta abstrata, que independe da existência de um caso concreto em julgamento pela Corte IDH. Verifica-se nos votos dos juízes interamericanos posicionamento sobre os efeitos *erga omnes* das decisões da Corte, cuja consequência é a desnecessidade de repetição de julgados para o efeito vinculador dos casos internacionais para todos os integrantes do sistema regional de proteção. Isto é, na medida em que se desenvolveu a doutrina do controle de convencionalidade, a Corte IDH passou a sustentar o caráter *erga omnes* das sentenças, como visto no capítulo passado, "vinculando não apenas as partes diretamente interessadas mas também todas as autoridades e os funcionários públicos, judiciais, legislativos e administrativos do Estado acionado, bem como a defender que sua jurisprudência deve ser seguida em casos análogos de outros Estados (...)".³⁸⁸

A decisão em um caso internacional vale para todos os Estados sujeitos à jurisdição da Corte regional. Eis aí a definitiva diferenciação do controle abstrato feito pela

³⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cessados del Congreso (Aguado Alfaro e outros) *vs.* Peru. Publicado em 24 nov. 2006. §128.

³⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Rosendo Cantú e otra *vs.* México. Publicado em 31 ago. 2010. § 219.

³⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Liakat Ali Alibux *vs.* Suriname. Publicado em 30 jan. 2014. §151.

³⁸⁶ "(...) o controle de convencionalidade deveria exercer-se de maneira imediata, espontânea, é dizer, oficiosa. O mesmo acontece com o respeito e a garantia dos direitos humanos aos quais estão obrigadas todas as autoridades. Seria absurdo aguardar o interessado invocar seus direitos - à vida, à integridade, à liberdade - para que os agentes do Estado resolvam examinar a existência daqueles, a obrigação de respeitá-los e a necessidade de garantir seu exercício". (GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno... *Op. Cit.*, p. 141).

³⁸⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. In: **Opus Magna Constitucional Guatemalteco**. Tomo III. Guatemala. Instituto de Justicia Constitucional, 2010. p. 303-304.

³⁸⁸ TORELLY, Marcelo. **Governança transversal...** *Op. Cit.*, p. 261.

Corte IDH e o controle difuso de convencionalidade pelos juízes e tribunais nacionais.³⁸⁹ A ideia por trás da tese é a de que o controle de convencionalidade concentrado *pela Corte IDH* garante que haja aplicação dos direitos humanos pelo menos de acordo com o patamar mínimo previsto na Convenção Americana e jurisprudência internacional,³⁹⁰ corroborando com a noção de piso mínimo regional de direitos no continente.³⁹¹ Para além disso, garante a aplicação harmônica dos direitos humanos no plano internacional e nacional quando conjugada com o controle de convencionalidade difuso.³⁹²

Nessa fase, considera-se que a última palavra em termos de controle de convencionalidade é da Corte internacional, última intérprete do Pacto de São José. Havendo conflito de interpretação, deve prevalecer o controle de matriz internacional.³⁹³ Conforme indica André de Carvalho Ramos, "o verdadeiro controle de convencionalidade, *em última análise*, é internacional, por isso também denominado controle de convencionalidade autêntico ou definitivo".³⁹⁴

(d) A *quarta fase* mencionada por Torelly relaciona-se de certo modo com a hierarquia da Convenção em relação às Constituições. Em casos como *Boyce e outros vs. Barbados*, *Cabrera García vs. México* e *A Última Tentação de Cristo vs. Chile*, a Corte analisou situações em que foi confirmada a constitucionalidade de leis, mas em que estava presente a inconvenção. Neste último caso, inclusive determinou a adequação de dispositivo constitucional chileno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.³⁹⁵ A fase exemplifica mais uma vez a posição da Corte IDH sobre a hierarquia supraconstitucional da Convenção Americana no SIDH, referida no capítulo 1.

(e) A *quinta fase*, finalmente, caracteriza-se pelo arrojo da Corte, que deixa de sugerir modificações legislativas e adequações no plano interno para declarar nulidade de normas.³⁹⁶ Torelly cita dois casos: *Julia Gomes Lund e outros vs. Brasil* e *Gelman vs. Uruguai*. Nesses casos há o exercício explícito de controle concentrado de convencionalidade pela Corte.³⁹⁷ É nessa fase que a Corte frisa seu papel contramajoritário e a limitação da vontade popular pelos compromissos assumidos internacionalmente em matéria de direitos

³⁸⁹ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 335-340.

³⁹⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 335.

³⁹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito**... *Op. Cit.*, p. 239.

³⁹² ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 336.

³⁹³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso**... *Op. Cit.*, p. 407.

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 342-343.

³⁹⁶ Posição de que se discorda nesse trabalho, haja vista a inexistência de efeitos constitutivos anulatórios nas sentenças internacionais da Corte IDH, como visto no capítulo anterior.

³⁹⁷ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 344-345.

humanos. Definitivamente, nessa fase a Corte posiciona, *na prática*, a interpretação por ela empreendida como hierarquicamente superior aos atos estatais domésticos, afirmando possuir poder de revisão.³⁹⁸

Os julgados da Corte IDH inicialmente davam a entender que o controle de convencionalidade era uma prerrogativa dos integrantes dos Poderes Judiciais dos Estados do SIDH. No entanto, a partir de julgados que podem ser posicionados a partir da quinta fase referida, tem-se que a técnica não está limitada aos juízes. Se no Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* em que a Corte iniciou a doutrina do controle de convencionalidade a técnica era realmente reservada aos juízes,³⁹⁹ o progresso da doutrina pelas cinco fases levou ao alargamento dos responsáveis pelo controle.

Raquel Alianak enxerga no caso *Fernández Ortega e outros vs. México*, de 30 de agosto de 2010, a primeira manifestação implícita da Corte IDH sobre o dever de qualquer autoridade estatal realizar o controle de convencionalidade. A autora, no entanto, lembra que o precedente só foi confirmado e expressamente consignado no Caso *Guelman vs. Uruguai*, no ano seguinte, terminando com dúvidas sobre a exclusividade do Poder Judiciário para realização do dito controle.⁴⁰⁰ Quer dizer que de modo expresse a expansão do controle de convencionalidade para *toda autoridade pública* e não só para o Poder Judiciário iniciou no Caso *Guelman vs. Uruguai*, em que a Corte IDH categorizou referido controle como "função e tarefa de qualquer autoridade pública e não só do Poder Judiciário".⁴⁰¹

Depois de repetir a doutrina no Caso *Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*,⁴⁰² mais recentemente no ano de 2014 o dever de toda autoridade pública de exercer o controle de convencionalidade foi reafirmado no Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas *vs. República Dominicana*: "Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sem prejuízo do ordenado, que no âmbito de suas competências, 'todas as autoridades e órgãos de um Estado parte da Convenção têm a obrigação de exercer um 'controle de convencionalidade'".⁴⁰³ Segundo esse entendimento, não só o Judiciário, mas também a própria Administração Pública é competente para exercer o controle de convencionalidade no âmbito de suas atribuições. Os agentes da Administração poderiam, portanto, declarar

³⁹⁸ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 347.

³⁹⁹ TORELLY, Marcelo. **Governança transversal**... *Op. Cit.*, p. 246.

⁴⁰⁰ ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo... *Op. Cit.*, p. 32.

⁴⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Guelman vs. Uruguai*. Publicado em 24 fev. 2011. §239.

⁴⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso *Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. Publicado em 30 nov. 2012. § 142.

⁴⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas *vs. República Dominicana*. Publicado em 28 ago. 2014. §497.

inválidas normas contrárias a tratados de direitos humanos, o que surtiria efeitos no mínimo *inter partes*.

Mas independentemente de quem é reconhecidamente competente para declarar a inconvenção de normas, antes de investigar as principais características do controle de convencionalidade no Brasil, existem contrapontos interessantes a considerar sobre a própria consistência teórica da proposta da técnica, aos quais se dedicará o restante deste primeiro tópico.

Ressalta em primeiro lugar considerar que existem duras críticas à atuação da Corte IDH envoltas na tensão entre sua legitimidade anulatória e a legitimidade democrática de leis aprovadas pelos Congressos Nacionais dos Estados do SIDH.⁴⁰⁴ Essas críticas minam toda a teoria do controle de convencionalidade do modo defendido pela Corte IDH, que se coloca como intérprete autorizada da Convenção e guia dos "juízes interamericanos" em matéria de direitos humanos.

Por certo, é pertinente perguntar se uma decisão de sete juízes eleitos pela Assembleia da OEA tem de fato autoridade para afastar decisões legitimamente tomadas pelo povo por meio de seus representantes eleitos, e se essas decisões devem ser seguidas pelas autoridades judiciais e administrativas internos. É pertinente perguntar inclusive qual a origem da legitimidade da Corte IDH para determinar até mesmo a punição de agentes públicos.⁴⁰⁵

Os contrapontos não se esgotam aí, e chegam até mesmo aos meandros da técnica de controle em si. Resumidamente, a doutrina do controle de convencionalidade é acusada de: (i) não encontrar base legal na Convenção Americana; (ii) não considerar as diferentes formas que cada país regulamenta as competências de invalidação normativa (se por juízes singulares ou tribunais, fora ou dentro do Judiciário);⁴⁰⁶ (iii) de propor nas entrelinhas o caráter

⁴⁰⁴ "Nesse desenho no qual parte da garantia de conteúdo de direitos é transferida para órgãos supranacionais, a questão do déficit democrático é ainda mais grave do que aquela que envolve a transferência de poderes para órgãos nacionais". (SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. *Diálogo entre tribunais... Op. Cit.*, p. 271-272).

⁴⁰⁵ Por exemplo, sobre a dúvida acerca da maior legitimidade do Poder Judiciário, sobre a correção das interpretações que a Corte IDH faz demasiadamente amplas da Convenção Americana, bem como sobre os diferentes graus de legitimidade das diferentes leis de anistia na América Latina, não considerados pela Corte IDH em suas sentenças, cf. GARGARELLA, Roberto. **Sin lugar para la soberanía popular: democracia, derechos y castigo en el caso Gelman.** 2012. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf>

⁴⁰⁶ Por exemplo: Bolívia, Colômbia, Equador, Guatemala e República Dominicana possuem tribunais constitucionais inseridos no Poder Judiciário, enquanto Chile e Peru os possuem fora. Na Bolívia e Chile, o controle de constitucionalidade é exclusivamente concentrado, enquanto que na Colômbia, Equador, Guatemala, Peru e República Dominicana há um sistema misto que admite o controle difuso. Na Costa Rica, El Salvador, Honduras, Paraguai e Venezuela o controle concentrado é realizado por uma sala constitucional em tribunais, enquanto no Brasil, México, Nicarágua, Panamá e Uruguai dito controle é realizado pelo pleno dos tribunais

hierarquicamente superior das decisões da Corte IDH, que segundo a tese devem sempre prevalecer; (iv) de ignorar que os tempos hoje são outros, em que os regimes democráticos dos países da América Latina não admitem a postura *impositiva* das decisões da Corte IDH, que pode ter sido necessária até o fim das ditaduras no continente mas atualmente não seria mais; (v) de não ter surtido grandes efeitos na prática judicial no SIDH desde 2006; (vi) de não ser precisa o suficiente quando determina que antes da invalidação é necessário fazer uma interpretação convencionalmente adequada; (vii) de deixar algumas respostas em aberto, como por exemplo as técnicas processuais que os juízes e agentes públicos devem empregar para invalidar leis supostamente contrárias à Convenção.⁴⁰⁷

Essas críticas e o caráter autoritativo das decisões da Corte IDH, contraditórios à retórica do *diálogo* empregada (possivelmente deletério das pretensões de construção de um Direito comum no SIDH)⁴⁰⁸ são relevantes do ponto de vista teórico e devem ser consideradas antes de concluir pela defesa da prevalência das orientações do órgão judicial internacional. É que se passa a fazer.

A resposta à falta de legitimidade democrática das decisões da Corte IDH em contraposição às posições assumidas pelos regimes nacionais tende a ser respondida pela própria Corte com base nos princípios orientadores do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim o fez, por exemplo, no Caso *Guelman vs. Uruguai*, quando afirmou a invalidade da lei democraticamente aprovada por falta de compatibilidade com o compromisso assumido pelo Estado de respeitar e garantir os direitos básicos do ser humano previstos em tratados internacionais de direitos humanos.⁴⁰⁹ A lógica é a mesma da inconstitucionalidade: se uma lei é inconvencional, ela não passou pelo teste de correspondência material com os princípios e regras assumidos num patamar mais elevado de juridicidade, o que a torna inaplicável porque inválida.

A recepção de normas internacionais não deve ser vista como um ataque à democracia parlamentar. Se é verdade que o Legislativo no mais das vezes se limita a aprovar o texto de um tratado formado sem a participação dos representantes do povo, no caso dos

constitucionais. Seguem ainda diversas outras peculiaridades, sendo essas citadas suficientes para demonstrar quão complexo é o sistema de controle de constitucionalidade/convencionalidade no SIDH. (BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Control de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 59).

⁴⁰⁷ Após tecer todas essas críticas, Jorge Contesse sugere uma postura de diálogo com a Corte que inverta a relação hierárquica que se assume com o controle de convencionalidade para uma relação de "baixo para cima", que considere as nuances de cada país. Cf. CONTESSÉ, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 15, n. 2, p. 414-435, abr. 2017.

⁴⁰⁸ TORELLY, Marcelo. **Governança transversal...** *Op. Cit.*, p. 233-234.

⁴⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Guelman...* *Op. Cit.*, §§238-239.

tratados de direitos humanos isso não deveria ser encarado como uma afronta à democracia, mas um recurso de expansão de direitos e proteção ao ser humano.⁴¹⁰

Em resposta à falta de um dispositivo legal que justifique a prática do controle de convencionalidade, tem-se que ao menos no modo concentrado o controle é uma realidade desde ao menos a criação da Corte IDH. A função institucional da Corte é *por si só* controlar a correspondência das normas e práticas estatais do SIDH com a Convenção Americana.⁴¹¹ De outra parte, o controle interno ou difuso de convencionalidade é manifestação do modo de ser dos ordenamentos que operam por meio de normas jurídicas. É dizer, desde que uma norma esteja internalizada, cumpre ao agente público aplicá-la de acordo com os critérios próprios de cada sistema. O que naturalmente fazem os agentes públicos no âmbito de suas competências é analisar a hierarquia da norma e outros pressupostos de aplicação para, em caso de conflito insanável, fazer prevalecer a norma mais favorável (segundo determina o critério *pro persona*). A organização dos poderes de cada Estado é que determinará a competência anulatória que cada órgão tem ou não tem, bem como os efeitos da declaração. Mas em todo caso, no mínimo *deixar de aplicar* uma norma inconvencional é dever de qualquer agente, de qualquer poder estatal. Isso decorre da força normativa dos tratados de direitos humanos. Se eles são, como de fato são no Brasil, normas jurídicas válidas, devem ser aplicados.

Aliás, o Estado, que se manifesta por meio dos seus agentes, obrigou-se ao cumprimento das normas internacionais incorporadas. Nesse sentido, existe sim o fundamento normativo para o controle difuso de convencionalidade. São eles: (i) o art. 27 da Convenção de Viena, que veda a invocação de normas internas para negar aplicação do Direito Internacional internalizado por parte de qualquer órgão estatal;⁴¹² (ii) o art. 29 da Convenção Americana, que institui o princípio *pro persona*, cuja incidência obriga aos agentes estatais a aplicação e interpretação de normas de modo a dar maior eficácia às normas de direitos humanos internalizadas;⁴¹³ (iii) o art. 2 da Convenção Americana, que obriga aos Estados através de *medidas de qualquer caráter* fazer cumprir o pacto internacional. Entre essas medidas estão os provimentos jurisdicionais⁴¹⁴ e os atos administrativos.

⁴¹⁰ VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do Direito... *Op. Cit.*, p. 182.

⁴¹¹ BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Control de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 44-45.

⁴¹² SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Diálogo entre tribunais... *Op. Cit.*, p. 277.

⁴¹³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Reflexiones sobre el control difuso... *Op. Cit.*, p. 317-318.

⁴¹⁴ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 338.

Portanto, a construção jurisprudencial da Corte IDH é sustentada pelas normas convencionais do tratado que regula o modo de aplicação dos tratados, internalizada no Brasil desde 2009, e pela Convenção Americana, internalizada desde 1992. Enfim, a doutrina do controle de convencionalidade é de criação da Corte IDH. Porém, não é isso que a torna obrigatória para os Estados, mas sim o fato de que os ordenamentos jurídicos nacionais incorporaram a Convenção, normativa que entre outros comandos determina ainda aos Estados adequarem seus ordenamentos aos direitos humanos nela previstos.⁴¹⁵

Por outro lado, pouco importa o modo como cada país regula as formas de controle de normas. Críticas dessa natureza geralmente estão envoltas no modo como cada Estado atribui competência de invalidação de normas *inconstitucionais*. Porém, independentemente do sistema de controle de constitucionalidade próprio de cada país, o dever de preservar a eficácia *dos tratados de direitos humanos* incorporados é impositivo a todo agente público. Todo juiz deve exercer o controle de convencionalidade, desde que observada a competência "pela matéria, pela hierarquia e pelo território que tenham no âmbito interno, sem que nisso tenha qualquer condicionante a competência que possam ter em matéria de controle de constitucionalidade, o que é outra coisa".⁴¹⁶ A conclusão vale para todo agente de Estado no exercício de todas as funções.

As analogias possíveis entre controle de convencionalidade e controle de constitucionalidade não significam que as regras sejam as mesmas ou que as técnicas se confundam.⁴¹⁷ Essa diferença pressupõe que independentemente das competências reservadas para cada juiz ou órgãos colegiados no exercício do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade está autorizado para todo juiz (e demais agentes estatais) indistintamente.⁴¹⁸

Quanto à postura autoritária de que se revestiu a Corte IDH a partir da terceira fase, esta de fato é a mais relevante das críticas enfrentadas pelo tribunal. Nota-se das decisões a partir da quinta fase, apesar da retórica do diálogo jurisdicional,⁴¹⁹ uma tentativa da

⁴¹⁵ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana... *Op. Cit.*, p.110.

⁴¹⁶ BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Control de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 63.

⁴¹⁷ *Idem*, p. 59.

⁴¹⁸ *Idem*, p. 65.

⁴¹⁹ O diálogo entre tribunais pressupõe a quebra da rígida pirâmide kelseniana. O Direito se abre, torna-se permeável às influências e argumentos utilizados em outros sistemas e decisões de outras jurisdições. Desse modo, de acordo com Flávia Piovesan, o diálogo entre jurisdições comporta três dimensões: (i) diálogo entre jurisdições regionais; (ii) diálogo entre jurisdições regionais e constitucionais; e (iii) diálogo entre jurisdições constitucionais. Se não há interação *entre* as jurisdições, não há diálogo, mas imposição. (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Belo Horizonte, n. 19, jan./jun. 2012. p. 75)

Corte IDH de se impor no cenário jurídico regional. O próprio controle de convencionalidade do modo como propagado pela Corte pode ser encarado como manifestação de protagonismo, eis que segundo aquele tribunal internacional os órgãos estatais devem obedecer a interpretação que a *Corte IDH* atribui aos dispositivos da Convenção.

No entanto, a partir do momento que o Estado contribui para a criação da norma internacional ou adere a ela (e adere à competência contenciosa e consultiva de tribunais internacionais), ele expande o círculo normativo ao qual está sujeito e passa a se obrigar. A configuração fática mundial não é propensa à redução desse círculo normativo, por mais que isso seja possível por meio da denúncia aos tratados firmados.⁴²⁰ Esse contexto de integração à ordem mundial unificada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos é de imprescindível relevância para a defesa da última palavra da Corte IDH.

A conclusão obviamente não invalida propostas de que as tensões supervenientes à ratificação dos tratados são mais bem resolvidas por meio dos *diálogos jurisdicionais*.⁴²¹ A Corte IDH deve tomar nota das decisões dos tribunais integrantes do SIDH e fazer fluir um diálogo verdadeiro, que não seja só de cima para baixo. Porém, em defesa da autoridade final da Corte para interpretar as normas convencionais, não se pode ignorar que uma vez compreendida a prática nacional contra a Convenção por decisão *da Corte IDH*, o Estado será responsabilizado internacionalmente.⁴²² Afinal, ele se vinculou aos tratados tal como interpretados pelo tribunal internacional.

Posto isso, o mais importante na compreensão do tema do controle de convencionalidade é entender que ele se apoia na lógica do precedente, válidos os mesmos pressupostos da lógica da interpretação convencional já trabalhada. Isto é, no controle de convencionalidade, além da aplicação de normas de tratados de direitos humanos, as razões de decidir utilizadas pela Corte IDH *deverão ser utilizadas na formação do convencimento e da decisão estatal*.⁴²³ É importante que o controle de convencionalidade interno obedeça aos

⁴²⁰ RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas... *Op. Cit.*, p. 513.

⁴²¹ *Ibidem*.

⁴²² "Se a interpretação judicial brasileira for contrária à interpretação desses órgãos internacionais, o Brasil responderá por isso e, pior, para o jurisdicionado existirá a sensação de que o tratado em tela foi distorcido e só foi usado como retórica judicial para fins de propaganda externa". (*Idem*, p. 511).

⁴²³ "O suporte básico do controle convencional deriva da estruturação do precedente convencional. Isto é, da *ratio decidendi*, contida nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos que introduzem estrutura substancial própria ao direito convencional frente às diversas situações fáticas que afetam os direitos humanos, gerando em consequência um direito igualitário a ser aplicado em casos similares, isto é, lhe outorga certeza e segurança no marco conceitual, normativo e de princípios dentro do contexto do sistema interamericano e conforme aos desenvolvimentos do sistema universal aos direitos humanos, construindo padrões vinculantes e parâmetros obrigatórios para todas as autoridades de todos os países membros em relação ao alcance dos direitos humanos". (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**... *Op. Cit.*, p. 377).

critérios de recepção de precedentes trabalhados no capítulo 2, único modo de desenvolver um controle não fragmentado, coerente e respeitador da segurança jurídica.

Na direção empreendida, o respeito às decisões da Corte IDH e vinculação à interpretação que ela dá ao tratado para fins de exercício do controle de convencionalidade são condutas imprescindíveis inclusive nos tempos atuais. Embora a América Latina viva dias de democracia mais acentuada se comparado aos anos 70 e 80, o fato é que se vive ainda em ambiente jurídico e social carente de fortalecimento no SIDH. Inclusive, no Direito Administrativo, objeto de estudo desse trabalho, o problema da vigência e eficácia dos direitos humanos é de atualidade premente em face do "ranço de autoritarismo que este ramo do conhecimento insiste em carregar consigo".⁴²⁴

A Corte IDH não é infalível. Os diálogos com outras jurisdições auxiliam no aperfeiçoamento da sua jurisprudência e concedem legitimidade à sua atuação. Esse, no entanto, é um processo lento de construção de melhores patamares de proteção do ser humano no SIDH que não afasta o dever jurídico *assumido* pelo Brasil de cumprir as decisões em que for condenado, seguir a linha jurisprudencial da Corte IDH, e de no controle de convencionalidade invalidar normas inconventionais levando em conta a interpretação que o tribunal internacional dá às normas parâmetro do controle.

O que se passa é que a "fronteira entre doméstico e internacional se desfaz em parte, sendo constituído um espaço de legalidade transnacional," no qual o "centro de coordenação hierárquica" é a Corte IDH.⁴²⁵ Esse é o cenário atual, e o que prevalecerá só o tempo dirá. Por ora não existe um diagnóstico seguro sobre se irá prevalecer a posição iniciada na quinta fase apontada acima ou se as jurisdições nacionais se rebelarão contra a tomada de posição da Corte.⁴²⁶ De todo modo, defende-se que apesar do diálogo, saudável em todos seus matizes (até mesmo naquele caracterizado pela resistência), a normativa internacional vigente obriga o Estado brasileiro a realizar o controle de convencionalidade segundo a jurisprudência da Corte IDH.

O restante das críticas, inclusive aquelas dirigidas contra a possibilidade do controle de convencionalidade pela Administração Pública, deve ser afastado mediante detalhamento da técnica do controle. Afinal, é procedente a alegação de que a Corte IDH não detalhou nos seus precedentes como se deve exercer na prática o controle. Isso se deve, entretanto, ao fato de que o controle de convencionalidade difuso obedece às competências e

⁴²⁴ SANTOS NETO, João Antunes dos. **O impacto dos direitos humanos fundamentais no Direito Administrativo**. Belo Horizonte, Fórum, 2008. p. 347.

⁴²⁵ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 348.

⁴²⁶ *Ibidem*.

regulações processuais de cada Estado.⁴²⁷ Seja realizado pelo Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional ou pela Administração Pública no exercício da função administrativa, o controle de convencionalidade segue regras editadas pelo legislador de cada país. Passa-se, assim, à explicação do modo como deve ser exercido o controle de convencionalidade, suas consequências e efeitos, principalmente no que tange à função administrativa estatal.

E porque as consequências e efeitos do controle de convencionalidade auxiliam na compreensão dos efeitos que derivam daquilo que se chama aqui de tutela administrativa efetiva dos direitos humanos, optou-se por tratar dos temas de modo conjunto no tópico a seguir.

3.2. Efeitos positivos e negativos da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos e principais características do controle de convencionalidade exercido pela Administração Pública

A internacionalização do Direito via incorporação das normas internacionais atinge todos os Poderes da República e orienta mudanças institucionais adaptativas ou inovadoras.⁴²⁸ Como visto, qualquer autoridade responsável pela proteção, promoção ou respeito aos direitos humanos, na esfera de suas competências, está obrigada a aplicar diretamente as normas de tratados internacionais de direitos humanos e a realizar o controle de convencionalidade. Essa não é uma competência exclusiva do juiz, senão de todo agente público. Nesse contexto, extrai-se o dever de ação *positiva* da Administração dirigida à correção de desequilíbrios entre os cidadãos para eliminação de todas as formas de discriminação, de fato e de direito, inclusive no processo administrativo. Ressalta aí a tutela administrativa efetiva dos direitos de toda natureza.⁴²⁹

A ampliação do número de agentes reconhecidamente competentes para realizar o controle de convencionalidade é uma forma de aplicação do princípio *pro persona*. Ao propugnar pela expansão do número de sujeitos responsáveis pela aplicação direta de normas do tratado e declaração de invalidade daquelas contrárias à Convenção Americana, a Corte

⁴²⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno... *Op. Cit.*, p. 150-151; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Reflexiones sobre el control difuso... *Op. Cit.*, p. 311.

⁴²⁸ VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do Direito... *Op. Cit.*, p. 180.

⁴²⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 265.

IDH está privilegiando a interpretação que mais beneficia o ser humano, resguardado sob qualquer ângulo contra posturas atentatória dos direitos humanos convencionais.⁴³⁰

Mediante o estabelecimento de alguns parâmetros, conceder às autoridades administrativas competência invalidadora de normas inconventionais fomenta o direito à tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais, tema já trabalhado por Daniel Wunder Hachem, que entre outros desdobramentos "impõe à Administração Pública o dever de promover os direitos sociais de maneira espontânea, integral e igualitária".⁴³¹ Haja vista os direitos fundamentais nada mais serem do que os direitos humanos tal como positivados no plano constitucional interno de cada país,⁴³² é possível vislumbrar a existência de um direito à tutela administrativa efetiva dos direitos humanos. Nessa linha, o exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública seria técnica primordial de implementação efetiva dos direitos previstos nos tratados, posto que referido dever do Poder Público de atender todos os direitos humanos e fundamentais de forma espontânea, integral e igualitária passa pela *verificação da compatibilidade de normas internas, ações e omissões administrativas com os tratados internacionais de direitos humanos*.

Entretanto, conquanto o posicionamento da Corte IDH seja pela ampla possibilidade de qualquer agente público realizar o controle (a despeito de não detalhar como seria o mecanismo do controle fora do Judiciário), há quem entenda pela impossibilidade de exercício de controle de convencionalidade pela Administração Pública, muito embora compreenda obrigatoriedade de todos os órgãos do Estado de seguir as regras dos tratados de direitos humanos e jurisprudência internacional.⁴³³

A Suprema Corte de Justiça da Nação do México, por exemplo, credita às autoridades administrativas a competência para interpretar e aplicar as normas jurídicas de acordo com os tratados de direitos humanos (com plena aplicação do princípio *pro persona*),

⁴³⁰ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 75-76.

⁴³¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 554.

⁴³² A opção constitucional brasileira preserva rigor técnico ao distinguir *direitos humanos* de *direitos fundamentais*. Estes são os positivados na Constituição Federal, aqueles são oriundos do ordenamento global. (MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 92).

⁴³³ "También el administrador público, en general, da misma forma que debe pautar-se pela Constitución e pelas leis vigentes e válidas no país, deberá (doravante) ter em conta o comando dos tratados de direitos humanos em vigor no Estado naquilo que também mais benéficos aos administrados. Embora aqui não se trate propriamente de controle de convencionalidade, trata-se, porém de respeito para com o comando mais benéfico dos tratados em vigor no Estado, cujo descumprimento acarreta a este último a responsabilidade internacional. Assim, a Administração Pública de um Estado de Direito (aquele submetido ao direito nacional e internacional) deve respeitar os comandos dos tratados de direitos humanos em vigor no país ao expedir quaisquer atos administrativos e celebrar contratos administrativos, submetendo suas decisões ao crivo de compatibilidade material desses tratados, bem assim (quando tal for possível) da jurisprudência da Corte Interamericana a respeito do tema". (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional...** *Op. Cit.*, p. 189).

mas não reconhece a competência invalidadora senão por parte dos juízes mexicanos.⁴³⁴ Desta forma, embora a Administração pudesse em casos concretos *deixar de aplicar normas inconventionais*, a declaração de nulidade estaria proibida.

O posicionamento contrário ao que orienta a Corte IDH parte do pressuposto de que como a Administração Pública se guia pelo princípio da legalidade, *a falta de disposição expressa no ordenamento que lhe outorgue competência para verificação da compatibilidade entre seus atos e os tratados de direitos humanos significaria uma ilegalidade por usurpação de uma função clássica do Poder Judiciário*, qual seja, o controle dos atos dos demais Poderes.⁴³⁵ Segundo essa lógica, só os agentes públicos investidos na função jurisdicional poderiam realizar o controle de convencionalidade, uma vez que no exercício da função administrativa os agentes públicos careceriam de competência anulatória.⁴³⁶

Por uma série de motivos, a argumentação não se sustenta. Em primeiro lugar, porque, ao menos no Brasil, há tempos se reconhece a possibilidade de Administração por si só invalidar seus próprios atos contrários ao ordenamento jurídico.⁴³⁷ A Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal editada em 1969 é o exemplo categórico de autotutela.⁴³⁸ Posteriormente à súmula, o art. 53 da Lei n. 9.784/99,⁴³⁹ corrigindo imprecisões determinou o *dever* de anular os atos ilegais, o que deve ser compreendido sempre em paralelo com o princípio da segurança jurídica e regras de convalidação e de decadência do direito de anular.

Em segundo lugar, porque a Administração se sujeita à juridicidade antes da legalidade, e portanto obriga-se ao cumprimento dos tratados. Ademais, a separação dos poderes não é um conceito estático. Os poderes funcionam segundo um mecanismo de freios e contrapesos, em que cada qual é competente para o controle de juridicidade e preservação da ordem jurídica. Como lembram Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem, é sim

⁴³⁴ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 85.

⁴³⁵ Para os casos em que a Administração se encontre em dúvida sobre a constitucionalidade de uma norma, a doutrina aponta alternativas nesse cenário, como por exemplo a consulta às Procuradorias Jurídicas para propositura de ação declaratória de inconstitucionalidade. Enquanto tramita a ação judicial, suspende-se o processo administrativo e compatibiliza-se assim o princípio da supremacia da Constituição com o princípio da legalidade administrativa. (HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 145-149).

⁴³⁶ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 131-32.

⁴³⁷ A prova histórica da afirmação está na obra REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1980.

⁴³⁸ Súmula n. 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

⁴³⁹ (Lei n. 9.784/99) Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

"possível – e desejável – o controle recíproco entre os Poderes da República".⁴⁴⁰ Logo, assim como o Judiciário, o Poder Executivo tem a obrigação de recusar a aplicação de normas inconventionais porque antijurídicas. No mais, os atos administrativos sempre estarão sujeitos a controle do Poder Judiciário, guardião do ordenamento jurídico.

Mas não só isso. O controle de convencionalidade difuso é principalmente praticado pelos juízes, mas é de competência de toda autoridade pública⁴⁴¹, uma vez que *todo o Estado e seus agentes* estão submetidos às convenções de direitos humanos,⁴⁴² que interpretadas levam à conclusão de que existe um dever de anulação de normas inconventionais por toda autoridade pública. Isto é, existe fundamento normativo para o controle de convencionalidade pelos órgãos jurisdicionais e administrativos.

No tocante à Convenção Americana, o art. 1.1 obriga que o tratado seja considerado por todo Poder de Estado e implica o dever geral do Estado e seus agentes de realizar o controle de convencionalidade.⁴⁴³ Ao art. 1.1 soma-se a regra do art. 2 do Pacto de São José da Costa Rica, sobre o "dever de adotar disposição de direito interno".⁴⁴⁴ O dispositivo obriga o Estado a alavancar "medidas de qualquer natureza" para garantir os direitos previstos no pacto. Logo, medidas de qualquer natureza que contribuam para a eficácia dos direitos previstos na Convenção são fomentadas e autorizadas abertamente pela norma internacional. Ao outorgar aos órgãos administrativos o dever de controlar a convencionalidade das normas internas está-se contribuindo para a promoção dos direitos humanos da Convenção Americana.

Importante mencionar também que no Estado Convencional uma das consequências do modelo adotado é o dever de organizar toda a estrutura estatal de modo a dar cumprimento aos comandos dos tratados internacionais de direitos humanos. Existe um

⁴⁴⁰ O trecho inteiro do que manifestam os autores está assim escrito: "O que se deve reconhecer, sem qualquer reprimenda, é que o princípio da separação dos poderes tal como ele foi forjado nos idos do século XVIII não encontra guarida na ordem constitucional pátria hodierna, devendo ser compreendido não como uma separação estanque, mas sim como um *balanceamento* entre as funções estatais. É possível - e desejável - o controle recíproco entre os Poderes da República". (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na República Federativa do Brasil. **Ópera Prima de Derecho Administrativo - Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, Ciudad de México, v. 10, p. 59-114, 2011. p. 108).

⁴⁴¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno... *Op. Cit.*, p. 126.

⁴⁴² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**... *Op. Cit.*, p. 204.

⁴⁴³ *Idem*, p. 210.

⁴⁴⁴ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Art. 2. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (grifos ausentes no original)

dever de "reorganizar competências", o que decorre diretamente do dever de garantir os direitos humanos previsto no mesmo art. 2 do Pacto de São José da Costa Rica.⁴⁴⁵

A regra de subsidiariedade do art. 46.1 do Pacto de São José, que caracteriza o mecanismo processual do SIDH, também justifica o controle de convencionalidade por parte de todas as autoridades estatais. O processamento em caso internacional é a *ultima ratio* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, consubstanciado em um dever do Estado de evitar a responsabilização internacional. Se se outorga a todo órgão estatal competência para aplicar normas convencionais e deixar de aplicar normas contrárias aos tratados em vigor *declarando-as nulas*, contribui-se para a eficácia dos pactos e para evitar condenações internacionais. Os tribunais internacionais não substituem o Judiciário nacional nem são uma quarta instância. Não substituem nem mesmo a Administração Pública. São na verdade o último resguardo da vítima, acessível apenas em caso de falha total dos mecanismos de proteção e garantia internas.

Isso ficou evidente no voto do Caso *Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia*, em que a Corte IDH posicionou no princípio da subsidiariedade o dever de toda autoridade estatal realizar o controle de convencionalidade.⁴⁴⁶ Assim, em virtude do caráter subsidiário da jurisdição internacional e da força normativa dos tratados de direitos humanos, compete aos agentes públicos no âmbito de suas competências exercer de ofício o controle de convencionalidade interno. É dizer, a existência do controle de convencionalidade interno ou difuso radica-se nas regras do tratado e especialmente no princípio da subsidiariedade da atuação das Cortes internacionais de direitos humanos.⁴⁴⁷

Todavia, a declaração de inconvencionalidade é uma competência excepcional e segue os mesmos pressupostos da declaração de inconstitucionalidade nesse ponto, de modo que os "entes administrativos não podem fazê-lo de maneira caprichosa, sempre que

⁴⁴⁵ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 69.

⁴⁴⁶ "A responsabilidade estatal diante da Convenção só pode ser declarada a nível internacional depois que ao Estado tenha sido oportunizado declarar a violação e reparar o dano ocasionado por seus próprios meios. Isso se assenta no princípio da complementaridade (subsidiariedade), que informa transversalmente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o que é, tal como expressa o preâmbulo da mesma Convenção Americana, 'coadjuvante ou complementário da [proteção] que oferece o direito interno dos Estados americanos'. De tal maneira, o Estado 'é o principal garante dos direitos humanos das pessoas, de maneira que, se se produz um ato violatório de ditos direitos, é o próprio Estado que tem o dever de resolver o assunto a nível interno e, [em seu caso] reparar, antes de ter que responder em instâncias internacionais como o Sistema Interamericano, o qual deriva do caráter subsidiário que reveste o processo internacional frente os sistemas nacionais de garantias dos direitos humanos'. Essas ideias também adquiriram forma na jurisprudência recente debaixo da concepção de que todas as autoridades e órgãos de um Estado parte da Convenção têm a obrigação de exercer um 'controle de convencionalidade'". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Massacre de Santo Domingo*... *Op. Cit.* § 142).

⁴⁴⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno... *Op. Cit.*, p. 147.

cogitarem abstratamente de uma eventual e remota suspeita de inconstitucionalidade".⁴⁴⁸ Assim sendo, o primeiro passo em face da dúvida sobre a convencionalidade é verificar se não há possibilidade de interpretar a norma de acordo com o tratado internacional de direitos humanos. Eis a primeira conduta da autoridade administrativa: anteriormente à invalidação expressa da norma anticonvencional – ou seja, antes do exercício do controle de convencionalidade difuso propriamente dito – cumpre realizar interpretação convencional.⁴⁴⁹ Não se olvide ainda que norma posta em dúvida deve ser lida conforme todos os tratados internacionais de direitos humanos incorporados,⁴⁵⁰ e não só de acordo com o Pacto de São José.⁴⁵¹ Apenas caso seja impossível a leitura convencionalmente adequada da norma nacional é que se passa ao exercício concreto do controle de convencionalidade.⁴⁵²

Superada a fase de interpretação convencional, nas suas respectivas esferas de atuação, no Brasil tanto o Judiciário quanto a Administração têm competência para realizar a verificação de compatibilidade de normas e atos em face de convenções internacionais de direitos humanos. Segundo constatado mais acima, no exercício do controle de convencionalidade o agente público verifica a compatibilidade com as normas da Convenção Americana e com a jurisprudência da Corte IDH.⁴⁵³ Caso não haja precedente em relação a determinado tema, cumpre à autoridade estatal dar efetividade à norma convencional do modo que melhor concretiza a finalidade do tratado. Existe, nesse sentido, um dever de aplicação de ofício do pacto internacional,⁴⁵⁴ guiada pelos princípios interpretativos dos tratados internacionais e orientada pelos princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

As autoridades administrativas têm autonomia para decidir com independência os casos a elas submetidas, desde que motivadamente e em respeito às normas vigentes e à interpretação que órgãos jurisdicionais nacionais e internacionais conferem à legislação,

⁴⁴⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 370.

⁴⁴⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Reflexiones sobre el control difuso... *Op. Cit.*, p. 308.

⁴⁵⁰ Para quem admite ao menos a suprallegalidade de qualquer tratado internacional, e não só os de direitos humanos, todos os instrumentos incorporados no ordenamento servem de parâmetro de controle. O nome do controle que se dá nesses casos seria "controle de suprallegalidade", enquanto para os tratados de direitos humanos haveria o "controle de convencionalidade". Cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional...** *Op. Cit.*, p. 175-181.

⁴⁵¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso... *Op. Cit.*, p. 186.

⁴⁵² Conforme explicado no capítulo 3.

⁴⁵³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso... *Op. Cit.*, p. 176.

⁴⁵⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 396.

Constituição e tratados. A motivação administrativa é requisito de validade do ato⁴⁵⁵ e precisa desqualificar a norma reputada inconvenção de forma a quebrar a barreira do princípio democrático que alicerça as normas produzidas pelo Legislativo, e pelo próprio Executivo no caso de atos administrativos. Assim feito, e desde que a motivação seja "explícita, clara e congruente" (art. 50 da Lei n. 9.784/99),⁴⁵⁶ as autoridades ou qualquer servidor a quem competiu decidir estará protegido contra perseguições ou processos administrativos sancionadores. A motivação suficientemente embasada, e se possível apoiada em parecer técnico do corpo jurídico do ente ou órgão, protege o agente público de responsabilização administrativa ou judicial, "haja vista que nenhum dos deveres funcionais terá sido descumprido e nenhum ato de improbidade haverá sido praticado. Pelo contrário: é a ação ofensiva aos direitos fundamentais que deveria ser reputada como uma conduta antijurídica do agente ou advogado público (...)".⁴⁵⁷ Destarte, o agente público não precisa temer responsabilização por recusar aplicação de lei inconvenção.

Entretanto, na prática sabe-se que dificilmente os servidores públicos arriscam desafiar a literalidade da lei em sentido estrito, o que segundo Ricardo Perlingeiro se deve ao fato de que na América Latina como um todo existe confusão entre Administração e Governo, sendo que neste contexto os agentes públicos se sentem desconfortáveis e temerosos de desafiar a interpretação gramatical em prol dos direitos fundamentais, pois podem sofrer processos administrativos.⁴⁵⁸ Este realmente é um problema grave que acomete o funcionalismo, que deixa de considerar a juridicidade e privilegia a legalidade em sentido estrito sob o medo de sofrer punições.

Frise-se, no entanto, que a solução que atende melhor ao dever de dar efetividade aos tratados de direitos humanos é orientar o agente a motivar com exaustão a declaração de invalidade, de modo a resguardar sua decisão de ataques infundados. Desde que haja motivação e demonstração razoável de que se buscou aplicar o Direito conforme convenções internacionais de que o Brasil é parte, seguindo ainda a jurisprudência da Corte IDH, não se pode sancionar o agente em nenhum dos âmbitos de responsabilização.

⁴⁵⁵ (Lei n. 9.784/99) Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, *motivação*, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (Grifos ausentes no original)

⁴⁵⁶ (Lei n. 9.784/99) Art. 50 (...). § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

⁴⁵⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 331.

⁴⁵⁸ PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-204, jan./abr. 2017. p. 192.

Ao lado disso, investir no ensino de Direito Internacional dos Direitos Humanos é essencial. Não se descuida que o preparo técnico dos servidores e a valorização dos cargos e funções são pontos fundamentais para a melhoria da qualidade das decisões e aplicação esmerada da normativa nacional e internacional. Só assim a Administração poderá, pelo trabalho tecnicamente adequado de seus agentes, ser independente do Poder Judiciário e prescindir da chancela deste para a consecução do interesse público. O ideal, nunca é demais lembrar, é que os litígios sejam evitados e a Administração resolva por si mesma e em caráter definitivo (e satisfatório) as questões que dela dependem.

Nesse sentido, por exemplo, órgãos singulares ou colegiados da Ordem dos Advogados do Brasil podem declarar inconvencional a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público que proíbe servidor público de advogar.⁴⁵⁹ Ou ainda, uma Comissão de Processo Administrativo Federal tem competência para declarar inconvencional a Lei n. 8.112/90 no que regulamenta as etapas do processo disciplinar (como será abordado nos próximos capítulos). Por outro lado, um agente público pode negar-se a cumprir resolução ou decreto contrário a um tratado. Em todas as hipóteses não poderá ser responsabilizado administrativamente, civilmente, em ações de improbidade, nem criminalizado por descumprimento do princípio da legalidade, desde que motive adequadamente sua posição. Não obstante isso, como o ato administrativo está sujeito a controle judicial, a reforma de sua decisão acarretará consequências próprias da invalidação, como a nulidade do ato e daqueles que dele derivaram (ressalvada a modulação) e a recomposição patrimonial nos casos em que incidir a responsabilização civil do Estado.

Assim, mesmo que a Administração seja competente para fazer o controle e declarar a invalidade de normas frente aos tratados de direitos humanos, a última palavra será do Judiciário. A configuração dos Poderes no Brasil faz com que, não obstante o dever-poder dos órgãos administrativos de realizar o controle de convencionalidade, esse controle esteja sujeito à verificação do Judiciário caso provocado.⁴⁶⁰

O controle judicial dos atos administrativos é amplo. A Administração embora livre para decidir nos marcos da juridicidade, presta contas ao Poder Judiciário, e por isso está vinculada não só à jurisprudência da Corte IDH, mas igualmente à jurisprudência do Supremo

⁴⁵⁹ Cf. nesse sentido HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Restrições ao direito fundamental à liberdade de exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 334-350, 2015.

⁴⁶⁰ "Ao Poder Judiciário incumbe dar a *última* palavra a propósito da interpretação constitucional, mas não a *única*. Até que os órgãos judiciários sejam conclamados a exercer a função jurisdicional nesse sentido, os demais agentes públicos deverão interpretar as leis à luz da Constituição". (HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 349).

Tribunal Federal sobre tratados de direitos humanos manifestada em controle concentrado de constitucionalidade, recursos extraordinários com declaração de efeitos *erga omnes* e súmulas vinculantes.

As consequências da declaração de inconveniência em processos administrativos e judiciais variam. Em caso de incompatibilidade: (a) se a lei ou outro ato normativo são anteriores à incorporação do tratado, aqueles serão a rigor *revogados*; (b) se a lei ou outro ato normativo são posteriores ao tratado já em vigor (o que deve ser evitado pelo Legislativo e Administração no exercício do poder regulamentar), a rigor existe uma *invalidade* e, por conseguinte, *ineficácia* da norma posterior.⁴⁶¹ Resumidamente, a incompatibilidade da norma nacional com convenções de direitos humanos resulta na declaração de invalidade daquela e sua inaplicabilidade.⁴⁶²

Em relação ao tempo, a atribuição de efeitos *ex nunc* ou *ex tunc* da invalidação é matéria pendente de definição na Corte IDH, que tende a adotar na maioria das vezes posições pela nulidade *ex tunc* das normas anticonvencionais.⁴⁶³ No Brasil a modulação dos efeitos em controle de constitucionalidade é permitida em qualquer modalidade de controle. Até que seja editada lei que regule a prática para a técnica do controle de convencionalidade, nada impede que o art. 27 da Lei n. 9.868/1999 seja aplicado por analogia, inclusive pela Administração Pública em nome da preservação da segurança jurídica.⁴⁶⁴

Em relação às partes, no controle difuso de convencionalidade feito pelo Judiciário ou Administração Pública os efeitos da invalidação são para o caso concreto. Isto é, em regra são *inter partes* e válidos somente no processo administrativo ou judicial em que a invalidade foi declarada. Porém, a declaração de inconveniência pela Administração poderá ter efeitos *erga omnes* no caso de publicação de atos normativos gerais e abstratos, aplicando-se assim para a generalidade de hipóteses fáticas idênticas, diretriz condizente com a razoável duração do processo e tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais e humanos. Conforme aduz Daniel Wunder Hachem na defesa da universalização de tratamento dos cidadãos na função administrativa para situações de reconhecida inconstitucionalidade, nada justificaria preservar uma situação *convencional* para apenas um cidadão se a totalidade

⁴⁶¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade... *Op. Cit.*, p. 122; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso... *Op. Cit.*, p. 187.

⁴⁶² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno... *Op. Cit.*, p. 126.

⁴⁶³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Reflexiones sobre el control difuso... *Op. Cit.*, p. 316-317.

⁴⁶⁴ (Lei 9.868/1999) Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

do conjunto de interessados pode gozar da mesma situação jurídica de forma espontânea, sem que haja necessidade de se socorrer do Judiciário.⁴⁶⁵

Recorde-se que na função jurisdicional, a declaração *inter partes* de inconveniência acontece pela via de exceção, nos mesmos casos em que o juiz já analisa a inconstitucionalidade na modalidade difusa. Há inclusive a possibilidade de órgãos fracionários dos tribunais brasileiros realizarem o controle de convencionalidade, pois não existe no sistema nacional cláusula de reserva de plenário para declaração de inconveniência.⁴⁶⁶ No exercício da função jurisdicional, os efeitos *erga omnes* da invalidação no controle difuso poderão ocorrer por declaração de inconveniência do órgão com competência constitucional para fazê-lo.⁴⁶⁷

Em relação à declaração de inconveniência com efeitos *erga omnes* pelo Poder Judiciário, há alternativas de interpretação. A primeira seria assumir que: (i) no Brasil a declaração de inconveniência com efeitos *erga omnes* no Poder Judiciário só seria possível para as normas convencionais incorporadas na sistemática do art. 5º, §3º da Constituição.⁴⁶⁸ Nessa via, assumida a tese da supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos, o sentido do art. 5º, §3º se resolveria atribuindo-lhe natureza de norma processual. Assim, até que não houvesse uma modificação no art. 102 da Lei Fundamental para incluir a "ação direta de inconveniência" e "ação declaratória de convencionalidade"⁴⁶⁹, somente para os tratados internacionais incorporados pelo rito do art. 5º, §3º da Constituição é que o Supremo Tribunal Federal seria competente para o controle abstrato de convencionalidade. Alternativamente, a segunda via interpretativa seria a que atende a solução da norma mais favorável: (ii) a regra do art. 5º, §3º seria interpretada como norma de estabelecimento de maior consenso por parte do Congresso para recepção de tratados de direitos humanos, sendo possível realizar o controle abstrato de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal com efeitos *erga omnes* da declaração por *analogia* com as normas atuais sobre controle de constitucionalidade. Essa segunda via interpretativa parece a

⁴⁶⁵ A edição de atos normativos gerais e abstratos que preservem a universalidade de tratamento está compreendida no conteúdo da tutela administrativa efetiva, que obriga a atuação espontânea, integral e igualitária da Administração para preservar direitos fundamentais. (HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 437).

⁴⁶⁶ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 254-258.

⁴⁶⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 351-352; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional...** *Op. Cit.*, p. 155.

⁴⁶⁸ Como já apontado no Capítulo 2 quando mencionada as consequências da inserção do §3º do art. 5º da Constituição pela EC n. 45/04, para Valerio de Oliveira Mazzuoli a constitucionalidade formal dos tratados de direitos humanos inseridos no ordenamento como *equivalentes a emendas constitucionais* presume a possibilidade de realização de controle concentrado de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. (*Idem*, 167).

⁴⁶⁹ Como sugere, por exemplo, MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 260.

mais adequada, haja vista incorporar no sistema jurídico uma opção a mais para o controle de normas inconventionais, o que é mais benéfico ao ser humano.

Em conclusão, segundo as características sumariamente apresentadas acima: (a) há competência jurisdicional para declarar inválida uma norma inconventional, o que segue regras análogas mas não idênticas às do controle de constitucionalidade difuso; (b) a teoria do controle de convencionalidade autoriza agentes públicos no exercício da função administrativa a declarar a inconventionalidade, ou seja, declarar inválido (b.1) um ato administrativo, inclusive aqueles expedidos por autoridade de maior hierarquia, (b.2) uma lei em sentido estrito, ou (b.3) normas da própria Constituição; (c) o exercício da competência invalidadora da autoridade administrativa mediante motivação impede responsabilização do agente público que sustentou a inconventionalidade de norma; (d) os efeitos da declaração de inconventionalidade no exercício da função administrativa são em regra *inter partes*, mas poderão ser *erga omnes* desde que haja atos administrativos normativos gerais e abstratos, cuja edição obriga o reconhecimento pela Administração de inconventionalidade para a generalidade de hipóteses fáticas idênticas; (e) a decisão da autoridade pública, porque se exterioriza por meio de um ato administrativo, estará sempre sujeita à reforma pelos recursos administrativos cabíveis e/ou ao controle judicial.

Identificadas as principais características da competência invalidadora que tem como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos e a interpretação que as Cortes internacionais fazem deles (com especial nota para a Corte IDH e o Pacto de São José da Costa Rica), cumpre classificar quais os efeitos jurídicos concretos da tutela administrativa efetiva *dos direitos humanos*, para a qual o controle de convencionalidade tem um papel de destaque. Dado que se defende a possibilidade de realizar controle de convencionalidade pela Administração com base também no direito do cidadão à tutela administrativa efetiva, podem ser resumidas as consequências da outorga dessa competência extraordinária em dois efeitos: **(a)** negativos e **(b)** positivos. A proposta classificatória segue aquela ordenada por Daniel Wunder Hachem no capítulo 7 de sua tese doutoral em relação à vinculação direta da Administração Pública aos direitos fundamentais. A proposta do autor condensa em quatro efeitos proibições e imposições à Administração Pública decorrentes da incidência direta dos direitos previstos na Constituição, da aplicabilidade imediata de direitos fundamentais, e dos deveres do Poder Público de respeitar, proteger e promover aqueles direitos. Os dois primeiros efeitos são *negativos*, e correspondem à **(a.1)** proibição de agir contrariamente a normas previstas expressa ou implicitamente no bloco de constitucionalidade e à **(a.2)** proibição de aplicar leis atentatórias aos direitos fundamentais ou que limitem de forma

ilegítima a esfera jurídica do sujeito (agir *contra legem*). Os dois últimos efeitos são *positivos*, consistentes em imposições de atuação administrativa para promoção de direitos fundamentais. Esses efeitos positivos correspondem à **(b.1)** redução da margem de discricionariedade administrativa, o que implica em diminuição dos espaços e momentos de escolha da Administração para satisfazer ou não um direito, e ao **(b.2)** dever administrativo de agir independentemente de lei para satisfazer direitos fundamentais que não estejam sendo implementados ou efetivados por razões de omissão legislativa (agir *praeter legem*).⁴⁷⁰ A partir dessas diretrizes expostas pelo autor em matéria de direitos previstos na Constituição para cumprimento da tutela administrativa dos direitos fundamentais é que se constrói abaixo os fundamentos da tutela administrativa efetiva dos direitos previstos em tratados de direitos humanos. Os efeitos negativos e positivos explorados resumem as competências autorizadas à Administração no plano da efetivação dos tratados de direitos humanos, de grande relevância tanto na fase postulatória administrativa quanto em eventuais litígios em tramitação no Poder Judiciário, conforme se verá nos próximos capítulos.

Pois bem. Uma vez que a Administração Pública está diretamente vinculada aos direitos humanos previstos nos tratados incorporados e deve exercer de ofício o controle de convencionalidade, viu-se que é insuficiente o ato administrativo estar de acordo com a lei e a Constituição, se não está também conforme a tratados internacionais de direitos humanos vigentes.⁴⁷¹ A afirmação traduz-se nos dois efeitos negativos da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos: **(a.1)** não agir contrariamente aos tratados internacionais de direitos humanos, tal como interpretados pelos tribunais internacionais de direitos humanos e **(a.2)** recusar-se a aplicar normas violadoras dos tratados de direitos humanos.

(a.1) Não agir contra as normas de tratados internacionais de direitos humanos é consectário lógico da tese segundo a qual as normas convencionais vigentes e válidas no Brasil obrigam todo aparato estatal. Sob pena de violar o ordenamento jurídico e responsabilizar o Estado no plano interno e externo, todo agente público tem a obrigação de abster-se de descumprir as normas convencionais tal como interpretadas pelas Cortes autorizadas.

⁴⁷⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 321-442.

⁴⁷¹ "Da mesma forma, os atos administrativos, que até pouco tempo eram dotados de mera legalidade e que, a muito custo, passaram a ser objeto de análise (administrativa e jurisdicional) de constitucionalidade (em virtude do recente fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, devem ser compatibilizados às normas convencionais, que estão abrangidas pelo conteúdo do princípio da juridicidade". (LEAL, Mônia Clarissa; ALVES, Felipe Dalenogare. *O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro...* *Op. Cit.*, p. 113).

Incorpora esse dever de abstenção a obrigação de todo agente público de realizar a interpretação convencionalmente adequada, aspecto já tratado no capítulo anterior. É que a interpretação literal das normas jurídica limita o exercício dos direitos pelo cidadão. Por conta disso, a Administração deve procurar o conteúdo integral do direito invocado e aplicar a norma observando as diversas normas jurídicas que o condicionam, fazendo uma leitura do ordenamento à luz da Constituição e dos tratados de direitos humanos.⁴⁷²

(a.2) O segundo desdobramento do efeito negativo da tutela administrativa dos direitos humanos, qual seja, recusar-se a aplicar normas violadoras dos tratados de direitos humanos, é a rigor o exercício do controle de convencionalidade pela Administração. A aplicabilidade imediata dos tratados de direitos humanos (*self-executing* na linguagem internacionalista) garante o afastamento de normas inconventionais.

Assim como a garantia constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais prevista no art. 5º, §1º permite recusar a aplicação de norma inconstitucional,⁴⁷³ o controle de convencionalidade pela Administração Pública praticado *ex officio* nutre a efetividade do sistema de proteção de direitos em que se insere o Brasil.

Uma ressalva é impositiva nesse ponto. Esse segundo efeito negativo orienta-se naturalmente pelo princípio *pro persona*. Então, se alguma norma nacional for contrária a tratado internacional de direitos humanos e ao mesmo tempo for mais benéfica ao cidadão, alargando sua esfera jurídica, não caberá falar em declaração de inconventionabilidade, mas preservação da normativa que melhor atende a finalidade de edição da norma de Direito Internacional de Direitos Humanos.

Em relação ao efeito positivo que resume a tutela administrativa efetiva dos direitos humanos, este acarreta duas consequências: **(b.1)** redução da discricionariedade administrativa; **(b.2)** possibilidade do agente integrante da Administração Pública agir na ausência de lei para atender a norma convencional vigente.

(b.1) Em relação à redução de discricionariedade, assim como considerar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a multifuncionalidade da categoria (e principalmente a eficácia irradiante) leva à redução da margem de discricionariedade administrativa,⁴⁷⁴ o dever jurídico de impulsionar toda estrutura estatal para o cumprimento

⁴⁷² HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 338.

⁴⁷³ *Idem*, p. 339.

⁴⁷⁴ "O desenvolvimento das duas primeiras ideias tem o propósito de demonstrar, no ponto (c), que *por força do direito do cidadão à tutela administrativa efetiva – espontânea, integral e igualitária – de sua esfera jurídica, a discricionariedade do Poder Público sofre, na seara dos direitos fundamentais, intensas limitações que advêm da dimensão objetiva de tais direitos, a qual impõe à Administração o dever de remover todos os entraves*

das disposições dos tratados de direitos humanos limita a margem discricionária da Administração. Quer dizer, limita a conveniência e oportunidade em cumprir um direito humano. Assim, esse efeito positivo da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos traduz-se na prática *como a competência cogente de dar cumprimento imediato à norma internacional de direitos humanos e envidar todos os esforços e recursos disponíveis à efetivação dos inúmeros direitos previstos em tratados*.

Conquanto a Administração goze de discricionariedade para pensar o modo como vai garantir o exercício dos direitos previstos em tratados de direitos humanos, não detém qualquer dose de oportunidade e conveniência para decidir se dará ou não cumprimento à norma convencional. Ela deve cumpri-la e cumpri-la *imediatamente*.⁴⁷⁵

Os tratados de direitos humanos impactam diretamente no modo como a Administração exerce sua competência discricionária. Sempre que se deparar na prática entre duas ou mais escolhas, deverá optar por aquela que atenda melhor ao conteúdo e finalidade dos tratados de direitos humanos aos quais o Brasil aderiu.⁴⁷⁶ Esse efeito positivo manifestado orientará algumas das conclusões dos capítulos seguintes.

(b.2) O segundo efeito positivo, consistente na possibilidade de agir na falta da lei, decorre do caráter *self-executing* dos tratados de direitos humanos. A aplicabilidade imediata dos tratados de direitos humanos no Direito brasileiro, seja por força da doutrina que lhes outorga historicamente a característica da autoexecutoriedade, seja por força do art. 5º, §1º da Constituição, traduz-se no principal efeito positivo da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos: a irrelevância da inexistência de lei em sentido estrito ou ato administrativo regulamentar como mediadores da aplicação de normas convencionais vigentes.

O efeito útil que se espera dos tratados de direitos humanos impulsiona a Administração à tomada de todas as medidas jurídicas e materiais ao seu alcance para proteção, respeito, garantia e fomento dos direitos humanos previstos em tratados vigentes. Nesse passo, a atuação administrativa na ausência de lei impulsionada por esses objetivos determinados em norma internacional é válida.

O papel da Administração no século XXI ultrapassa o de mera executora das ordens do Poder Legislativo. Os tempos atuais e o modelo de Estado Constitucional e Convencional adotado pelo Brasil concedem ao administrador público protagonismo na

existentes e criar todas as condições necessárias para proporcionar a sua máxima satisfação, e de interpretar todo o ordenamento jurídico da maneira mais apropriada à realização ótima dos valores subjacentes aos direitos fundamentais". (Idem, p. 407-408).

⁴⁷⁵ *Idem*, p. 411.

⁴⁷⁶ *Idem*, p. 419.

efetivação de uma série de direitos. A Administração Pública é o ponto de contato entre os cidadãos e o Estado que se vinculou às diretrizes internacionais dos direitos humanos, cabendo a ela efetivar os direitos universais do ser humano no "dia a dia em seus atos administrativos, práticas, contratos, regulamentos, serviços públicos, obras e demais modalidades de exercício de suas competências".⁴⁷⁷ Para tanto, não deve prescindir de lei intermediadora, conquanto ela deve ser respeitada se existir e condicionar o modo de exercício da competência e do direito.

À Administração Pública está facultado aplicar as normas convencionais diretamente nos casos em que tal conduta servir à ampliação de direitos. A ampliação da esfera jurídica do cidadão permite a atuação da Administração independentemente de lei e com base exclusiva na Constituição *e nos tratados de direitos humanos*.

Lembre-se de que, por outro lado, a restrição de direitos por parte do Poder Público exige em todo e qualquer caso a existência de lei em sentido, respeitado o princípio da legalidade em sua forma clássica.⁴⁷⁸ De resto, é isso que os tratados de direitos humanos que o Brasil incorporou preveem. A título de exemplo, o art. 30 da Convenção Americana⁴⁷⁹ determina que toda e qualquer restrição a direitos humanos esteja condicionada ao princípio da legalidade estrita, pois a "*lei* referida pela Convenção é aquela elaborada pelo Poder Legislativo (formado por representantes eleitos democraticamente) seguindo regras constitucionais sobre o devido processo legislativo e editadas por motivo de interesse geral (ou seja, dirigidas ao *bem comum*)".⁴⁸⁰

Por todo o exposto, observa-se que existe uma competência própria do Poder Judiciário e também da Administração Pública brasileira de aplicar diretamente e de ofício normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico, bem como de invalidar as normas internas contrárias às normas convencionais. Esse dever-poder está contemplado no direito à tutela administrativa efetiva dos direitos humanos, cujos efeitos podem ser resumidos em: **(a)** positivos, sendo eles **(a.1)**

⁴⁷⁷ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Democracia, derechos humanos y administración pública. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 301.

⁴⁷⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 432-433.

⁴⁷⁹ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Art. 30. 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.

⁴⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 245.

não agir contrariamente aos tratados internacionais de direitos humanos, tal como interpretados pelos tribunais internacionais de direitos humanos e **(a.2)** recusar-se a aplicar normas violadoras dos tratados de direitos humanos; e **(b)** negativos, sendo eles **(b.1)** a redução da discricionariedade administrativa; **(b.2)** a possibilidade de o agente integrante da Administração Pública agir na ausência de lei para atender a norma convencional vigente.

Esse resumo dos efeitos da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos, nos quais fica mais claramente compreendida a competência invalidadora de normas anticonvencionais pela Administração, servirá à compreensão adequada dos impactos dos tratados de direitos humanos no Direito Administrativo brasileiro, objeto de estudo concreto dos próximos capítulos.

PARTE II – DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E DIREITO ADMINISTRATIVO – IMPACTOS DOS TRATADOS NO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

A segunda parte do trabalho adentra topicamente no Direito Administrativo para demonstrar as alterações que seus institutos e práxis sofrem a partir do reconhecimento da força normativa e impactos dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro. A seleção dos institutos obedece um critério de escolha baseado na verificação do descompasso no manejo das normas de Direito Administrativo pelo Poder Público com os tratados em vigor no Brasil.

A partir dos pressupostos identificados na primeira parte, mesmo que sem esgotar todos os institutos e temas tratados pelo Direito Administrativo, a segunda parte do trabalho explora as principais influências do Direito Internacional dos Direitos Humanos nas vigas mestras do regime jurídico-administrativo e relevantes impactos (inclusive inconveniências) em normas de institutos relevantes, como as que tratam de servidores públicos, poder de polícia, serviço público, licitações, contratos administrativos e ato administrativo e processo administrativo.

Capítulo 4 – Regime jurídico-administrativo, organização e atividades administrativas à luz dos tratados internacionais de direitos humanos

Posicionada a hierarquia supraconstitucional dos tratados e sua força normativa, a relevância do princípio *pro persona*, o grau de vinculação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os contornos da teoria do controle de convencionalidade, já é possível identificar quais os impactos produzidos no Direito Administrativo pela recepção de tratados de direitos humanos. A abordagem que se segue busca identificar as principais influências das normas de tratados de direitos humanos, apontando não só diretrizes de interpretação, mas também algumas inconveniências na legislação brasileira.

Entendeu-se relevante, primeiramente, (4.1) abordar de que maneira as convenções internacionais de direitos humanos e a interpretação que delas faz a Corte IDH influenciam na leitura das normas integrantes do regime jurídico-administrativo de prerrogativas e sujeições, dando enfoque a alguns dos princípios estruturantes da disciplina do Direito Administrativo, notadamente aqueles previstos no art. 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Em seguida, optou-se por analisar (4.2) os reflexos das normas internacionais na organização administrativa brasileira e de que forma a atividade administrativa exercida por entidades e órgãos da Administração é influenciada pelos tratados de direitos humanos vigentes. Feito isso, será possível identificar de que modo essas normas internacionais impactam nas decisões administrativas e discorrer sobre alguns parâmetros de atuação desejável ao Poder Público.

4.1. Os impactos dos tratados internacionais de direitos humanos no regime jurídico-administrativo, na organização administrativa e na autonomia dos entes federativos do Estado brasileiro

Romeu Felipe Bacellar Filho afirma que "após a ratificação, o tratado é promulgado por decreto do Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União, integrando-se ao ordenamento jurídico infra constitucional e passando a ter aplicabilidade e executoriedade internas".⁴⁸¹ Tal como defendido no início deste trabalho, a partir daquela

⁴⁸¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Tratados - integração regional: Mercosul - perspectivas e desenvolvimento. In: **Fuentes del derecho administrativo: tratados internacionales, contratos, como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo.** MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana *et alli* (Coord.). Buenos Aires: RAP, 2010. p. 122.

integração as normas internacionais ganham *status* supraconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro, irradiando seus efeitos em todos os ramos do Direito.

Portanto, a ideia segundo a qual as garantias e direitos previstos nos tratados internacionais têm aplicação útil apenas nos institutos de Direito Penal é enganosa. Há reflexos importantes no Direito Administrativo.⁴⁸² O regime jurídico-administrativo passa por transformações oriundas dos impactos dos tratados internacionais, mormente aqueles classificados como de direitos humanos. As tendências sociais, políticas, econômicas e geográficas da contemporaneidade afetam o Direito, e entre os seus ramos o Direito Administrativo. Os tratados de direitos humanos incorporados orientam a revisão de todos os institutos do Direito Administrativo.⁴⁸³

Interessa a relação entre Direito Internacional e Direito Administrativo não só pela internacionalização das comunicações, atividades postais, serviços públicos, navegação, regulação ambiental, atividades aduaneiras ou regulação dos serviços diplomáticos,⁴⁸⁴ mas principalmente em função dos impactos que tratados de direitos humanos assinados a partir da segunda metade do século XX provocam no Direito Público interno. Interessa, é dizer, a análise normativa das mudanças ocorridas nas últimas décadas. Cançado Trindade é preciso nesse aspecto: "O reconhecimento de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos".⁴⁸⁵

O conjunto de normas que compõe o Direito Administrativo o caracteriza como um regime de prerrogativas e sujeições.⁴⁸⁶ O Direito Administrativo tem um regime jurídico marcado pela supremacia do interesse público sobre o privado e pela indisponibilidade dos interesses públicos,⁴⁸⁷ os quais não pertencem individualmente ao administrador, mas à coletividade em nome de quem se exerce a atividade administrativa. O art. 30 da Convenção

⁴⁸² 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 (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁴⁸³ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Tratados de derechos humanos... *Op. Cit.*, p. 78.

⁴⁸⁴ OLCOS, Consuelo Sarria. Derecho internacional y derecho administrativo colombiano. In: ULBA, Jorge Eduardo Londoño (Org.). **Derecho Internacional y Derecho Interno**. Tunja: Ediciones UniBoyacá, 1999. p. 629-656.

⁴⁸⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito**... *Op. Cit.*, p. 40.

⁴⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 60.

⁴⁸⁷ Segundo leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, "Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existem princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo. (...) Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios: a) *supremacia do interesse público sobre o privado*; b) *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso**... *Op. Cit.*, p. 53, 55-56).

Americana⁴⁸⁸ dá base normativa internacional ao princípio da supremacia do interesse público, bem como reforça que as limitações aos direitos individuais somente serão válidas se provocadas por lei formal editada pelo Legislativo de acordo com o processo legislativo constitucional.⁴⁸⁹ O regime jurídico-administrativo, portanto, tem acima de tudo fundamento normativo⁴⁹⁰ em tratados internacionais de direitos humanos hierarquicamente superiores à Constituição.

Há, destarte, uma mudança na coluna edificadora do Direito Administrativo no Direito positivo: antes de estar na Constituição, seu fundamento está nos tratados de direitos humanos.⁴⁹¹ Mais que isso, perde força o critério de classificação das relações jurídicas entre particulares como *horizontais* e entre particulares e Poder Público como *verticais*. O princípio da igualdade do modo como é tratado nos tribunais internacionais⁴⁹² leva à reclassificação dessas relações jurídicas. Seja em qual relação for, entre Estado e particulares ou entre particulares, o princípio da igualdade e não discriminação passa a ser lido na ação estatal como modo "*de impedir que as assimetrias jurídicas existentes possam produzir desigualdades de trato, tanto positivas como negativas, que possam ser consideradas discriminatórias*".⁴⁹³ Pouco importa quem componha a relação, porque, como efeito do princípio da não discriminação, a Corte IDH já decidiu na Opinião Consultiva n. 18/2003 que "os Estados só poderão estabelecer distinções objetivas e razoáveis, quando estas se realizem com o devido respeito aos direitos humanos e em conformidade com o princípio da aplicação da norma que melhor proteja a pessoa humana".⁴⁹⁴

Nessa lógica, o princípio da igualdade confere aos cidadãos *direito à igual proteção de lei*. Esse direito: (i) permitiria ao cidadão "invocar a normativa nacional ou internacional que for: a) mais favorável ou b) menos restritiva em relação à sua situação jurídica"; (ii) obrigaria o Estado a aplicar a norma mais favorável ao particular, inclusive quando contrária ao interesse estatal, bem como estabeleceria "distinções e impor restrições

⁴⁸⁸ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Artigo 30. Alcance das restrições - 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.

⁴⁸⁹ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 06/1986. A expressão "Leis" no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Publicada em 09 maio 1986.

⁴⁹⁰ A identificação completa do princípio da supremacia do interesse público na Constituição brasileira foi realizada por HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia...** *Op. Cit.*

⁴⁹¹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Tratados de derechos humanos...* *Op. Cit.*, p. 69.

⁴⁹² Atenta contra a igualdade toda distinção entre pessoas não baseada em critérios objetivos, razoáveis e justificáveis de diferenciação, momento em que a "distinção" passa a ser "discriminação". Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 18/2003. Condição jurídica e direitos dos migrantes sem documentos. Publicada em 17 set. 2003. §89.

⁴⁹³ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. *La internacionalización...* *Op. Cit.*, p. 35. Grifos ausentes no original.

⁴⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 18/2003... *Op. Cit.*, §105.

ao gozo de direitos por parte dos particulares de acordo com os estandartes internacionais estabelecidos com relação a ele, seja por parte dos tratados internacionais ou pelos Tribunais Internacionais".⁴⁹⁵

Neste horizonte de transformações, cumpre resgatar o afirmado na Opinião Consultiva n. 06/1986, em que a Corte IDH tratou expressamente de delimitar o significado da expressão "leis" contido no art. 30 da Convenção, concluindo pela reserva de lei formal do Parlamento para *limitação* de direitos humanos previstos no Pacto e concluindo pela identificação entre *interesse geral e bem comum*.⁴⁹⁶ Para Jorge Luis Salomoni, a interpretação da Corte IDH sobre o conceito de bem comum permite compreendê-lo como sinônimo de *interesse público, ordem pública e interesse geral*, de modo que todos se referem "às condições da vida social, que permitem aos integrantes da sociedade alcançar o maior grau de desenvolvimento pessoal e a maior vigência dos valores democráticos".⁴⁹⁷

De resto, é exatamente esta a posição da Corte IDH manifestada também na Opinião Consultiva n. 05/1985, em que o tribunal ao mesmo tempo em que reconheceu a dificuldade de justificar a restrição de um direito humano por razões de interesse público, condicionou qualquer limitação em nome do bem comum a uma interpretação ligada "às 'justas exigências' de 'uma sociedade democrática' que tenha em conta o equilíbrio entre os distintos interesses em jogo e a necessidade de preservar o objeto e fim da Convenção".⁴⁹⁸ Nesse ponto, em defesa do princípio da supremacia do interesse público como integrante do regime jurídico-administrativo ao lado do princípio da indisponibilidade do interesse público, Daniel Wunder Hachem ainda que sem citar a jurisprudência da Corte, detalha conclusões por ela exaradas em 1985 esclarecendo que não há autoritarismo nos pilares do regime jurídico-administrativo, visto que nunca "se propôs a existência de um princípio desvinculado do ordenamento jurídico, capaz de justificar atuações administrativas arbitrárias, ilimitadas, desproporcionais, irrazoáveis, ilícitas, carentes de motivação e suscetíveis de aniquilar direitos subjetivos dos indivíduos, fundamentais ou não".⁴⁹⁹

A tensão natural entre liberdades do cidadão e prerrogativas da Administração ganha contornos especiais a partir dos impactos dos tratados de direitos humanos, cujo

⁴⁹⁵ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La internacionalización... *Op. Cit.*, p. 35.

⁴⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 06/1986... *Op. Cit.*, § 30.

⁴⁹⁷ SALOMONI, Jorge Luis. Impactos de los tratados de derechos humanos sobre el derecho administrativo argentino. In: SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo J. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006. p. 25.

⁴⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 05/1985. A filiação obrigatória de jornalistas. Publicada em 13 nov. 1985. §67.

⁴⁹⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia**... *Op. Cit.*, p. 391.

conteúdo normativo obriga que a atividade administrativa se guie pela maior e melhor proteção do ser humano, "sua dignidade e sua liberdade debaixo da visão social de tais atributos do homem".⁵⁰⁰ Ou seja, embora se admitam restrições a direitos com base na ordem pública (art. 30 e 32.2 da Convenção Americana), isso não significa que o conceito possa ser usado com o fim de anular os direitos garantidos convencionalmente, "pois em termos convencionais o bem comum em uma sociedade democrática não pode ser outro que o pleno desfrute dos direitos individuais".⁵⁰¹

A filosofia que fundamenta os tratados de direitos humanos fortalece o que a doutrina brasileira já identificou: os direitos fundamentais e humanos são manifestação do interesse público, de forma que as limitações àqueles direitos passam por critérios como (i) previsão de lei em sentido estrito que autorize a limitação; (ii) fundamentação/motivação do ato restritivo, com exposição dos fatos e do Direito que autoriza a limitação; (iii) respeito ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade e (iv) compensação jurídica ao particular que teve o direito restringido ou extinto de modo anormal em nome do interesse público.⁵⁰² Se descumpridos esses requisitos, a interferência do Poder Público na esfera privada será ilegítima e arbitrária, contrária ao posicionamento da Corte IDH manifestado em suas opiniões consultivas e contrária ao Pacto de São José da Costa Rica.

O princípio *pro persona* indica linha orientadora similar.⁵⁰³ De modo a favorecer a melhor interpretação e aplicação das normas ao ser humanos, entre as consequências do princípio *pro persona* no regime jurídico-administrativo estão: (i) a de entregar ao Estado o ônus da argumentação e da prova da necessidade de uma limitação a um direito; (ii) a de priorizar a finalidade protetiva dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico antes de priorizar as prerrogativas estatais (a atuação da Administração deve ser orientada pela finalidade última do Direito, e não pelo exercício puro do poder).⁵⁰⁴ Assim, a *ratio* dos tratados de direitos humanos sepulta definitivamente a noção de que é possível sacrificar os direitos dos particulares em nome do interesse público em abstrato, no mais das vezes coincidente com o interesse fazendário. Acima de tudo, não existe um interesse realmente

⁵⁰⁰ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010. p. 248.

⁵⁰¹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 91-92.

⁵⁰² HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia...** *Op. Cit.*, p. 206-213.

⁵⁰³ Lembre-se que entre diversas normas de tratados internacionais incorporados no Brasil, o art. 29 da Convenção Americana e o art. 5º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos asseguram a prevalência da norma mais favorável (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional...** *Op. Cit.*, p. 118).

⁵⁰⁴ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 82-83.

público que seja exclusivo *da Administração Pública*. Inclusive, a prevalência dos direitos humanos e sua limitação apenas nos casos autorizados por razões de interesse público (art. 30 da Convenção) muitas vezes fará com que a Administração reste legitimamente vencida em pleitos administrativos e judiciais.

Antes de adentrar nesse ponto especificamente, vale a pena identificar de que forma os tratados de direitos humanos afetam princípios classicamente identificados com o regime jurídico-administrativo. Para se restringir aos previstos de forma expressa no art. 37 da Constituição, mencione-se os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da legalidade, como já afirmado em capítulo precedente, tem sua compreensão alterada para, no que tange especialmente à ampliação dos direitos, compreendê-lo como afeto ao princípio da juridicidade.⁵⁰⁵ Quando se expôs quais são os efeitos da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos, disse-se que é lícito ao agente integrante da Administração Pública agir na ausência de lei para atender a norma convencional vigente. A leitura atualizada do princípio da legalidade assim o permite, sem desconsiderar a importância de que ainda se exige a lei formal no caso de limitações a direitos. Com base na já citada Opinião Consultiva n. 06/1986, quando se trata de restrições a direitos, o princípio da legalidade só admite uma leitura: para limitar um direito fundamental e humano a Administração não pode agir *praeter legem*, e a lei que limita direitos humanos previstos em tratados e direitos fundamentais constitucionais deve ser a lei produzida pelos representantes eleitos do povo segundo as normas do processo legislativo constitucional.⁵⁰⁶ Não obstante as críticas,⁵⁰⁷ mais adiante serão explicitados os reflexos que essa noção do princípio da legalidade expande para institutos do Direito Administrativo, como por exemplo o processo administrativo disciplinar.

⁵⁰⁵ A juridicidade alarga a legalidade, e compreende "não só a lei formal, mas também os princípios gerais do Direito, a Constituição Nacional, os tratados internacionais, os regulamentos e os precedentes administrativos". A juridicidade é o pressuposto de atuação da Administração Pública no Estado de Direito. (*Idem*, p. 79).

⁵⁰⁶ "Em consequência, as *leis* a que se refere o artigo 30 são atos normativos endereçados ao bem comum, emanados do Poder Legislativo democraticamente eleito e promulgados pelo Poder Executivo. Essa acepção corresponde plenamente ao contexto geral da Convenção dentro da filosofia do Sistema Americano. Só a lei formal, entendida como fez a Corte, tem aptidão para restringir o gozo ou exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 06/1986... *Op. Cit.*, § 35).

⁵⁰⁷ Não obstante a formulação do princípio da legalidade e a defesa estrita da necessidade de lei em sentido formal para limitação de direito, não se pode ignorar que hoje muito mais normas são reconhecidas como Direito. Entre elas as normas técnicas, as regras próprias das profissões liberais, normas oriundas de práticas setorializadas (mercado financeiro, por exemplo), aquelas típicas do mundo desportivo, normas domésticas, normas de organizações internacionais, e uma série de outras espécies de normas que de algum modo (e em diferentes graus) vinculam as pessoas físicas e jurídicas ao redor do mundo. Cf. nesse sentido a explicação de HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico**... *Op. Cit.*, p. 37-38.

O princípio da *impessoalidade* igualmente está reconfigurado no Estado Convencional. Como descrito anteriormente, no Caso Tribunal Constitucional vs. Peru a Corte IDH entendeu que no exercício da função jurisdicional pelo Poder Legislativo deve haver ampla imparcialidade do Congresso, mesmo nos julgamentos políticos. A lógica manifestada pela Corte IDH nos processos de *impeachment* deve ser compartilhada com a função administrativa, orientação já alavancada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Esta Corte, com a qual o diálogo jurisdicional é inevitável, diferencia a (a) dimensão objetiva da (b) dimensão subjetiva do princípio da imparcialidade ou impessoalidade para julgá-lo violado quando existe ofensa à primeira.⁵⁰⁸ O aspecto (a) subjetivo vincula-se à inexistência de impedimentos de ordem pessoal dos agentes públicos em trato com o cidadão, sem que exista por parte do Estado a oposição de privilégios ou tentativas de prejudicar quem quer que seja. O aspecto (b) objetivo diz respeito ao dever de condução imparcial da atividade administrativa sob o ângulo estrutural e funcional. Aí está o maior impacto no princípio da impessoalidade (e no *princípio da moralidade* de forma indireta):⁵⁰⁹ da perspectiva objetiva do princípio, haverá violação à ordem jurídica quando houver simples *aparência* de mácula à impessoalidade. Nas atividades administrativas, não basta ser impessoal (sentido subjetivo), há também o dever de parecer impessoal (sentido objetivo).

A Corte Europeia de Direitos Humanos assim se expressou no Caso Piersack vs. Bélgica sobre o dever estatal de imparcialidade: "Pode-se assim distinguir entre um aspecto subjetivo, que busca verificar a convicção pessoal de um juiz particular em um caso concreto e um aspecto objetivo, que se refere a se este juiz oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável a esse respeito".⁵¹⁰ Em diálogo com a Corte Europeia, essa linha interpretativa traz novas compreensões no relacionamento do princípio da impessoalidade com o princípio da legalidade, fazendo com que qualquer situação fática em que existe *dúvida* objetiva sobre um possível favorecimento de alguém em detrimento da posição jurídica de outrem faça com que a Administração desatenda ilicitamente o princípio da impessoalidade por infração ao dever de imparcialidade derivado do princípio convencional da igualdade e não discriminação. Não bastaria que o ato ou a ação administrativa não fossem contra a lei ou algum outro ato normativo para serem lícitos, pois se *aparentassem dúvida objetiva a respeito da impessoalidade* seriam anticonvencionais e inconstitucionais por infração à

⁵⁰⁸ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 121.

⁵⁰⁹ Sobre o princípio da moralidade no Direito brasileiro e a dissociação entre moralidade comum e moralidade jurídica, cf. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993; CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

⁵¹⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Piersack vs. Bélgica. Publicado em 01 out. 1982. § 30.

impessoalidade. Esse entendimento, não obstante os bons intentos em que se apoia, desconsidera as interferências de outras normas, a exemplo da legalidade. Desse modo, a tendência jurisprudencial das Cortes internacionais deve ser analisada com cautela. Tanto a impessoalidade quanto os outros princípios devem ser compreendidos sistematicamente. Por isso, haverá situações em que a dúvida objetiva sobre o desrespeito à impessoalidade não significará *necessariamente* uma violação normativa, notadamente naquelas situações fáticas em que o ato ou a conduta está de acordo com a lei vigente ou quando, em relação à limitação de direitos, não há lei proibindo a conduta.⁵¹¹

Quanto ao princípio da *publicidade*, cumpre ressaltar como ele se manifesta em relação com o próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos para daí extrair consequências para o Direito Administrativo. O art. 102 da Carta de São Francisco (Decreto n. 19.841/1945) impõe a publicidade aos tratados internacionais, o que se efetiva mediante o registro.⁵¹² De pronto verifica-se que mesmo no Direito Internacional Público o segredo não é o *modus operandi*, o que fatalmente seria contrário a uma ordem mundial que se propõe democrática e aberta aos direitos humanos. Por sua vez, internamente muito já escreveu sobre o princípio da publicidade, e a intenção aqui não é revisar a bibliografia de algo que já está muito bem consolidado no plano teórico.⁵¹³ No Brasil inequivocamente o art. 37 da Constituição prevê o princípio da publicidade como regente da atuação administrativa, sendo essa e outras normas de transparência o fundamento jurídico do dever da Administração Pública de dar ampla publicidade aos seus atos, fazendo do sigilo a exceção. Normas convencionais como o art. 13 do Pacto de São José sobre liberdade de pensamento e expressão dependem, além do mais, da possibilidade de acesso amplo e praticamente irrestrito às fontes de dados e informações públicas. De outro modo não se pode efetivar o direito do art. 13.1 que "compreende a *liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza*, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha".⁵¹⁴ O ser humano e

⁵¹¹ Como se verá detalhadamente, de acordo com a orientação da própria Corte Interamericana, a restrição ou condicionamento de direitos humanos depende de lei em sentido estrito.

⁵¹² (Carta da ONU) Artigo 102. 1. Todo tratado e todo acordo internacional, concluídos por qualquer Membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta, deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pelo Secretariado. 2. Nenhuma parte em qualquer tratado ou acordo internacional que não tenha sido registrado de conformidade com as disposições do parágrafo 1 deste Artigo poderá invocar tal tratado ou acordo perante qualquer órgão das Nações Unidas.

⁵¹³ Para uma panorama abrangente e acesso à literatura sobre o tema, cf. PIRES, Luis Manuel Fonseca. O princípio constitucional da publicidade da Administração Pública: o dever de informar e o direito de proteção à imagem e à intimidade à luz da teoria dos papéis sociais. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 4, p. 151-164, 2009.

⁵¹⁴ Grifos ausentes no original.

cidadão deve ter a liberdade de buscar e receber *informações e ideias de toda natureza*, no que estão englobadas principalmente aquelas detidas pela Administração Pública. A lógica convencional da publicidade, portanto, associada às previsões da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011)⁵¹⁵ elevam o direito à informação ao patamar supraconstitucional, porque previsto no Pacto de São José da Costa Rica.

Mais do que isso, a leitura convencional do princípio da publicidade orienta que a Administração (em sua atuação administrativa em favor dos cidadãos e principalmente entre seus servidores integrantes da estrutura administrativa) dê ampla publicidade e divulgação aos tratados internacionais firmados pelo Brasil, mormente os tratados de direitos humanos, tudo em direção ao fomento de uma *cultura favorável aos direitos humanos* que deve se espalhar por todo o quadro de servidores de todos os entes da Administração. É que se no plano teórico não há quem duvide da importância da publicidade e dos seus efeitos na rotina administrativa, na prática administrativa muitas vezes o que se nota é uma cultura autoritária de resguardo da informação pública e dificuldade de acesso por parte da população à documentação (incluídos processos) em posse do Poder Público. A incidência do art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos demanda o reconhecimento da presunção de que todos os atos estatais praticados devem ser realizados de forma aberta à população,⁵¹⁶ algo que deveria ser o mantra de todo servidor público. Como regra, não deve haver sequer questionamento por parte do servidor sobre qual a finalidade do acesso. O direito humano de liberdade de buscar e receber informações e ideias de toda natureza não está condicionado a explicações sobre o que se deseja fazer ao acessá-las. O cidadão tem direito de receber documentos não sigilosos sem que precise justificar a motivação do pedido. De outro lado, se o documento for sigiloso, sua classificação como tal deve ser detalhadamente motivada, pois o ônus de justificação de restrição a um direito humano previsto no art. 13 do Pacto de São José é inteiro da Administração. Restrições a direitos devem, além de estar previstas em lei, ser fundamentadas pelo Estado.

Sobre o *princípio da eficiência*, não cabe igualmente teorizar pormenorizadamente acerca de seu significado e efeitos,⁵¹⁷ tarefa desnecessária nesta sede

⁵¹⁵ Flávia Piovesan atrela a criação e publicação da Lei de Acesso à Informação ao Caso Gomes Lund vs. Brasil julgado pela Corte IDH no ano de 2010. Se não uma consequência direta da condenação, a lei é exemplo da importância da regra da publicidade da informação em posse do Estado, sendo o sigilo exceção. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 448-449.

⁵¹⁶ FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo a los tratados internacionales de derechos humanos. **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, Ciudad de México, a. 8, n. 16, p. 353-382, jul./dez. 2014, p. 368.

⁵¹⁷ Onofre Alves Batista Júnior, por exemplo, contribui para a identificação do significado e efeitos do princípio na medida em que propõe como referenciais da eficiência os cânones da experiência, as regras técnicas de boa

diante do que já foi exaustivamente trabalhado no Direito brasileiro pela doutrina.⁵¹⁸ Cabe lembrar, de todo modo, que a Corte IDH já se manifestou acerca do princípio da eficiência e sua violação no procedimento administrativo nos casos *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai* e *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*. No primeiro caso, ficou consignado que os recursos administrativos que buscavam a entrega de terras ancestrais a comunidades indígenas, além de simples e céleres, deveriam ser efetivos, o que não se verificou em concreto.⁵¹⁹ No segundo caso, a Corte IDH cita o mesmo Caso Yakye Axa para reiterar a necessidade de processos administrativos eficientes.⁵²⁰

Para a Corte, é anticonvencional a atuação administrativa ineficiente e ineficaz, porque a Administração deve levar em conta as especificidades dos grupos afetados pelas decisões do Poder Público para expedição de ordens que realmente atendam de modo ótimo à finalidade das normas invocadas, sempre levando em conta a simplificação no procedimento administrativo. O reconhecimento de um direito pela Administração desacompanhado de técnicas e ações destinados ao seu cumprimento/exercício é inútil e desatende o princípio da eficiência.

A interpretação convencional do princípio da eficiência dá azo às discussões sobre a diferença entre eficiência e eficácia⁵²¹ e os desdobramentos já muito discutidos do princípio da eficiência administrativa. Não se pode deixar de reconhecer que a análise simplifica por demais o exame do princípio tal como estudado no Brasil. A par dessa reconhecida crítica, o que se quer consignar aqui é que, para além de uma imposição constitucional que pode ou não estar prevista no ordenamento jurídico interno de forma expressa, a atuação eficiente e eficaz da Administração é uma imposição reconhecida como *convencional* pela Corte IDH, e por consequência como supraconstitucional neste trabalho. A imposição jurídica deriva como

administração, e as regras internas aplicáveis na Administração Pública. Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 327-350.

⁵¹⁸ Ver, por todos, GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

⁵¹⁹ Afirmou a Corte IDH em seu voto condutor: "Os procedimentos estabelecidos na Lei n. 854/63 e na Lei nº 904/81 apenas permitem ao IBR e ao INDI, respectivamente, dispor de terras fiscais, expropriar terras exploradas irracionalmente ou negociar com proprietários privados para fins de entregá-las às comunidades indígenas, mas quando os proprietários privados se recusam a vender terra e demonstram a exploração racional da terra, os membros das comunidades indígenas não têm um recurso administrativo efetivo para reivindicá-las. (...) Ademais, o Tribunal observa que este procedimento se mostrou abertamente ineficiente para atender as solicitações de reivindicação das terras que os membros da Comunidade Indígena Yakye Axa consideram como seu habitat ancestral e tradicional". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Publicada em 17 jun. 2005. §§97-98).

⁵²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai. Publicado em 29 mar. 2006. § 102.

⁵²¹ Eficácia refere-se à produção intencionada, adequada e efetiva de um efeito pelo agente. Eficiência refere-se à idoneidade da atividade dirigida a um fim, o oposto de deficiência (ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración**: três estudos. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995. p. 92).

"regra da eficácia" dos artigos 1.1 e 2 do Pacto de São José da Costa Rica, normas pelas quais o Estado se compromete a respeitar e garantir direitos previstos na Convenção e adotar disposições de Direito interno "para tornar efetivos tais direitos e liberdades" (art. 2). A regra inclusive dá fundamento ao princípio da tutela administrativa efetiva, de que são elementos o (i) papel preventivo de conflitos por parte da Administração; (ii) privilégio da função administrativa em detrimento da função judicial.⁵²² Mais adiante será esclarecida a importância e os impactos concretos do direito à tutela administrativa efetiva dos direitos humanos, cujos efeitos gerais já foram delineados no capítulo anterior.

Esses princípios classicamente compreendidos no art. 37 da Constituição não excluem a irradiação de outros que alteram a lógica do funcionamento da Administração Pública brasileira. Mereceria um trabalho específico a definição dos impactos que os tratados e declarações de direitos humanos afetos ao Direito Ambiental provocam na atividade administrativa.⁵²³ Dentro do SIDH, o Protocolo de São Salvador, adicional ao Protocolo de São José da Costa Rica, prevê no art. 11.1 que "Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente". A norma, em cotejo com o art. 2 da Convenção Americana, obriga os Estado à adaptação de todas as suas estruturas administrativas "que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades". Assim, é indene de dúvidas que a Administração Pública não prescinde de levar em conta a importância do respeito, preservação e conservação do meio ambiente natural, urbano, cultural e do trabalho, condições primárias da vida no planeta e da vida em sociedade. A catástrofe ambiental vivida e os riscos à vida no planeta indicam por si só a necessidade de construção de um novo Direito Administrativo.⁵²⁴

Com isso em mente, e também com a ciência de que não é possível esgotar tão complexo tema neste estudo, tem-se que as breves considerações tecidas sobre a leitura convencional dos princípios fundantes do regime jurídico-administrativo brasileiro, principalmente aqueles condensados no art. 37 da Constituição (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), demonstram que atualmente o fundamento jurídico da existência do Direito Administrativo reside sobretudo *na ordem jurídica convencional* antes de fundar-se na Constituição brasileira. O regime jurídico-

⁵²² GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 98-100.

⁵²³ A título exemplificativo, os diversos princípios da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992 indicam uma série de obrigações estatais em função do desenvolvimento sustentável exigíveis pela Administração Pública.

⁵²⁴ Sobre os deveres da Administração Pública em relação ao meio ambiente e o dever de sustentabilidade, cf. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

administrativo tem suas normas fundamentais oriundas de tratados internacionais de direitos humanos.

Os tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil orientam um sentido mínimo compartilhado de regime jurídico-administrativo no mundo. Por sua vez, dentro do SIDH, há um regime jurídico-administrativo convencional compartilhado por todos os Estados partes da Convenção Americana. Essa conclusão tem sérios reflexos concretos na organização e atividade administrativas que precisam ser analisados. Se a compreensão teórica das bases sobre as quais se assenta o Direito Administrativo se alteram, por consequência lógica a visão dos elementos que constituem organicamente a Administração Pública e determinam seu modo de agir também se modificam em todos os Estados signatários da Convenção Americana, entre eles o Brasil.

Enquanto a organização administrativa corresponde ao modo de ser da Administração Pública, a atividade administrativa traduz-se na sua dinâmica, no seu modo de atuar em busca da finalidade última do Estado, qual seja, satisfazer na máxima medida do possível as necessidades das pessoas de forma a atingir paulatinamente melhores níveis de vida para todos os seres humanos que integram a sociedade brasileira.

Na atividade administrativa estão englobadas uma série de situações do cotidiano da Administração Pública cuja verificação se fará adiante, no próximo subtópico. Antes disso e em primeiro lugar cabe a verificação do que os tratados de direitos humanos influenciam na definição do modo de ser da Administração. A organização administrativa brasileira é quase sempre estudada e compreendida a partir da estrutura moldada pelo Decreto-Lei n. 200/1967, editado anteriormente à Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. Sem detalhar nem esgotar a matéria, o decreto-lei é responsável pela *summa divisio* da Administração brasileira em Administração direta (identificada com as entidades federativas) e Administração indireta (todas as demais pessoas jurídicas de direito público e privado integrantes do aparato estatal). É um engano achar, porém, que é só o decreto-lei que estrutura a forma de ser da Administração brasileira. Apesar de a divisão didática do decreto-lei ajudar a entender a organização administrativa nacional, o que a define em verdade é a Constituição brasileira no seu Título III, que regulamenta a organização político-administrativa do Estado. Na medida em que regulamenta os integrantes do Estado e da Administração Pública, a Constituição Federal de 1988 divide as competências entre os entes federativos e determina as

principais características das entidades da Administração indireta, como as fundações públicas, as autarquias e as empresas estatais.⁵²⁵

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos impacta diretamente nesse sistema constitucional e legal de organização administrativa. Impacta, mais especificamente, na própria leitura das competências constitucionais executivas e legislativas dos entes federativos sobre Direito Administrativo, tema deste estudo.⁵²⁶ O quadro interpretativo constitucional das competências autônomas dos entes em matéria de Direito Administrativo⁵²⁷ encontra-se alterado pelas normas do art. 24 (princípio da igualdade)⁵²⁸ e art. 28.3 (cláusula federal)⁵²⁹ do Pacto de São José da Costa Rica. Ao instituir que a federação como um todo garantirá a aplicação das normas convencionais, inclusive o princípio da igualdade, o Pacto de São José da Costa Rica guiado pelo critério *pro persona* prevê implicitamente uma norma de reenvio, que segundo Jorge Luis Salomoni, impede a existência de normas de Direito Administrativo com graus desiguais de proteção entre entes da federação.⁵³⁰ A tese implica a alteração radical da autonomia administrativa da União, Estados, Municípios e Distrito Federal,⁵³¹ porque obriga a aplicação da norma administrativa *mais favorável* ao cidadão quando for relativa a direitos humanos, não importa qual o ente federal legislador que a aplique. Em outras palavras, o Pacto de São José relativiza a noção de federalismo constitucional.⁵³²

A autonomia federativa é relativizada, já que "o Direito Internacional não reconhece a distribuição de competência pela ordem jurídica interna como escusa do dever de

⁵²⁵ Outras figuras integrantes da Administração Pública podem ser citadas, como exemplificativamente os consórcios públicos (Lei n. 11.107/2006).

⁵²⁶ SALOMONI, Jorge Luis. Impactos de los tratados... *Op. Cit.*, p. 21-22.

⁵²⁷ O art. 18 da Constituição fundamenta a autonomia administrativa dos entes da República: "Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

⁵²⁸ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Art. 24. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

⁵²⁹ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Art. 28.3 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.

⁵³⁰ SALOMONI, Jorge Luis. Impactos de los tratados... *Op. Cit.*, p. 21-22.

⁵³¹ Do ângulo do Direito Administrativo brasileiro, são características fundamentais da federação: (i) descentralização política; (ii) um sistema de repartição de competências; (iii) participação da vontade dos Estados na vontade nacional (Senadores); (iv) poder de autoconstituição por meio de Constituições Estaduais e leis orgânicas; (v) autonomia (capacidade de autoadministração). (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 6).

⁵³² Ainda que não seja adepto da tese do melhor direito, em ensaio sobre o federalismo na contemporaneidade, Raul Machado Horta reconhece que "A mudança de concepção no quadro das relações internacionais distancia o federalismo contemporâneo do federalismo clássico e insere o Direito Constitucional de nossos dias no universo desafiador da globalização". (HORTA, Raul Machado. O federalismo no Direito Constitucional contemporâneo. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n.1, p. 713-740, jan./jun. 2003. p. 740).

observar as normas internacionais protetivas dos Direitos Humanos".⁵³³ Destarte, a autonomia federativa não pode ser invocada para descumprir as normas dos tratados internacionais, porque razões de Direito interno não se prestam a tanto. O princípio da igualdade e não discriminação vincula todas as entidades federadas,⁵³⁴ e como é o Estado federal como um todo que se obriga perante os direitos humanos convencionais, toda normativa municipal, estadual e federal deve estar em consonância com os parâmetros mínimos das Convenções Internacionais.⁵³⁵

Denominada “teoria do melhor direito”, a tese foge da ideia rasa de que cumpre somente aos tribunais internacionais de direitos humanos a harmonização da interpretação dos direitos humanos nos diversos Estados. Como afirmado anteriormente, as Cortes internacionais são responsáveis apenas por uma harmonização secundária a partir de uma norma internacional, pois o princípio *pro persona* prega a aplicação da norma internacional ou nacional mais protetiva. A “teoria do melhor direito” afirma o mesmo, determinando a aplicação da norma mais protetiva ao ser humano pelos juízes nacionais de uma mesma associação comunitária.⁵³⁶ A tese complementa o princípio *pro persona*, pois conjuga na escolha entre a norma internacional ou nacional de um Estado outras normas nacionais de outros Estados.⁵³⁷ Há em verdade, segundo a tese do melhor Direito, uma obrigação do juiz nacional de aplicar a disposição jurídica mais protetiva, seja de qual país for.⁵³⁸ A seguir serão explicados as preposições fundamentais da teoria, sem ignorar os problemas que apresenta em sua formulação original, os quais na prática podem inviabilizar sua utilidade e consistência teórica.

A "teoria do melhor direito" nasce das influências do Direito Comunitário no Direito Administrativo pelas mãos do jurista argentino Jorge Luis Salomoni. O Mercosul funciona a partir das distintas organizações administrativas de cada Estado. O modelo é de

⁵³³ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 191.

⁵³⁴ "O princípio da igualdade perante a lei e não discriminação impregna toda atuação do poder de Estado, em qualquer de suas manifestações, relacionada com o respeito e garantia dos direitos humanos". CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 18/2003... *Op. Cit.*, § 100.

⁵³⁵ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 109.

⁵³⁶ "É clara a diferença ontológica da teoria exposta, com a desenvolvida aqui. A ideia de que partem os autores citados consiste em tratar de harmonizar as diversas aplicações dos tratados de direitos humanos que fazem os juízes de cada país membro por meio da jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Minha tese consiste em estabelecer a obrigação do juiz nacional com a norma mais protetiva dos direitos humanos que se encontre vigente na associação de Estados que conforma o Mercosul, isso em virtude do princípio da igualdade do Pacto que estabelece o direito à maior proteção dos direitos e que esteja objetivado no ordenamento jurídico internacional dos direitos humanos ou em um ordenamento jurídico nacional de um Estado membro de uma associação que diga respeito aos demais Estado membros integrantes". (SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2004. p. 446).

⁵³⁷ *Ibidem*.

⁵³⁸ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **El derecho administrativo argentino...** *Op. Cit.*, p. 143.

administração indireta, na qual cada Estado-membro implementa as decisões tomadas no âmbito do Mercosul de acordo com sua própria organização administrativa.⁵³⁹ Valem no Direito Comunitário os princípios da Administração indireta (cumprir aos Estados tomar todas as medidas necessárias ao cumprimento das normas comunitárias), da cooperação e lealdade comunitária (permite e obriga a derrogação de normas internas por normas comunitárias), da autonomia dos Estados-membros (a implantação das normas rege-se pela normativa interna e por órgãos internos).⁵⁴⁰ Nos quadros do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito da Integração, os cidadãos do Mercosul poderiam, então, invocar as disposições de Direito interno de outros países quando neles a proteção dos direitos previstos nos tratados em comum for maior. A "tese do melhor direito" de Jorge Salomoni parte, assim, do incipiente Direito Comunitário Latino-americano. Foi Salomoni "quem, na busca de um fator de coesão essencial entre integração e direitos humanos, esclareceu um ponto de contato transcendental entre o ordenamento do Mercosul e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que se traduz na conformação de uma ordem única com efeitos especiais".⁵⁴¹ A teoria permitiria, caso acatada, aplicar no Brasil normas de países integrantes do Mercosul quando elas fossem mais benéficas. O Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul (integrado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 7.225/2010) seria, nesse sentido, a norma representativa do compromisso dos Estados do bloco com a proteção comum dos direitos humanos básicos.

E poderia, ressaltar-se, ir além, e defender a aplicação da norma mais protetiva de entes federados diversos num mesmo Estado composto de diversos entes. Nada impediria em tese aplicar a "teoria do melhor direito" inclusive no plano interno: regulações provinciais, estaduais, municipais ou locais distintas sobre direitos humanos não podem prevalecer sobre o princípio da igual proteção de lei e *pro persona*. Princípio da igualdade e não discriminação aliado ao princípio *pro persona* são normas supraconstitucionais as quais vedariam que "no plano associativo entre Estados seja deixado de lado o trato igualitário entre os cidadãos, os quais – ainda que sujeitos a jurisdições nacionais ou provinciais – se encontrem debaixo de um plexo de amparo de seus direitos que lhes é comum".⁵⁴² Ademais, como a finalidade última da própria repartição de competências no Estado federal é a promoção dos direitos

⁵³⁹ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La internacionalización... *Op. Cit.*, p. 49.

⁵⁴⁰ *Idem*, p. 50.

⁵⁴¹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. El derecho administrativo argentino... *Op. Cit.*, p. 142.

⁵⁴² GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Tratados de derechos humanos... *Op. Cit.*, p. 67.

fundamentais, não seria lícito apoiar-se no princípio federativo para respaldar atos de discriminação contra cidadãos de diferentes localidades.⁵⁴³

Para Salomoni, muito mais do que um órgão superior, caberia aos juízes e Administrações Públicas homogeneizarem um Direito Público comum no Mercosul, fator que consistiria em uma integração "de baixo para cima".⁵⁴⁴ No processo de integração desejado, seria primordial a construção de um sistema de direitos comuns aos cidadãos do bloco, um "sistema de direitos uniforme".⁵⁴⁵ Dito sistema teria base legal na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, compartilhada como tratado vigente para diversos países da América Latina.

A Convenção seria o fundamento da "teoria do melhor direito". As normas do Pacto que embasariam a tese não se limitariam a um dispositivo. Em primeiro lugar, desde o preâmbulo o Pacto de São José da Costa Rica reconhece "que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão porque justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos". Em outras palavras, os Estados que incorporaram a Convenção teriam reconhecido por meio do preâmbulo que *pouco importa a nacionalidade de um cidadão para reconhecer-lhe a titularidade dos direitos humanos essenciais positivados no tratado, pois o único critério de fruição daquelas posições jurídicas em face dos Estados é o pertencimento à espécie humana*. Forçosamente o Estado que incorporou a Convenção teria reconhecido a aplicação de um mínimo comum entre seu ordenamento e o ordenamento dos demais Estados que a incorporaram. Definir qual é esse mínimo comum e o conjunto de relações no qual se aplicaria ou não a "teoria do melhor direito" seria o maior desafio para sua implementação.

Em segundo lugar, a teoria teria respaldo nos princípios da igualdade e da igual proteção perante a lei, previstos no art. 24 da Convenção, cuja literalidade afirma que "Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei". O princípio da igualdade garantido pelo art. 24 da Convenção e também pelo art. 1.1, conjugado com o princípio de igual proteção perante a lei, permitiria extrair do

⁵⁴³ *Idem*, p. 68.

⁵⁴⁴ "As peculiaridades culturais dos países do Mercosul em comparação com a Europa, a identidade, entre os países sulamericanos, de seus ordenamentos jurídicos quanto às suas fontes e núcleos de regulação, e a ausência orgânica no Tratado de Assunção e no Protocolo de Ouro Preto de um Tribunal de Justiça da Comunidade, obrigam à busca de outros sistemas de construção dos princípios e instituições do direito administrativo comum". (SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general...** *Op. Cit.*, p. 421).

⁵⁴⁵ *Idem*, p. 422.

regime convencional interamericano que "*a norma material e/ou processual mais protetora de um Estado membro, se transforma em um princípio geral do Direito Comunitário, que se translada ao outro Estado membro através da Convenção Americana dos Direitos Humanos*".⁵⁴⁶

Normas de direitos humanos podem integrar tratados de Direito Comunitário.⁵⁴⁷ Como dito acima, recentemente a "teoria do melhor direito" ganhou reforço normativo com o Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul de 2005.⁵⁴⁸ No Mercosul, o Protocolo de Assunção (Decreto n. 7.225/2010) leva ao entendimento de que o "o direito de integração opera – por meio da Convenção Americana – como vaso comunicante de normas e critérios jurídicos provenientes de cada Estado Parte para efeitos de dotar aos cidadãos da comunidade o maior grau de proteção existente". Essa é a interpretação extraída do Protocolo em conjunto com os arts. 2 e 24 da Convenção (garantia à igual proteção de lei). Ou seja, desde que levado a sério o princípio *pro persona*, ao menos dentro do Mercosul seria lícito estender a norma mais protetiva ao cidadão de qualquer nação.⁵⁴⁹

Aliado ao art. 24 da Convenção Americana, os deveres de cooperação e efetivação dos direitos humanos previstos no art. 2º do Protocolo de Assunção permitiriam "estender as normas mais protetivas de direitos a todos os cidadãos integrantes da comunidade de Nações do Mercosul".⁵⁵⁰ É inclusive posição assente na Corte IDH manifestada na Opinião Consultiva n. 16/1999 que "as disposições internacionais concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos (...) devem ser respeitadas pelo Estado americanos partes nas respectivas convenções, *independentemente de sua estrutura federal ou unitária*".⁵⁵¹ Igualmente, como já visto acima, a mesma Corte IDH inclusive já decidiu na Opinião Consultiva n. 18/2003 sobre o Caso dos Trabalhadores Migrantes Sem Documentos que a condição de nacional não é justificativa para discriminação em relação aos direitos previstos na Convenção.

⁵⁴⁶ SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general...** *Op. Cit.*, p. 447. Grifos no original.

⁵⁴⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso... *Op. Cit.*, p. 168.

⁵⁴⁸ Embora seja um bloco eminentemente econômico, o Mercosul preza pelo desenvolvimento e melhoria da qualidade de vida da população dos países que o integram. Assim, não se pode deslocar o dever de garantia e promoção dos direitos humanos dos objetivos do bloco (SOTELO DE ANDREAU, Mirta Gladis. El nuevo paradigma del Estado: su impacto en el derecho interno - la globalización, las normas supranacionales y el Derecho Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, a. 1, n. 1, p. 49-89, 1999. p. 69).

⁵⁴⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Tratados de derechos humanos... *Op. Cit.*, p. 65.

⁵⁵⁰ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. El derecho administrativo argentino... *Op. Cit.*, p. 144.

⁵⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 16/1999. O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. Publicado em 01 out. 1999. §140.

A tese do melhor direito desconsidera hierarquias normativas. É uma manifestação do princípio *pro persona* e do dever de cooperação internacional entre os Estados. Por isso, para seus adeptos nada impediria radicalizar e ir além do que expôs Salomoni para defender a existência de um regime uniforme de direitos entre todos os países signatários da Convenção Americana, não se limitando aos integrantes do Mercosul. Se a soberania estatal está relativizada, entre outros fatores, pela incidência dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos, tem-se que as normas de origem externa impactam sobremaneira na atuação estatal, cujas funções deverão respeitar o que os ordenamentos supranacionais regulam.⁵⁵² Essa afirmação significa que, no SIDH, todos os países signatários da Convenção Americana integrariam um único sistema jurídico convencional.⁵⁵³ Seria desnecessário, portanto, invocar o art. 28.3 para interpretar o art. 24 do Pacto de São José de modo a expandir a proteção do ser humano merecedor da melhor tutela possível entre Estados que reconhecem entre seres humanos a vedação de tratamento discriminatório quando em situações idênticas.

Embora polêmica, e só um estudo específico pudesse esclarecer os diversos contrapontos possíveis da teoria que modifica radicalmente a organização político-administrativa do Estado brasileiro e o próprio federalismo, a teoria sumariamente analisada com base na Convenção Americana tem ao menos o potencial de impactar não só normas de processo administrativo, organização administrativa, servidores públicos, contratações e outros institutos em que se reconhece autonomia legislativa dos entes federados, mas também a repartição de competências executivas, como por exemplo de prestação de serviços públicos. Radicalizar a teoria (certamente uma posição delicada) proibiria um ente federado de se desincumbir do dever de prestar o serviço público com base em normas de divisão de competência se ele dispuser de condições orçamentárias e de exercício para tanto. A consequência da recusa seria a responsabilização internacional do Estado nacional. Em tese, qualquer ente diante da omissão daquele constitucionalmente competente em concretizar um serviço público deveria prestá-lo e depois buscar ressarcimento do ente constitucionalmente competente. Essa relativização poderia no limite levar a um controle recíproco por parte dos entes e condicionar ao nível máximo de eficiência a divisão das funções na prestação do serviço público entre os entes da federação.

Existem, no entanto, dúvidas acerca das condições que permitiriam a um Estado nacional ou ente federado *deixar de aplicar* a norma de outro Estado ou ente mais favorável,

⁵⁵² SOTELO DE ANDREAU, Mirta Gladis. El nuevo paradigma del Estado... *Op. Cit.*, p. 64.

⁵⁵³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**... *Op. Cit.*, p. 281.

mesmo quando obrigado. Há dúvidas mesmo sobre qual o conjunto de normas que comporiam o núcleo comum de aplicabilidade obrigatória entre Estados nacionais diversos. O direito à aplicação da norma mais protetiva não seria evidentemente absoluto, e cogita-se desde logo a inaplicabilidade da "teoria do melhor direito" caso o Estado nacional ou ente federado conseguisse comprovar razões de ordem fática e/ou jurídica que impossibilitem sem grande risco para a sociedade a integração do regime jurídico mais favorável de outro país. Por exemplo, se em relação à utilização dos serviços públicos de transporte algum país adepto da Convenção logra a implantação da gratuidade do uso, isso não indicaria que necessariamente cidadãos de outros países teriam direito à fruição da gratuidade nos sistemas de transporte. Desde que o Estado conseguisse demonstrar razões fáticas e jurídicas que impossibilitassem a aplicação da norma mais favorável por desproporcional, restaria afastada a "teoria do melhor direito".

Com essas ressalvas anotadas, para ilustrar as modificações plausíveis na estrutura de competências federativa em virtude da "teoria do melhor direito", é possível exemplificar três leis com conteúdo de Direito Administrativo editadas pela União, pelo Estado do Paraná e pelo Estado de Pernambuco. A Lei Estadual de Pernambuco n. 12.376/2003, que alterou o art. 54 da Lei nº 11.781, definiu o prazo *decenal* para anulação de atos administrativos viciados dos quais decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários.⁵⁵⁴ A norma paranaense que corresponde ao preceito é a Lei n. 16.164/2009, e estabelece no seu art. 9º que "Ressalvando o prazo para conhecimento da anistia de que trata esta lei, o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários *decai em cinco anos*, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".⁵⁵⁵ Por fim, o mesmo prazo decadencial de cinco anos foi previsto na Lei Federal n. 9.784/99, no seu art. 54.⁵⁵⁶ Diante da garantia instituída pelo art. 24 cumulado com o art. 28.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos traduzida em outros termos como *teoria do melhor direito*, a norma pernambucana sobre decadência do direito de anular, editada pelo Estado federado no âmbito de sua autonomia administrativa, estaria afastada pelas normas do Estado do Paraná e da União mais benéficas ao cidadão brasileiro. A partir da teoria enfrentada, não pode o Estado de Pernambuco regular a mesma situação administrativa de forma mais gravosa

⁵⁵⁴ (Lei Estadual de Pernambuco n. 11.781) Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários e danosos para o Estado *decai em dez anos*, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé, e observada a legislação civil brasileira quanto à prescrição de dívida para o erário. (Grifos ausentes no original)

⁵⁵⁵ Grifos ausentes no original.

⁵⁵⁶ (Lei n. 9.784/99) Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários *decai em cinco anos*, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. (Grifos ausentes no original)

ao cidadão brasileiro (e ao seu direito fundamental à segurança jurídica, concretizado na previsão da decadência do direito da Administração de anular os atos favoráveis ao cidadão), sujeito ao regramento do SIDH, sob pena de violação à isonomia, à cláusula federal e ao princípio *pro persona*.

A teoria, repita-se, é polêmica e não se busca efetivar um juízo definitivo acerca de sua força ou utilidade. No momento, aliás, parece que suas inconsistências e dificuldades de aplicação superam seus benefícios. Com efeito, mesmo a interpretação dos dispositivos convencionais que a embasam não é uníssona na doutrina. Aliás, a noção mais usual é de que a cláusula federal do Pacto de São José da Costa Rica disse no art. 28.3 que a Convenção "se aplica em todo o território do Estado Federal, devendo este, porém, garantir que a mesma seja ainda aplicada nos seus Estados-membros, *dentro do quadro de suas respectivas competências*".⁵⁵⁷ Por outro lado, não se desconhece o principal problema de aplicação irrestrita da teoria de base convencional e radicalizadora do princípio *pro persona*: o fim da autonomia dos entes federativos tal como compreendida há décadas na Constituição. Esse problema, porém, deve ser contrastado com os tratados internacionais de direitos humanos de forma séria e em estudos aprofundados. O fato é que, no Estado Convencional integrado com outras nações por tratados de Direito Comunitário e tratados de direitos humanos, possivelmente o princípio da autonomia ceda (parcial ou totalmente) ao princípio da primazia da norma mais favorável (ainda que num futuro não tão próximo).

Os impactos de fundo no Direito Administrativo ultrapassam essas sucintas considerações sobre as modificações no regime jurídico-administrativo e na organização administrativa. Como se verá no tópico a seguir, também a atividade administrativa sofre alterações no seu modo ser em função dos tratados internacionais em vigor.

4.2. Os impactos dos tratados internacionais de direitos humanos na atividade administrativa: redução da discricionariedade, controle da decisão administrativa e parâmetros de atuação para o Poder Público

Disse-se acima que enquanto a organização administrativa corresponde ao modo de ser da Administração Pública, a atividade administrativa traduz-se na sua dinâmica. A atividade administrativa materializa a função administrativa.⁵⁵⁸ De modo a atender o interesse

⁵⁵⁷ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção...** *Op. Cit.*, p. 236. Grifos ausentes no original.

⁵⁵⁸ Marçal Justen Filho assim define a função administrativa: "A função administrativa estatal é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime

público e para garantir e implementar os direitos convencionais, é dever de todo aparato estatal atuar em respeito ao regramento internacional, incluídos portanto os agentes públicos na aplicação do Direito e nas suas condutas materiais.⁵⁵⁹ O art. 2 do Pacto de São José não deixa espaço para incertezas, sendo um compromisso dos Estados signatários "adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades".

A atividade administrativa se desenvolve por meio dos agentes públicos, formalizada no mais das vezes em processos administrativos que culminam em decisões a respeito da condução devida pelo Poder Público para satisfação do interesse público.⁵⁶⁰ O exercício de atividades próprias do Estado, a satisfação e garantia de exercício dos direitos fundamentais, utilização de serviços públicos, o exercício de atividades econômicas em sentido estrito reguladas, o exercício de atividades sujeitas ao poder sancionador da Administração, ou mesmo os pleitos mais básicos, como por exemplo a solicitação de documentos ou certidões: em praticamente toda relação do ser humano com o Estado o cidadão espera uma decisão administrativa relativa a algum aspecto de sua vida em sociedade. Comparativamente, entre funções legislativa, judicial e administrativa, esta última "é aquela que se encontra mais próxima ao cidadão".⁵⁶¹ É de se esperar, então, que no exercício da função administrativa que deságua em uma decisão administrativa, a Administração Pública aja em consonância com o ordenamento jurídico. Uma vez que o Estado não é pessoa natural, mas uma ficção cuja manifestação de vontade psíquica é impossível, aquele conduz sua atuação unicamente por meio do Direito. Em decorrência da força normativa dos tratados, espera-se que o Poder Público aja por meio de seus agentes de acordo com os princípios e regras de Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente aqueles previstos de modo expresso em tratados que o Brasil incorporou na forma definida constitucionalmente.

No entanto, existe notória resistência dos agentes públicos brasileiros em aplicar os tratados e reconhecer a jurisprudência internacional, fator impeditivo de uma cultura de

jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional. (...) A função administrativa estatal se concretiza e se desenvolve como *atividade administrativa*. Ou seja, a função administrativa é um conjunto de competências estatais criadas pelo ordenamento jurídico. O exercício dessas competências faz-se por meio de ações (e omissões) de pessoas jurídicas e de pessoas físicas. Esse exercício concreto das competências administrativas consiste na atividade administrativa". (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 110/319).

⁵⁵⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 11.

⁵⁶⁰ O regime jurídico convencional do processo administrativo será detalhado no capítulo 6.

⁵⁶¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 554.

direitos humanos no país⁵⁶² e que torna o Direito Administrativo da prática deslocado do conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos vigentes e distante do compromisso constitucional com a primazia dos direitos humanos.⁵⁶³ Já foi visto em capítulo anterior que existe um dever de compatibilidade entre os atos administrativos e as normas de tratados de direitos humanos. A internacionalização dos ordenamentos obriga a verificação da compatibilidade dos atos estatais internos com os tratados.⁵⁶⁴ A par disso, outras análises são pertinentes no que diz respeito à atividade administrativa e os impactos dos tratados.

No dia-a-dia notam-se decisões administrativas arbitrárias, abusivas da competência discricionária, que desconsideram os direitos do cidadão e colocam as razões de Estado em primeiro plano. Notam-se, ainda, estruturas administrativas complexas, fechadas em si mesmas e criadoras de empecilhos de toda sorte para o cidadão acessar informação e dados estatais e/ou exercer direitos humanos básicos, como saúde, educação e transporte. O trato com o cidadão no atendimento de suas solicitações e necessidades, que deveria ser ao mesmo tempo cordial, célere e impessoal, muitas vezes deixa a desejar nesses aspectos e em outros que o regime jurídico-administrativo impõe. Como aponta Daniel Wunder Hachem, o Direito Internacional dos Direitos Humanos ainda não influenciou no Direito Administrativo "com tanta expressão e concretude no cenário brasileiro".⁵⁶⁵

Para alguns, as razões disso seriam "de natureza político-jurídica e têm raízes em uma visão de Estado nacionalista e paroquial, associada a práticas políticas privatistas e não-inclusivas ainda remanescentes tanto no Estado quanto na sociedade civil".⁵⁶⁶ O escopo do trabalho impede a investigação a fundo das razões histórico-culturais que levam supostamente à ineficiência estatal no atendimento à primazia dos direitos humanos. E embora elas sejam de grande importância, a diretriz normativa que ora serve de guia para este estudo prefere a demonstração daquilo que a atividade administrativa se obriga a incorporar por força dos tratados de direitos humanos vigentes. Pratica-se, portanto, um exercício teórico de "dever-ser" cujo objetivo é a reflexão por parte da doutrina e dos aplicadores do Direito Administrativo no sentido de alterar os rumos do que a disciplina ordinariamente indica aos agentes públicos brasileiros na rotina das repartições. Afinal de contas, nenhuma nação firma um tratado para descumpri-lo,⁵⁶⁷ e não obstante a prática dissolva a obviedade da afirmação⁵⁶⁸

⁵⁶² CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana... *Op. Cit.*, p. 140.

⁵⁶³ BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos... *Op. Cit.*, p. 136.

⁵⁶⁴ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública**... *Op. Cit.*, p. 2.

⁵⁶⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**... *Op. Cit.*, p. 325.

⁵⁶⁶ BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos... *Op. Cit.*, p. 136.

⁵⁶⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**... *Op. Cit.*, p. 288.

é papel do jurista expor os equívocos da praxe de modo a chamar atenção para as mudanças necessárias.

Conquanto a jurisprudência da Corte IDH sobre Direito Administrativo esteja em construção,⁵⁶⁹ percebe-se que os tratados de direitos humanos indicam a releitura de alguns institutos da disciplina. Em suma, cumpre ressaltar as primeiras modificações que o Direito Internacional dos Direitos Humanos provoca na dinâmica da atividade administrativa dos entes, órgãos e agentes públicos, com foco na atividade decisória. A partir desse caminho é que se permitirá apontar alguns parâmetros de atuação compatível com os tratados de direitos humanos pela Administração, de modo que se verifiquem na prática os efeitos positivos e negativos da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos e as técnicas dele próprias, como por exemplo o controle de convencionalidade, expandiram o número de sujeitos responsáveis pela garantia dos direitos essenciais à dignidade humana e alteraram a compreensão dos sistemas jurídicos. De fato, não só o Judiciário é responsável pela salvaguarda dos direitos humanos, mas também o Poder Legislativo na sua atividade fim e a Administração Pública de todos os Poderes por meio dos sujeitos que a representam.

Os agentes públicos pertencentes a todos os Poderes da República são aqueles que materializam a atividade administrativa por meio de atos e decisões. Sua atuação é essencial para a efetivação dos direitos previstos em tratados de direitos humanos, pelo que se exige deles a condução de suas funções segundo o que dispõe a Constituição e as convenções. Qualquer atuação estatal (legislativa, judicial ou administrativa) que se contraponha aos direitos humanos é inválida, pois são esses direitos básicos incorporados no ordenamento jurídico que legitimam o agir do Estado e seus agentes.⁵⁷⁰ Os tratados de direitos humanos impactam diretamente a atividade administrativa em seus mais variados setores. A incorporação dos tratados e a compreensão de que a finalidade que lhes sustenta é o guia interpretativo de seus dispositivos e, ao mesmo tempo, orientador da conduta dos órgãos públicos, altera a compreensão autocentrada da Administração e coloca definitivamente o cidadão no centro de suas preocupações. A Administração Pública sujeita aos tratados de

⁵⁶⁸ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 68.

⁵⁶⁹ "Em matéria de direito administrativo, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos são escassas e recentes. (...) Não obstante, não se deve pensar que essa jurisprudência não seja importante. Pelo contrário, penso que é muito importante, pois permite prever um desenvolvimento dos direitos humanos no âmbito do direito administrativo, em termos gerais, muito positivo". (DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana... *Op. Cit.*, p. 104).

⁵⁷⁰ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 70.

direitos humanos existe para a melhor consecução do interesse público e em favor do ser humano.⁵⁷¹

Romeu Felipe Bacellar Filho recorda que "vem-se assistindo, nos últimos tempos, a um deslocamento do ponto de equilíbrio do direito administrativo: do ato administrativo para o procedimento administrativo".⁵⁷² Nessa toada, a decisão administrativa⁵⁷³ formada no processo administrativo (espécie de procedimento) é distinta do ato administrativo⁵⁷⁴ e obedece a um regime próprio. Os elementos clássicos do ato administrativo prestam doravante deferência às garantias constitucionais e *àquelas previstas nos instrumentos convencionais*. De forma pertinente lembra Pablo Gutiérrez Colantuono que "as garantias do art. 8 da Convenção Americana integram, dessa maneira, os elementos aos quais nosso ordenamento jurídico condiciona a validade de um ato administrativo".⁵⁷⁵ Por outro lado, quando se distingue entre ato administrativo e decisão administrativa não é preciso fazer a diferenciação entre a discricionariedade no *motivo* ou *conteúdo* do ato. No regime da decisão administrativa ela mesma é discricionária ou vinculada. O relevante, ao final, é que o regime da decisão administrativa simplifica a compreensão e estudo do ato administrativo.⁵⁷⁶

Nos limites do que permite este trabalho, o recorte essencial em relação aos impactos dos tratados de direitos humanos na atividade administrativa está no modo em que a decisão discricionária se vê condicionada.⁵⁷⁷ A competência discricionária permite à

⁵⁷¹ "Debaixo da lupa e padrões de ditas fontes jurídicas, já não podemos mais focar a organização administrativa esquecendo-nos do cidadão: o princípio *pro homine* o impõe, e ao final a atividade administrativa deve estar a serviço do cidadão e seu fim é a satisfação dos direitos desses últimos, quem são os destinatários da atividade administrativa". (ALIANAK, Raquel Cynthia. *El renovado Derecho Administrativo... Op. Cit.*, p. 40).

⁵⁷² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.

⁵⁷³ Eduardo Stevanato Pereira de Souza e Guilherme Ferreira Gomes Luna propõem um conceito de decisão administrativa: "(...) ato proferido pela Administração que coloca fim ao processo administrativo contencioso, regido pelos princípios que consagram o poder de influência dos administrados em relação à formação da convicção administrativa e lhe apartam do regime geral dos atos administrativos, em especial submetidos aos princípios fundamentais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, no exercício de competências que materialmente se constituiu na aplicação do direito a determinado caso concreto diante das provas produzidas e argumentos deduzidos no processo". (SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. Considerações sobre a coisa julgada administrativa. In: In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 396. Grifos no original).

⁵⁷⁴ "É evidente a diferença jurídica existente entre o ato administrativo e a decisão do processo administrativo. A decisão de processo administrativo é submissa a princípios e regras próprias, as quais não se encontram na teoria dos atos administrativos e nem se aplicam a generalidade deles. (...) não são iguais na formação, há ampla oportunidade de participação do administrado e, sobretudo, há imparcialidade do Estado, quando atua como julgador no processo administrativo". (*Idem*, p. 389).

⁵⁷⁵ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública... Op. Cit.**, p. 88.

⁵⁷⁶ Para estudo completo sobre a mudança de foco do ato para o processo, cf. MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁵⁷⁷ Não se especificará os diversos tipos de discricionariedade, pois acredita-se que o núcleo comum que condensa a definição do conceito basta para a compreensão do tema. Nesse sentido, André Saddy explica: "Assim, a utilização de qualquer adjetivo apenas concede qualidade, característica ou origem a um substantivo,

Administração escolher entre duas ou mais opções, todas válidas perante o Direito. Dita competência funda-se na impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses e consequências das tomadas de decisão e na posição privilegiada da Administração Pública definida juridicamente para tomar decisões concretas para a melhor satisfação do interesse público. No quadro de conveniência e oportunidade dado ao administrador público, este poderá escolher soluções administrativas que melhor atendam às finalidades normativas. A escolha resultante da análise do administrador para cada situação concreta da vida corresponde ao mérito do ato administrativo. Corresponde, enfim, ao conteúdo da decisão administrativa.

A interpretação conforme os tratados de direitos humanos, ou interpretação convencionalmente adequada, restringe a discricionariedade administrativa.⁵⁷⁸ Este é, lembre-se, um dos efeitos negativos da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos. Afinal, uma vez que o Poder Executivo ratificou o tratado, a escolha do melhor meio de atingir o interesse público mediante a edição de um ato discricionário deve ser realizada à luz da Constituição e dos tratados.

Decisões da Corte IDH indicam limites ao exercício da competência discricionária da Administração. No Caso Baena Ricardo vs. Panamá, como bem recorda Gregorio Flax, a Corte colocou os direitos humanos como freios à discricionariedade e à utilização indiscriminada de razões de "ordem pública".⁵⁷⁹ No parágrafo 126 do Caso Baena Ricardo, a Corte foi expressa sobre a redução da margem de discricionariedade e impossibilidade de invocar abstratamente o argumento de ordem pública para limitar direitos. A Corte IDH sugeriu ademais a necessidade de regulamentação detalhada da atividade administrativa de modo a evitar ampla margem oportunidade e conveniência.⁵⁸⁰ Nesse mesmo sentido, no Caso Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana, ao passo em que sublinhou os requisitos para obtenção de nacionalidade, a Corte destacou a necessidade de que leis não sejam abertas

que, neste caso, é a discricionariedade, mas isso não muda a concepção do substantivo". Nessa linhas de raciocínio, e para o mesmo autor, "discricionariedade administrativa é a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, do que melhor atenda aos interesses públicos". (SADDY, André. Visitando a definição de discricionariedade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, a. 16, n. 64, p. 149-175, abr./jun. 2016. p. 170-171).

⁵⁷⁸ MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos tratados... *Op. Cit.*, p. 86.

⁵⁷⁹ FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo... *Op. Cit.*, p. 362.

⁵⁸⁰ "Em qualquer ramo, inclusive trabalhista e administrativo, a discricionariedade da administração tem limites intransponíveis, sendo um deles o respeito pelos direitos humanos. É importante que a ação da Administração esteja regulamentada, e ela não pode invocar a ordem pública para reduzir discricionariamente as garantias dos administrados. Por exemplo, a Administração não pode emitir sanções administrativas sem dar a sanção a garantia do devido processo". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo vs. Panamá. 02 fev. 2001. §126).

a ponto de conceder ampla e irrestrita discricionabilidade a servidores públicos, o que leva a arbitrariedades e discriminações.⁵⁸¹ Os entendimentos demonstram a impossibilidade de decisões puramente discricionárias desprovidas de motivação,⁵⁸² e portanto atreladas ao arbítrio.

Algumas situações concretas, aliás, podem também reduzir a discricionabilidade administrativa a zero. Dever discricionário não é optar indistintamente sempre por uma das alternativas deixadas em aberto pela lei. No caso concreto, é dever do administrador optar por aquela opção que melhor atende a finalidade legal. Por isso mesmo que algumas vezes se interpreta expressões verbais do tipo "poderá" como "deverá". Em alguns casos, a discricionabilidade abstrata pode se tornar uma vinculação *in concreto*. A adoção da solução que não é ótima para a situação concreta acarreta, sempre, a possibilidade de controle judicial do ato.⁵⁸³ Isto é, a redução da discricionabilidade do ato e decisão administrativos está acompanhada pela ampliação da margem de controle pelo Poder Judiciário.

A clássica lição de Seabra Fagundes, repetida sem reflexão em todos os Tribunais do Brasil,⁵⁸⁴ já não corresponde ao que impõe o paradigma convencional do Direito Administrativo. Afirmar que ao "Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos" e que lhe cabe "examiná-los, tão somente,

⁵⁸¹ "De acordo com a obrigação derivada do artigo 2 da Convenção Americana, a Corte considera que os requisitos para a obtenção da nacionalidade devem ser estabelecidos com anterioridade, de forma objetiva e clara pela autoridade competente. No mesmo sentido, a lei não deve conceder um amplo poder discricionário ao funcionário do Estado que os aplica, porque se assim fosse possível, seria criado um espaço para a aparição de atos discriminatórios". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana. 08 set. 2005. §191).

⁵⁸² FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo... *Op. Cit.*, p. 363-364.

⁵⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionabilidade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 9-48.

⁵⁸⁴ Apenas para citar um entre inúmeros exemplos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, veja-se o seguinte caso ementado: "ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO NO INDEFERIMENTO DE REPETIÇÃO DE PROVAS. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. 1. Processo administrativo que apurou e concluiu pela solicitação e recebimento de vantagem indevida para liberação de veículo que transportava mercadorias sem nota fiscal. Alegação de inobservância do contraditório e da ampla defesa no PAD. Requerimento de repetição de atos realizados, a partir do novo exame no incidente de sanidade mental. Indeferimento. Ausência de prejuízo. 2. Designações reiteradas para o interrogatório do acusado. Ausência de cerceamento de defesa. 3. Hipótese em que o impetrante não apresentou justificativa adequada para necessidade de repetição de produção de provas. 4. Compete ao Poder Judiciário apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a regularidade do procedimento administrativo disciplinar sem, contudo, reexaminar as provas para adentrar o mérito da decisão administrativa. No caso, não houve erro invencível que justificasse a intervenção do Judiciário. Prova suficiente para o reconhecimento da infração praticada pelo impetrante. 5. Proporcionalidade e vinculação da sanção aplicada. 6. Mandado de segurança denegado". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Mandado de Segurança n. 21.985/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 10 maio 2017. Publicado em 19 maio 2017).

sob o prisma da legalidade”⁵⁸⁵ não constitui afirmativa correta sob o ponto de vista do Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁵⁸⁶

Fato é que a afirmação já não se mostra correta nem mesmo sob o prisma do Direito Administrativo constitucionalizado. Como lembram Gustavo Almeida Paolinelli de Castro e Carolline Leal Ribas, o "magistrado pode intervir e analisar qualquer ato, caso haja desrespeito a um princípio constitucional e ao interesse público, todos eles hoje juridicizados, vez que tal desrespeito ofenderia assim o princípio da legalidade em sentido amplo".⁵⁸⁷ Na mesma linha, João Batista Gomes Moreira afirma que "Chega a ser questionável, hoje, se subsiste a dicotomia *legalidade* e *mérito* para efeito de impedir o controle jurisdicional do mérito, ou se a *legalidade* teria sido substituída pela *juridicidade*, conceito este que inclui o *mérito* do ato administrativo".⁵⁸⁸ É dizer, a juridicidade é reafirmada pela força normativa dos tratados de direitos humanos incorporados, cuja previsão de normas superiores à lei e atos administrativos condiciona a edição de ato administrativo orientado pelos princípios de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Se algum ato ou decisão administrativa, mesmo discricionário, não se compatibiliza com a diretriz traçada pelas normas de tratados internacionais, ou seja, se a escolha administrativa não se pauta pela normativa constitucional ou internacional, caberá ao Judiciário o exercício da competência invalidadora quando provocado.⁵⁸⁹ A ideia central, diante do paradigma vivenciado pelo Direito Administrativo atual, é de que, como afirma Rogério Gesta Leal, "há no país hoje a possibilidade de exercer o Poder Judiciário um controle jurisdicional de juridicidade *lato e stricto sensu* sobre a Administração Pública, alcançando inclusive os elementos constitutivos desta ação (ato) administrativo, vale dizer, sobre a valoração administrativa que envolve os juízos de

⁵⁸⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 179.

⁵⁸⁶ Aliás, não constitui perspectiva correta sob as lentes do Direito Administrativo constitucionalizado pura e simplesmente. Como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sem adentrar no tema dos tratados de direitos humanos, "a revisão da *discricionariedade*, já entendida como *amplamente sindicável*, (...) é a hoje assente no Direito Administrativo pós-moderno". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 574).

⁵⁸⁷ RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 83-116, jan./abr. 2015. p. 101.

⁵⁸⁸ MOREIRA, João Batista Gomes. Controle judicial das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 146.

⁵⁸⁹ Para uma análise da possibilidade ampla de controle de atos administrativos, inclusive dos atos políticos ou de governo e atos *interna corporis*, incluindo até mesmo o dever de motivar a nomeação em cargos de comissão, cf. PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Sobre a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas, ver: BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2013.

motivação, objeto, forma, oportunidade e conveniência para a prática do ato, suas bases fundantes de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade".⁵⁹⁰

O amplo controle do conteúdo do ato administrativo foi analisado no Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai pela Corte IDH. A Corte rechaçou veementemente os argumentos comumente empregados pelo Judiciário brasileiro de que a revisão do mérito do ato administrativo é impossível no controle judicial. A jurisprudência da Corte IDH traduzida no Caso Barbani Duarte de 2011 afirma que "não há revisão judicial se o órgão judicial estiver impedido de determinar o objeto principal da controvérsia, como ocorre, por exemplo, nos casos em que se considerado limitado pelas determinações fáticas ou jurídicas feitas pelo órgão administrativo que foram decisivas na resolução do caso".⁵⁹¹ Ou seja, da perspectiva convencional e conforme o entendimento da Corte IDH, não existe ato administrativo ou decisão administrativa infensos ao controle judicial. Discricionário ou não, o ato poderá ser revisto pelo Poder Judiciário se o exercício da competência administrativa contrariou regras ou princípios jurídicos, especialmente aqueles previstos em tratados de direitos humanos.

Esse é, aliás, o conteúdo expresso do art. 25.1 do Pacto de São José da Costa Rica.⁵⁹² A norma, ao prever o direito a um recurso⁵⁹³ "perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção", garante o amplo controle, *sem exceção*. A norma convencional confirma, aliás, a norma prevista no art. 5º, XXXV da Constituição, sobre a inafastabilidade do controle judicial de todo ato administrativo. Afinal, a norma constitucional em nenhum momento previu reservas ao controle judicial.⁵⁹⁴ Nesse sentido, não cabe ao intérprete posicionar exceção onde a norma, além de não contemplá-la, a

⁵⁹⁰ LEAL, Rogério Gesta. Controle da Administração Pública no Brasil: Anotações Críticas. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 5, n. 20, p. 125-143, abr./jun. 2005. p. 136-137).

⁵⁹¹ O parágrafo integral está assim redigido: "Esta Corte coincide com a Corte Europeia, em termos gerais, ao entender que existe uma revisão judicial suficiente quando o órgão judicial examina todas as alegações e argumentos submetidos ao seu conhecimento sobre a decisão do órgão administrativo, sem declinar de sua competência para resolvê-los ou na determinação dos fatos. Pelo contrário, esta Corte considera que não há revisão judicial se o órgão judicial estiver impedido de determinar o objeto principal da controvérsia, como ocorre, por exemplo, nos casos em que se considerado limitado pelas determinações fáticas ou jurídicas feitas pelo órgão administrativo que foram decisivas na resolução do caso". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai. Publicado em 13 out. 2011. § 204).

⁵⁹² (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Art. 25.1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

⁵⁹³ "A palavra 'recurso', empregada nesses textos internacionais, deve ser compreendida não só em seu sentido estrito de 'recurso propriamente dito' (contra uma decisão já proferida), senão também no seu sentido mais amplo de meio ou instrumento jurídico adequado à defesa de um direito". (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção...** *Op. Cit.*, p. 217).

⁵⁹⁴ MOREIRA, João Batista Gomes. Controle judicial das sanções disciplinares... *Op. Cit.*, p. 146.

afasta. Concorde-se, portanto, com Mauro Roberto Gomes de Mattos, segundo quem "não vigora mais a ideia da discricionariedade clássica, onde a oportunidade e a conveniência eram impenetráveis ao controle judicial, pois os princípios constitucionais foram instituídos para disciplinar uma unidade em todos os atos públicos, podendo haver análise de mérito do ato administrativo".⁵⁹⁵

Quer dizer, então, que não só a interpretação conferida pela Corte IDH, mas a literalidade da norma do art. 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos revoga definitivamente a doutrina multiplicada no Brasil de que o mérito do ato administrativo não está sujeito ao controle judicial. Obviamente, haverá limites a esse controle,⁵⁹⁶ segundo parte da doutrina notadamente nas questões técnicas,⁵⁹⁷ mas não se pode mais recusar a apreciação das causas levadas a juízo sob o fundamento de que o Judiciário não pode analisar o mérito do ato administrativo.⁵⁹⁸ Toda afirmação desse jaez estará evitada de vício de inconveniência por afronta à norma do art. 25.1 do Pacto de São José.

Assim, por exemplo, a decisão a respeito da demissão de servidor público pode sim ser apreciada pelo Poder Judiciário e ser anulada por violação a normas nacionais ou internacionais, inclusive por meio de mandado de segurança.⁵⁹⁹ Ainda de forma

⁵⁹⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008. p. 53.

⁵⁹⁶ Casos em que haverá mesmo assim apreciação judicial da correção ou não da decisão. Nas situações inconclusivas, a questão entra na discussão sobre o grau de deferência que os Poderes devem ter entre si, cabendo em tese respeitar a decisão administrativa naquelas ocasiões nas quais depara-se com escolhas todas válidas. É uma questão de deferência do Poder Judiciário pela decisão tomada pela Administração.

⁵⁹⁷ "Portanto, do ponto de vista dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade, a margem de atuação das autoridades (poder discricionário e margem de apreciação) não escapa do controle judicial e, com tal perspectiva, na realidade, a afirmação de que 'o juiz não deve interferir na margem de decisão das autoridades' deve aplicar-se a situações bem específicas, como as de controle sobre decisões administrativas com conteúdo técnico estranho ao direito, em que o juiz não tem habilitação ou não tem maior habilitação (em relação às autoridades) para controlar o conteúdo (de discricionariedade e de apreciação) daquelas decisões". (PERLINGEIRO, Ricardo. *Desafios contemporâneos... Op. Cit.*, p. 174).

⁵⁹⁸ Há outras perspectivas de análise do mesmo tema, de autores que entendem pela insuficiência da teoria da discricionariedade administrativa para lidar com os novos desafios da Administração Pública e de um Direito dito pós-moderno. Sobre abandono da discricionariedade, a mutação constitucional em direção à função regulatória (teoria da escolha regulatória), e a defesa da tomada de decisões técnicas, científicas e de acordo com os princípios constitucionais, notadamente a proporcionalidade, cf. GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

⁵⁹⁹ Sobre o cabimento de mandado de segurança para discutir o mérito das sanções disciplinares em processo administrativo, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero são claros: "Desde que o impetrante possa provar documentalmente os seus argumentos, é sempre viável a revisão judicial da sanção disciplinar a ele aplicada. Assim, por exemplo, a revisão do aspecto *formal* do processo administrativo é sempre cabível, sendo também sindicável o próprio mérito da punição imposta, desde que haja prova documental dos argumentos expendidos pelo impetrante. Por outro lado, em relação ao mérito do ato administrativo, é hoje corrente o entendimento de que não há discricionariedade na punição administrativa, que deve sempre se pautar pelos estritos critérios legais. Daí porque também sob esse aspecto o ato que aplica sanção disciplinar pode ser levado à análise do Judiciário, inclusive na via do mandado de segurança". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante**

exemplificada, a demissão ou qualquer outra pena determinada pela Administração Pública violadora do princípio da proporcionalidade poderá ser revista judicialmente. Ou ainda, cabe a anulação de pena aplicada no curso de processo que violou direitos afetos ao devido processo legal, sendo vedada a utilização do brocardo *pas de nullité sans grief*, porque no desrespeito à juridicidade presume-se o prejuízo.⁶⁰⁰

A ampla recorribilidade ao Poder Judiciário enfrenta críticas. Tanto as deficiências técnicas do Judiciário quanto o déficit democrático inerente à escolha dos seus membros são pontos importantes que devem ser equacionados na defesa do alargamento do controle judicial decorrente da juridicidade.⁶⁰¹ Nada afinal garante que a decisão judicial será melhor que a administrativa. Porém, mesmo assim, a normativa convencional garante ao cidadão amplo recurso a um Poder distinto daquele que exarou uma decisão administrativa que a seus olhos foi prejudicial, do que não se pode escapar fazendo uso de doutrina sem base jurídica como aquela da impossibilidade de controle do mérito do ato ou decisão administrativos.

Assentadas essas premissas e considerando mais uma vez os efeitos daquilo que se propôs como tutela administrativa efetiva dos direitos humanos é conveniente traçar alguns parâmetros de atuação pela Administração Pública agora influenciada pela lógica e pela normativa dos tratados de direitos humanos em vigor. O caminho até aqui percorrido, com a indicação das normas convencionais orientadoras da atividade administrativa alicerça no mínimo *nove orientações gerais para a Administração Pública obrigatórias por força dos tratados de direitos humanos*. O fundamento convencional do que se expõe é o art. 2 da Convenção Americana, que impõe o dever do Estado de "adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas *ou de*

procedimentos diferenciados. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 363). No mesmo sentido, Flávio Henrique Unes Pereira explica que "o reexame, pelo Judiciário, das provas colhidas nos autos do processo administrativo disciplinar, as quais tenham sido apresentadas com a inicial do *writ*, não constitui, repita-se, *a priori* ou por si só, obstáculo para a admissão da via do *mandamus*, desde que haja prova pré-constituída acerca do que fora alegado na exordial. Nesta hipótese, como visto, o direito líquido e certo pode consistir, exatamente, no ilegal enquadramento jurídico realizado pela Administração à vista dos fatos". (PEREIRA, Flávio Henrique Unes. O controle jurisdicional das sanções disciplinares no mandado de segurança. **Interesse Público**, Belo Horizonte, a. 9, n. 45, p. 69-75, maio/jun., 2007. p. 75).

⁶⁰⁰ Como será detalhado no capítulo 6, a Corte IDH não admite no SIDH a doutrina da remediação.

⁶⁰¹ "Em suma, a consagração do princípio da juridicidade, conquanto possua o mérito de atualizar o projeto do estado de direito no direito administrativo ao situá-lo na lógica do constitucionalismo, implica o fortalecimento do papel do Poder Judiciário na revisão dos atos administrativos. Se isso tem um lado positivo por reforçar os meios de supervisão da administração, há uma face problemática quando se consideram aspectos de legitimidade (técnica e democrática)". (CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. **Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro – RDA**, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017. p. 197).

*outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades".*⁶⁰² A medidas de qualquer natureza, inclusive alterações no modo de ser da Administração Pública, são *impositivas* por força da obrigação à qual se vinculou o Estado brasileiro no Pacto de São José da Costa Rica.

Com fulcro no art. 2 do Pacto de São José, mas não só, os nove parâmetros indicados são: **(a)** decidir os pleitos e controvérsias administrativas a partir do princípio *pro persona*; **(b)** simplificar ao máximo a rotina e os processos administrativos; **(c)** não relativizar a legalidade ou utilizar de expedientes informais quando praticar restrições a direitos dos cidadãos; **(d)** atuar espontaneamente em favor da satisfação dos direitos e dos pedidos administrativos dos cidadãos; **(e)** inutilizar no trato com o cidadão a teoria da presunção de legalidade e veracidade dos atos administrativos; **(f)** regulamentar ao máximo a utilização de competências discricionárias; **(g)** identificar e privilegiar as situações em que é possível a composição administrativa de conflitos e transação; **(h)** levar em consideração os requisitos formais e substanciais para o exercício do poder de polícia, previstos em tratados e na jurisprudência internacional; **(i)** privilegiar de forma absoluta a boa-fé administrativa e a prevenção do conflito com a Administração, de forma a evitar a judicialização das decisões administrativas. A seguir, será feita uma breve explicação de cada um dos parâmetros indicados para o aperfeiçoamento da cultura favorável aos direitos humanos pela Administração Pública brasileira.

(a) Decidir os pleitos e controvérsias administrativas a partir do princípio *pro persona* implica dar tratamento respeitoso ao cidadão em relação com a Administração, buscando privilegiar a melhor interpretação ao ser humano mesmo nos resultados de indeferimento de pedidos ou sancionamento. A orientação está dentro daquilo que se designou como efeitos positivos da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos. Os tratados de direitos humanos conduzem o exercício hermenêutico do agente público que desempenha a atividade administrativa.⁶⁰³ Todas as convenções de direitos humanos vigentes têm a virtude de reforçar "a posição dos privados frente a Administração Pública ou para estabelecer parâmetros de atuação à Administração Pública"⁶⁰⁴ face a uma conduta autoritária abusiva das prerrogativas que a missão de efetivação do interesse público lhe concede. Portanto, quando

⁶⁰² Grifos ausentes no original.

⁶⁰³ JINESTA, Ernesto. La construcción de un Derecho Administrativo común interamericano: Reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. **Revista Iberoamericana de derecho público y administrativo**, San José, a. 11, n. 11, 2011. p. 13.

⁶⁰⁴ ORDÓÑEZ, Jorge Danós. Los tratados internacionales y la jurisprudencia como fuentes del derecho administrativo en el ordenamiento jurídico administrativo peruano. In: **Fuentes del derecho administrativo: tratados internacionales, contratos, como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo**. MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana *et alli* (Coord.). Buenos Aires: RAP, 2010. p. 631.

se depara com escolhas em diversos graus, a decisão administrativa levará sempre em consideração a opção menos restritiva à esfera jurídico-patrimonial do cidadão afetado. Mais que respeito ao princípio da razoabilidade, a diretriz é derivação direta do princípio convencional *pro persona*.

A importância dessa alteração do fundamento positivo da conduta está no fato de que, ao lado da escolha da opção menos restritiva, em decorrência das normas internacionais de direitos humanos e do princípio *pro persona*, há um efeito desburocratizador dos tratados de direitos humanos na atividade administrativa. Nesse sentido, mais uma vez tomando de empréstimo as reflexões de Romeu Felipe Bacellar Filho, "faz-se necessário uma reformulação do Estado para o enfrentamento dos desafios decorrentes da integração, notadamente no que pertine à atuação da Administração pública, com a implantação de uma cultura desenvolvimentista, facilitando a resolução de modo ágil e eficaz dos problemas que forem surgindo".⁶⁰⁵ Ora, é o Direito Internacional dos Direitos Humanos que altera a concepção clássica de Estado, mudando as bases de atuação administrativa e dando base normativa para dita alteração da Administração Pública no seu desiderato. A conduta do agente público quando orientada pelo atendimento da finalidade última do agir estatal, que é atender da melhor forma os anseios dos cidadãos para atingir o interesse público, deve prestigiar fórmulas tendentes à resolução dos problemas em detrimento de soluções complexas, demoradas e burocráticas (no mal sentido da palavra). O apoio nas normas de tratados de direitos humanos é essencial para essa desejada modificação também cultural na atividade administrativa.

A Administração Pública é sujeito ativo da aplicação da Convenção Americana e outros tratados de igual importância. Ela é o "ponto de contato direto entre o Estado e as pessoas", e por isso é obrigada a dar cumprimento às normas de direitos humanos "em seus atos administrativos, atos, contratos, regulamentos, serviços públicos, obras e demais modalidades de exercício de suas competências".⁶⁰⁶ Considerar para tanto e em qualquer caso o princípio *pro persona* é dar atenção às soluções menos restritivas e mais simples para os problemas com os quais a Administração Pública se depara. Independentemente de lei ou ato normativo expresso, será lícita a conduta do servidor público caso a solução administrativa ou decisão simplifique o atendimento dos pleitos ou amplie o acesso aos expedientes administrativos.

⁶⁰⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratados... Op. Cit.*, p. 124.

⁶⁰⁶ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública... Op. Cit.**, p. 23.

(b) Da primeira orientação é que deriva o segundo parâmetro de atuação, acerca da obrigatoriedade de simplificação na tramitação das rotinas e processos administrativos, inclusive mediante utilização de técnicas não previstas em regramento quando isso facilitar o exercício dos direitos de cidadãos e não restringir suas esferas jurídicas. Recorde-se neste ponto que um dos efeitos negativos da tutela administrativa dos direitos humanos é justamente a possibilidade de o agente integrante da Administração Pública agir na ausência de lei para atender a norma convencional vigente.

Exemplo do que se está dizendo é a utilização de tecnologias da informação e comunicação (TICs),⁶⁰⁷ responsáveis pelo acréscimo em eficiência da atividade administrativa. A título de exemplo, e este é um exemplo comum, a Administração não pode recusar-se a enviar cópias de processos por e-mail ou qualquer outro meio mais expedito sob o pretexto de que a regulamentação interna é omissa e só permite a cópia física por máquinas. É ineficiente pensar assim, o que já se poderia categorizar como inconstitucional, mas acima de tudo é contrário à lógica simplificadora da atividade administrativa incentivada pelo regime convencional de incentivo à interpretação jurídica mais favorável ao ser humano.

É por demais evidente que a utilização de plataformas digitais, públicas ou privadas, potencializa a qualidade do exercício da função pública. Na Argentina, a título de ilustração, o regime de contratação administrativa já se encontra regulado por decreto⁶⁰⁸ e permite que os contratos administrativos sejam firmados digitalmente, dando valor legal aos documentos e notificações digitais.⁶⁰⁹ A simplificação dos procedimentos, aliás, tem base expressa convencional, no art. 10 "b" da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.687/2006. Como forma de combater a corrupção, mas sem prejuízo de outras finalidades, como a de propiciar a melhor prestação da atividade administrativa ao público, a Convenção garante no referido dispositivo "A simplificação dos procedimentos administrativos, quando proceder, a fim de facilitar o acesso do público às autoridades encarregadas da adoção de decisões".

Ainda nesse ponto, que diz respeito à simplificação da atuação da Administração Pública, há em virtude dos tratados uma ampliação da legitimidade para pleitear administrativamente. O aperfeiçoamento e valorização do Sistema Regional de Proteção de

⁶⁰⁷ Sobre as tecnologias da informação e comunicação, o papel do Estado no fomento de políticas públicas a elas relacionados e a inescusável influência delas no processo de desenvolvimento pelo qual a Administração Pública também é responsável, cf. PEREIRA, Danilo Moura; SILVA, Gislane Santos. As tecnologias de informação e comunicação (TICs) como aliadas para o desenvolvimento. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, Vitória da Conquista, n. 10, p. 151-174, 2010.

⁶⁰⁸ Decreto n. 1.023/2001.

⁶⁰⁹ BELLOCCHIO, Lucía; STRINGHINI, Antonella. El impacto de los medios tecnológicos en las contrataciones públicas. **Diario DPI**. Suplemento Derecho y Tecnologías. n. 29. nov. 2016.

Direitos Humanos contribui para a cultura de direitos humanos no Brasil. Os casos internacionais servem como instrumento de pressão contra o Estado e de inserção de temas na agenda pública que normalmente não seriam discutidos. Tudo isso depende, porém, da legitimidade conferida aos órgãos de proteção dos direitos humanos, tanto pelo Estado quanto pela sociedade civil.⁶¹⁰ São especialmente as garantias do art. 8 da Convenção Americana, pormenorizadas em capítulo próprio deste trabalho, que outorgam ampla legitimação ativa administrativa e judicial, individual ou coletiva, "desligada das tradicionais categorias de legitimação subjetiva (direito subjetivo, interesse legítimo, interesse simples)".⁶¹¹ Instrumentos de expansão da legitimidade processual para defesa de direitos coletivos, simplificando-a, são desejáveis e compatíveis com a lógica expansiva dos direitos humanos, tarefa de que precisa se encarregar não só os cidadãos individualmente, mas toda a sociedade civil organizada.⁶¹²

(c) Não relativizar a legalidade ou utilizar-se de expedientes informais quando praticar restrições a direitos dos cidadãos é uma das principais diretrizes de proteção da liberdade dos cidadãos, derivada diretamente do art. 30 da Convenção Americana. É devido o respeito absoluto e incondicionado às formalidades constitucionais, convencionais, legais e regimentais quando a decisão administrativa causar potencialmente a restrição da esfera jurídica do cidadão. A redução da esfera jurídico-patrimonial do cidadão não pode nunca estar dissociada do cumprimento estrito e sem desvios das regras processuais previstas para limitação de direitos. O conhecimento prévio do caminho que será trilhado para restrição de algum direito é a garantia essencial de que não haverá arbítrio por parte do Estado. A forma, nesses casos, é garantia, o que pressupõe a erradicação da fórmula "sem nulidade sem prejuízo", eis que este é presumido quando se limitam os direitos e no exercício da competência fiscalizatória ou sancionadora administrativa. O princípio da informalidade vale só em favor e para o alargamento dos direitos dos cidadãos. Para restrições, a Administração rege sua conduta pelo estrito cumprimento das exigências legais e para isso não há exceções.⁶¹³

⁶¹⁰ BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos... *Op. Cit.*, p. 151.

⁶¹¹ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La internacionalización... *Op. Cit.*, p. 47.

⁶¹² O reconhecimento da personalidade jurídica do indivíduo no plano internacional representou uma revolução sem igual, contribuindo para o esfacelamento da perspectiva jurídica autoritária de que o cidadão só gozaria das posições jurídicas voluntariamente concedidas pelo Estado. Como explica Antônio Augusto Cançado Trindade, um reflexo importante dessa revolução é o fortalecimento da sociedade civil organizada no plano interno e externo ao Estado, fator contribuinte para o fim da aceitação do arbítrio na tomada de decisão pelo Poder Público. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização...** *Op. Cit.*, p. 122-123).

⁶¹³ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 80.

(d) O conhecimento de que dispõem seus agentes e a alta capacidade de organização e atuação pelo território nacional caracterizam o aparato estatal. Presume-se (e deseja-se) que os servidores públicos sejam altamente capacitados para o exercício de suas funções. Do mesmo modo, presume-se que a estrutura administrativa se guie por conduta racionalizante e especializada, com capacidade avançada de comunicação entre os diversos entes e órgãos da Administração Pública se comparado com os recursos de que dispõe o cidadão comum. Nada obriga o cidadão a deter conhecimento técnico e operacional da estrutura estatal.

Por outro lado, para o servidor público integrante daquela instituição não se passa o mesmo. O Estado existe em prol do cidadão, e não o contrário. Assim, a atuação espontânea do agente público para atendimento do interesse público é um dever decorrente da lógica orientadora do Estado Convencional. Para cumprimento de deveres que o Estado lhe impõe, ou mesmo para atendimento de pedidos administrativos de sua incumbência, o cidadão está desobrigado a diligenciar por documentos e informações disponíveis em outros órgãos e entidades componentes da estrutura estatal, inclusive de entes federativos diversos. O princípio da oficialidade, referido por Romeu Felipe Bacellar Filho como aplicável aos processos administrativos disciplinares, resta válido para toda a conduta administrativa⁶¹⁴ e deve ser levado a sério na simplificação da atividade administrativa.

Seguindo essa orientação e em consonância com a lógica dos direitos humanos, o decreto regulamentador n. 9.094/2017 da Lei Federal de Proteção dos Usuários do Serviço Público (Lei n. 13.460/2017) garantiu no seu art. 2º para a Administração Pública Federal que "os órgãos e as entidades do Poder Executivo federal que necessitem de documentos comprobatórios da regularidade da situação de usuários dos serviços públicos, de atestados, de certidões ou de outros documentos comprobatórios que constem em base de dados oficial da administração pública federal deverão obtê-los diretamente do órgão ou da entidade responsável pela base de dados, nos termos do Decreto n. 8.789, de 29 de junho de 2016, e não poderão exigí-los dos usuários dos serviços públicos". Embora o decreto manifeste-se aplicável somente para os órgãos da administração federal, a utilização da "teoria do melhor direito" acima delineada garantiria, em tese, sua expansão para todos os entes estatais. E

⁶¹⁴ "O princípio da oficialidade confere à autoridade competente, diferentemente do processo judicial, o dever de inaugurar o processo independentemente de provocação, bem como o dever de impulsioná-lo e decidi-lo. Isso deriva do fato de que a Administração Pública tem o dever de satisfazer o interesse público e de que, diante da existência de uma infração ou um conflito se lhe impõe a oportunidade de uma decisão, qualquer que seja". (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O procedimento e o processo administrativo no sistema jurídico brasileiro. In: SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo J. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales**: jerarquía, impacto y derechos humanos. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006. p. 44-45).

mesmo que se recuse a “teoria do melhor direito”, a inexistência de normas no âmbito de outros entes federais permite a aplicação analógica da regra federal em benefício do cidadão.

(e) O fim da presunção de legalidade e veracidade como atributo geral de todos os atos administrativos é uma consequência das mais duras na teoria clássica do Direito Administrativo.⁶¹⁵ Simplesmente não existe presunção de legalidade ou veracidade de atos que atingem direitos humanos e fundamentais. Essa ficção legal, nas precisas palavras de Pablo Gutiérrez Colantuono, sofre uma dissolução por força dos tratados de direitos humanos, os quais "permitem admitir uma presunção exatamente inversa: o ato se presume carente de presunção alguma, devendo a autoridade estatal alegar fundamentadamente sobre a razoabilidade da medida adotada".⁶¹⁶

Há uma inversão tamanha a ponto de que a presunção pode se voltar contra a Administração uma vez impugnado o ato na esfera administrativa e judicial. Ao mesmo tempo em que, em função de normas processuais, cumpre a quem alega satisfazer seu ônus probatório, também cumpre à Administração atender o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito alegado. Cumpre à Administração provar que a medida intentada é lícita quando o cidadão questiona a existência dos fatos que justificaram a edição do ato administrativo ou quando ele questiona a compatibilidade do ato com o ordenamento jurídico. Se a Administração visa limitar um direito, não se pode presumir de antemão que essa limitação é legal e que os fatos que o agente afirma existirem de fato existem. Ser agente público não é garantia por si só de que seu ato é jurídico e que os fatos que levaram à sua edição de fato se passaram como afirma o agente. Essa concepção é do Direito Administrativo de um tempo em que o Direito Internacional dos Direitos Humanos não era disciplina autônoma e não tinha a representatividade e transversalidade de hoje.

A presunção de legalidade e veracidade do ato derivam da exigibilidade e auto executoriedade⁶¹⁷ ínsitas à função administrativa, e pretende o atendimento imediato do interesse público pela Administração Pública. A exigibilidade e auto executoriedade, porém,

⁶¹⁵ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. El derecho administrativo argentino... *Op. Cit.*, p. 128-129.

⁶¹⁶ E continua o autor: "Aqui o espaço para a discricionariedade se estreita o suficiente talvez até mesmo ao ponto de desaparecer já que o olhar do observador é desde o prisma do direito afetado - e sua proteção - e não desde a prerrogativa pública. Por outro lado, se desloca para a autoridade a obrigação de alegar suficientemente sobre a razoabilidade da medida adotada e de como ela é a menor interferência aos direitos humanos entre as várias opções possíveis". (GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho administrativo... *Op. Cit.*, p. 246).

⁶¹⁷ Exigibilidade "significa que a Administração Pública pode promover a instauração de uma relação jurídica e estabelecer que os direitos e deveres dela derivados deverão ser cumpridos concretamente". Por sua vez, "autoexecutoriedade indica a possibilidade de a Administração obter a satisfação de um direito ou dirimir um litígio de que participa sem a intervenção imediata do Poder Judiciário, produzindo atos materiais necessários a obter o bem da vida buscado. Isso pode compreender o impedimento concreto da prática de certos atos particulares". (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso... Op. Cit.*, p. 399).

não estão ameaçadas quando se diz que os tratados de direitos humanos erradicaram a presunção de veracidade e legalidade como atributos ínsitos a todo ato administrativo. Assim o é simplesmente porque não se pode confundir a legalidade ou veracidade do ato com sua eficácia. O ato administrativo só admite uma presunção *comum* de legalidade e veracidade na medida em que representa o que usualmente acontece. Porém, essa presunção comum é diferente das previsões jurídicas estabelecidas em lei, e não admite inversão do ônus da prova. Caso seja útil fazer uso de presunções com força tamanha a ponto de inverter as regras de impugnação, é preciso que, assim como no Direito Privado, a presunção esteja fixada em lei. É a posição de Florivaldo Dutra de Araújo, quem lapidarmente explica que "Se existisse presunção legal relativa para todos os atos administrativos, seria obviamente dispensada sua fixação casuística (...). Além disso, constituir-se-ia em privilégio injustificável no Estado de Direito".⁶¹⁸

O que se diz aqui é simplesmente que uma vez impugnado o ato administrativa ou judicialmente,⁶¹⁹ aplicam-se as regras gerais de distribuição de ônus da prova.⁶²⁰ Em alguns casos, em que o julgador distribui de forma dinâmica o ônus segundo a facilidade dos sujeitos em produzir tal ou qual prova, é possível inclusive que a prova da licitude do ato administrativo seja atribuída ao Poder Público que editou o ato. Esta é uma orientação em prol dos direitos dos cidadãos e que incentivará métodos mais eficazes de controle administrativo, os quais cada vez mais reduzirão o espaço para ações discricionárias e arbitrárias dos agentes administrativos. As novas tecnologias contribuem para isso, o que permite afirmar inclusive a origem de um dever constante de atualização da Administração e um direito dos cidadãos de ver as rotinas administrativas (fiscalizatórias ou não) sempre afinadas com o que de mais atual há em tecnologia de informação.

A teoria da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo é própria de um tempo no qual reinava o Direito Administrativo de cunho legalista. É doutrina ultrapassada⁶²¹ que não passa pelo crivo da convencionalidade. O cidadão está no mesmo pé

⁶¹⁸ E prossegue o autor, em sua crítica contra a doutrina defensora das presunções gerais: "Portanto, ao contrário do que afirma, em uníssono, a doutrina administrativista, os atos administrativos possuem, fora das exceções indicadas em leis específicas, a presunção *hominis* de legalidade, baseadas nas circunstâncias aparentes que os envolvem e que são percebidas pelo senso comum, com base no que normalmente ocorre. Essa presunção comum pode, contudo, ser destruída por indícios capazes de deixar transparecer possíveis vícios". (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 51).

⁶¹⁹ Posição análoga é a de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a presunção de legitimidade do ato: "(...) milita a favor deles uma presunção *iuris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo". (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso... Op. Cit.**, p. 431).

⁶²⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle... Op. Cit.**, p. 52.

⁶²¹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana... Op. Cit.*, p. 116.

de igualdade para com a Administração,⁶²² a quem cumpre no exercício de suas funções demonstrar a legalidade de suas condutas segundo os métodos de comprovação mais eficazes. Essa constatação obriga que na impugnação judicial dos atos administrativos não se imponha ao particular ônus sobrecarregado ou impossível baseado numa mera ficção que é a presunção de legitimidade (e veracidade) dos atos administrativos.⁶²³

(f) Já se viu que um dos efeitos positivos da tutela administrativa efetiva é a redução da discricionariedade administrativa, com ampliação do controle judicial da atividade administrativa e extinção da replicada (e inconvencional) ideia de impossibilidade de controlar o mérito do ato administrativo. Regulamentar a utilização de competências discricionárias, portanto, auxilia a completar o quadro de redução de discricionariedade e erradicação absoluta do arbítrio. É impossível prescindir totalmente das competências discricionárias, pois dela dependem em muitos casos as decisões voltadas à melhor tutela dos interesses públicos. É uma ilusão pensar que o legislador conseguirá a tempo e de forma adequada regulamentar todos os aspectos da vida social, e por isso a competência discricionária é a solução de que se vale a Administração para a condução ótima da atividade administrativa. Entretanto, de modo a dar segurança aos cidadãos e contribuir para a redução do espectro de escolhas discricionárias, é preciso incentivar a regulamentação das rotinas administrativas, às quais se deve dar ampla publicidade. A regulamentação das rotinas administrativas em documentos formais e disponíveis ao público objetiva ainda por cima a facilitação do controle judicial dos atos administrativos, esta uma garantia convencional prevista no art. 25 do Pacto de São José como inafastável.

Definitivamente, inexistente no modelo de Estado Convencional espaço para defesa de atos estatais infensos a controle judicial. O exercício do poder estatal, e para o que aqui importa o exercício da função administrativa, está sempre sujeito a revisão por órgãos de controle do mesmo Poder ou de outros Poderes (art. 25 da Convenção Americana). Como visto acima, a norma prevista em tratado internacional de direitos humanos, supraconstitucional, incrementa a disposição constitucional de que *qualquer* ato está sujeito a controle judicial. O art. 5º, XXXV da Constituição brasileira⁶²⁴ não faz qualquer exceção ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, e desde que interpretada à luz dos tratados de direitos humanos de que o Brasil faz parte, a norma constitucional também impõe

⁶²² O princípio da igualdade de armas integra o regime do devido processo administrativo, como se demonstrará no capítulo 6.

⁶²³ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Tratados de derechos humanos... Op. Cit.*, p. 78.

⁶²⁴ (Constituição Federal) Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

a ampla sindicabilidade de toda manifestação estatal. Não poderia ser diferente, pois acima de tudo, a contenção do arbítrio e ilegalidades estatais é um dos objetivos precípuos das normas internacionais de direitos humanos.

A Administração Pública depende da competência discricionária para o desenvolvimento eficiente de suas missões constitucionais.⁶²⁵ Não se trata, portanto, de eliminar a discricionariedade, cujo papel é importante no Estado Convencional de Direito. A discricionariedade administrativa não deixa de existir, mas cabe ao Judiciário a verificação de se aquela competência foi adequadamente manejada pela Administração. Se o Judiciário se convencer de que houve a escolha por uma entre duas ou mais opções *válidas* perante o Direito, preserva-se o ato administrativo tal como editado. No entanto, o que não se pode admitir é que o Judiciário negue a verificação da adequação dessa escolha.

Repita-se: perante os tribunais, a discricionariedade será uma questão de ônus da prova. Se o autor comprovar a falta de correspondência da medida administrativa discricionária com as normas jurídicas, demonstrando que o mérito propriamente dito do ato viola princípios ou regras jurídicas de qualquer ramo do Direito, haverá invalidação pelo Poder Judiciário e determinação de expedição de novo ato administrativo pelo Poder Público que dessa vez esteja de acordo com o ordenamento jurídico. Se o autor, no entanto, não satisfaz o ônus probatório suficientemente, cumpre ao Judiciário prestar deferência à decisão da Administração Pública, mantendo o ato discricionário hígido. Concordar com as teorias defensoras da insindicabilidade da parcela meritória do ato administrativo é ir na contramão da lógica protetiva dos tratados de direitos humanos. Mais que isso, é ir contra normas expressas de tratados que garantem para toda ação estatal um recurso judicial contra atos violadores de normas constitucionais, legais ou convencionais – a exemplo dos emblemáticas normas do art. 25.1 e 25.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁶²⁶

O art. 25.2 mencionado, aliás, na sua letra "a", obriga os Estado a se comprometerem "a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso". A norma convencional, prevendo as possíveis resistências dos Tribunais em analisar parcelas de atos

⁶²⁵ SADDY, André. Visitando a definição... *Op. Cit.*, p. 150.

⁶²⁶ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Art. 25. Proteção judicial 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

estatais sob o fundamento da insidicabilidade de alguns atos administrativos, determinou aos Estados partes que se comprometessem a obrigar os juízes *a decidir quando provocados*. O *non liquet* é reforçado pela norma internacional, válido de modo específico para atos administrativos.

Novamente, e agora em termos objetivos, qualquer manifestação pela inatacabilidade do mérito do ato administrativo viola normas de tratados de direitos humanos, entre elas o art. 25.1 e 2 do Pacto de São José da Costa Rica, cujo conteúdo abrange a proteção judicial contra *qualquer* ato estatal que lesiona direitos.

Os tratados de direitos humanos reduzem a discricionariedade porque limitam o leque de opções válidas para a Administração. Não é indiferente para o sistema jurídico se a Administração decide entre alternativas lícitas e escolhe aquela menos gravosa para os interesses do particular afetado. Mesmo diante de várias opções lícitas, somente será válida e de acordo com o princípio *pro persona* a escolha discricionária daquela alternativa que melhor harmoniza o conjunto de interesses, o que só é possível diante da opção pela possibilidade que *menos restringe a esfera jurídica do cidadão*. A regulamentação tão exhaustiva quanto possível das competências discricionárias é o modo por excelência de efetivar a diretriz jurídica convencional e aplicar o controle judicial.

(g) Identificar e privilegiar as situações em que é possível a composição administrativa de conflitos significa em última instância o fim da interpretação reducionista da indisponibilidade do interesse público como óbice para a transação pela Administração Pública em processos administrativos e judiciais. A consecução do interesse público e a interpretação do ordenamento jurídico que atende melhor os anseios do cidadão e da coletividade faculta ao administrador dispor inclusive de interesses patrimoniais da Administração, desde que motivando sua opção e justificando objetivamente suas vantagens. Sendo assim, afirmar a impossibilidade da Administração de negociar o melhor resultado (econômico ou não) a curto, médio e longo prazo, consiste em entendimento anacrônico e contrário à lógica convencional *pro persona*. Não há mais dúvidas, nesta linha de raciocínio, que a "Administração Pública pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas atividades".⁶²⁷

O administrador é competente para definir o melhor resultado ao interesse público⁶²⁸, renunciando inclusive a valores pecuniários em prol do melhor atendimento aos

⁶²⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 193.

⁶²⁸ "A transação pressupõe a existência de um espaço de conformação que a lei outorga ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do

cidadãos. Qualquer abuso ou desvio de finalidade, obviamente, será investigado e punido, mas o fato é que a prerrogativa de transacionar direitos patrimoniais é garantida ao agente público competente que se guia hermeneuticamente pelas finalidades do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A leitura de todas as normas jurídicas por todos os agentes públicos deve seguir uma interpretação convencional, de modo a compatibilizar o ordenamento jurídico com os tratados internacionais de direitos humanos e a jurisprudência internacional.⁶²⁹ Destarte, a norma mais favorável ao indivíduo é a que deverá incidir, de modo que a lógica empregada empresta força plena às normas sobre transação dos artigos 840 e 841 do Código Civil nas relações administrativas.⁶³⁰ Afinal, lembre-se que o princípio *pro persona* afirma o dever da Administração de "aplicar a norma mais benéfica ao particular, inclusive aquela que seja mais prejudicial à Administração".⁶³¹

A Administração autoritária e superior ao indivíduo representa o passado indesejado do Direito Administrativo, disciplina cujo escopo atual no mundo globalizado e intensamente impactado pelos tratados de direitos humanos deve ser o favorecimento das soluções consensuais e que harmonizem o interesse público com as posições jurídicas dos particulares, tudo de forma a encontrar um resultado equilibrado de satisfação dividida de posições jurídicas. Atrai-se, assim, uma lógica de busca de uma solução mitigadora das insatisfações em busca da manutenção do bem comum. Sem dúvida, é "de singular importância a revisão da dogmática administrativista no sentido de tornar a administração pública mais permeável a uma maior participação democrática da sociedade".⁶³² Nesse sentido, os direitos humanos previstos em tratados desvelam a necessidade de reforma do Direito Administrativo e contribuem para a legitimação da noção contemporânea de consensualidade que acaba definitivamente com todo tipo de decisão "arbitrária e unilateral de uma administração pública intangível e alheia aos anseios dos cidadãos".⁶³³ O protagonismo do povo, protegido pelos direitos humanos reconhecidos na arena internacional, contribui para a derrocada do paradigma do Estado autoritário.⁶³⁴

interesse público. Transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir a concretização do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda". (*Idem*, p. 193).

⁶²⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso... *Op. Cit.*, p. 177.

⁶³⁰ (Código Civil) Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas. Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

⁶³¹ FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo... *Op. Cit.*, p. 382.

⁶³² FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 213-239, maio/ago. 2011. p. 236.

⁶³³ *Idem*, p. 236.

⁶³⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização...** *Op. Cit.*, p. 127.

(h) O penúltimo ponto a ser tratado neste tópico diz respeito às mudanças que os tratados de direitos humanos incorporados introduzem no exercício do poder de polícia administrativa. Na precisa definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a "atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se 'poder de polícia'".⁶³⁵ Em sentido idêntico, Caio Tácito, em artigo publicado no ano de 1952, após delimitá-lo na história, conceitua poder de polícia como "o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais".⁶³⁶ Este seria o conceito estrito do poder de polícia.⁶³⁷

O Pacto de São José da Costa Rica dá fundamento ao poder de polícia na norma do art. 30,⁶³⁸ o que tem seu análogo no art. 4º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.⁶³⁹ Por sua vez, a Constituição Federal prevê a existência do poder de polícia estatal no art. 145, II, ao definir a competência para instituição de taxas,⁶⁴⁰ ao passo que a definição legal encontra-se no art. 78 do Código Tributário Nacional.⁶⁴¹ O poder de polícia pertencente à Administração Pública permite a restrição de direitos dos particulares em nome da segurança, saúde, tranquilidade social, circulação no trânsito livre de desembaraços, proteção da ordem econômica e proteção ao meio ambiente.⁶⁴² O poder de

⁶³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso... Op. Cit.*, p. 851.

⁶³⁶ TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, 1952. p. 8.

⁶³⁷ "Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. (...) Em sentido estrito, o poder de polícia se configura como atividade administrativa, que consubstancia, como vimos, verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual... Op. Cit.** p. 78).

⁶³⁸ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Artigo 30. Alcance das restrições. 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.

⁶³⁹ (Decreto n. 591/1992) Art. 4º Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com presente Pacto pelo Estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática.

⁶⁴⁰ (Constituição Federal) Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

⁶⁴¹ (Código Tributário Nacional) Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

⁶⁴² "Dentre os inúmeros campos de atuação do poder de polícia podem ser lembrados os seguintes: direito de construir, localização e funcionamento de atividades no território de um Município; condições sanitárias de

polícia se vê afetado na medida em que a restrição da propriedade e da liberdade encontra limites também. Tratados internacionais de direito humanos reforçam aspectos **(h.1.)** formais e **(h.2.)** substanciais do poder de polícia.

(h.1.) Sobre os aspectos formais, o art. 30 da Convenção Americana e o art. 4º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais permitem a restrição de direitos e liberdades estabelecida por meio de *lei*. A Corte IDH reconheceu inclusive na Opinião Consultiva nº 06/1986 a expressão "lei" como produto exclusivo do Poder Legislativo. Até aí este é apenas um reforço ao que no Brasil já se tem por pacífico, eis que o princípio da legalidade no seu sentido clássico é o sustentáculo do poder de polícia.⁶⁴³

O que importa destacar nesse ponto, para o Brasil, é a impossibilidade de editar medidas provisórias sobre o tema, diante do que se manifesta a jurisprudência internacional. Seria o caso de ler o art. 62, §1º da Constituição de modo a contemplar nas vedações a medidas provisórias as práticas administrativas relacionadas ao poder de polícia administrativa. É assim que já se discute na Argentina, país onde os "Regulamentos de Necessidade e Urgência" (correspondentes às medidas provisórias brasileiras) suscitam dúvidas quanto à sua legitimidade frente às convenções internacionais.⁶⁴⁴ Limitações à liberdade e propriedade dos cidadãos dependem de autorização legislativa, mediante debate dos representantes do povo que obedeça ao processo legislativo. Posição contrária resultaria contrário ao posicionamento da Corte IDH segundo o qual só lei em sentido estrito editada pelo Legislativo pode limitar, reduzir ou condicionar direitos humanos previstos em tratados. A conclusão ganha força no Brasil, onde o uso abusivo de medidas provisórias deturpa o sentido constitucional da democracia parlamentar na medida em que extravasa os limites saudáveis do exercício da função legislativa pelo Poder Executivo.

(h.1.) Sobre os aspectos substanciais, no exercício do poder de polícia as restrições a direitos pela Administração devem se orientar pelos limites impostos pelos tratados e decisões de tribunais internacionais.⁶⁴⁵ A Corte IDH já se manifestou na Opinião

alimentos, elaborados ou não, vendidos à população; medicamentos; exercício de profissões (quando regulamentadas, às vezes o poder de polícia é delegado, por lei, às ordens profissionais); poluição sonora, visual, atmosférica, dos rios, mares, praias, lagoas, mananciais; preços, atividade bancária, atividade econômica; trânsito". (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 385).

⁶⁴³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro resume do seguinte modo: "O poder de polícia reparte-se entre Legislativo e Executivo. Tomando-se como pressuposto o princípio da legalidade, que impede à Administração impor obrigações ou proibições senão em virtude de lei, é evidente que, quando se diz que o poder de polícia é a faculdade de limitar o exercício de direitos individuais, está-se pressupondo que essa limitação seja prevista em lei". (DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 124).

⁶⁴⁴ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La internacionalización... *Op. Cit.*, p. 43.

⁶⁴⁵ FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo... *Op. Cit.*, p. 382.

Consultiva n. 18/2003 e Caso Yatama vs. Nicarágua sobre restrições de poder de polícia e sua ilegitimidade frente o princípio da não discriminação.⁶⁴⁶ Na Opinião Consultiva n. 18, a Corte diferenciou *distinções* feitas pelo Poder Público (de caráter admissível, pois razoáveis, proporcionais e objetivas) de *discriminações* (de caráter inadmissível, não razoáveis e não objetivas), com reflexos importantes no tema do poder de polícia.⁶⁴⁷ Afinal, no Caso Yatama decidido posteriormente, a Corte definiu que a restrição de direitos pela Administração deve observar os princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade. Por conseguinte, segundo a Corte IDH, distinções provenientes de restrições de direitos com fundamento do poder de polícia: (i) não podem ser discriminatórias; (ii) devem fundamentar-se em critérios razoáveis; (iii) devem atender a finalidades úteis; (iv) precisam atender a um interesse público imperativo; (v) devem ser proporcionais ao objetivo; (vi) devem restringir o menos possível o direito afetado dentro das possibilidades apresentadas; (vii) precisaram apresentar a maior proporcionalidade possível ao objetivo buscado.⁶⁴⁸

Na manifestação do poder de polícia, os tratados de direitos humanos impactam notadamente na formação da decisão administrativa. A restrição dos direitos de liberdade e propriedade passam necessariamente por um processo de construção da ordem administrativa limitadora. Sempre que não houver perigo iminente à segurança ou saúde de terceiros, qualquer manifestação do poder de polícia deve ser precedida da oitiva do afetado, com a oportunização de correção das irregularidades antes da aplicação de penalidades. No Estado de Direito Convencional, valem as considerações de Luís Henrique Baeta Funghi, quem afirma que a "imperatividade e coerção, atributos clássicos da atuação administrativa, cedem lugar à consensualidade e à participação social na administração dos interesses públicos, com o emprego de formas consensuais de coordenação de ações".⁶⁴⁹

Portanto, um importante parâmetro de atuação administrativa quanto ao poder de polícia é que a limitação formal e material dos direitos previstos na Convenção deve acontecer na forma do art. 30 do Pacto de São José e do art. 4º do Pacto Internacional dos

⁶⁴⁶ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La internacionalización... *Op. Cit.*, p. 44.

⁶⁴⁷ "O termo distinção se empregará para o admissível, em virtude de ser razoável, proporcional e objetivo. A discriminação será usada para se referir ao inadmissível, por violar os direitos humanos. Portanto, o termo discriminação será usado para se referir a qualquer exclusão, restrição ou privilégio que não seja objetivo e razoável, que redunde em detrimento dos direitos humanos". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 18/2003... *Op. Cit.*, §84).

⁶⁴⁸ "A restrição deve ser prevista em uma lei, não discriminatória, com base em critérios razoáveis, servir um propósito útil e oportuno que a torne necessário para satisfazer um interesse público imperativo, e ser proporcional a esse objetivo. Quando há várias opções para conseguir isso, deve ser escolhido que menos restringe o direito protegido e guarde maior proporcionalidade com o propósito que se persegue". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicarágua. Sentença de 23 jun. 2005. § 206).

⁶⁴⁹ FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária... *Op. Cit.*, p. 229.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, levando em conta sempre a jurisprudência da Corte IDH sobre os critérios para restrição de direitos. Admitida a vigência dos tratados de direitos humanos, o cidadão encontra-se mais bem municiado contra investidas arbitrárias da Administração no exercício do poder de polícia.

(i) Por fim, deriva dos tratados de direitos humanos o dever de privilegiar de forma absoluta a prevenção do conflito com a Administração, de forma a evitar ao máximo a judicialização das decisões administrativas. Os tratados internacionais de direitos humanos configuram um novo paradigma na função administrativa, o da *prevenção* dos conflitos, no qual a boa-fé administrativa desempenha um papel fundamental.⁶⁵⁰ Como afirma Pablo Gutiérrez Colantuono, do ângulo dos tratados "procura-se reforçar a tutela judicial através de um mandamento ao administrador para neutralização direta da violação de direitos".⁶⁵¹ Fala-se desta forma em tutela administrativa de caráter preventivo, em que a postura ativa e de boa-fé da Administração deve buscar evitar a submissão do caso ao Judiciário.

Se o agente público dispõe de condições de decidir a favor do cidadão mediante aplicação de normas que derogam regras ou orientações hierarquicamente inferiores, não deve temer fazê-lo nem jamais indicar ao cidadão que busque a tutela jurisdicional sob o argumento de que não há o que fazer administrativamente. A atuação administrativa de boa-fé como modo de conduta irrecusável do Poder Público e o reconhecimento por parte do agente público de que o cidadão possui o direito pleiteado torna desnecessário remeter o caso ao Judiciário, sendo um dever da Administração evitar a judicialização do conflito e resolver por si só a controvérsia em processo administrativo mediante de decisão motivada.

Haverá casos, porém, em que os agentes insistirão em negar o direito e o cidadão se verá desamparado da proteção administrativa que deveria ter privilegiado ao máximo a solução naquele âmbito. Nesses casos, ocorre uma mudança na concepção clássica da divisão de poderes em virtude da norma do art. 2 do Pacto de São José da Costa Rica, que obriga o Estado a adotar medidas de qualquer outra natureza necessárias para tornar efetivos direitos

⁶⁵⁰ Sobre a boa-fé administrativa e o princípio da proteção da confiança como desdobramento do princípio da segurança jurídica, cf. COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, a. 27, n. 57, p. 33-75, 2004; COUTO E SILVA, Altamiro do. Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 20, n. 84, p.46-63, out./dez. 1987; FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé e a supremacia do interesse público: fundamentos da estabilidade do ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Coord.). **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 307-346.

⁶⁵¹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública... Op. Cit.**, p. 263.

humanos. Quer dizer, se há conhecimento prévio de que algum pedido administrativo será negado, seja pelo histórico de indeferimentos, seja pela posição assumida expressamente pela Administração em normativa reiteradamente reconhecida como antijurídica, o cidadão está até mesmo desobrigado de postular primeiramente à autoridade pública.⁶⁵² Poderá, em nome da tutela judicial e administrativa efetiva dos direitos humanos, postular diretamente ao Poder Judiciário seu direito,⁶⁵³ como já decidiu o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 631.240-MG, de Relatoria do Min. Luis Roberto Barroso, julgado em 03 de setembro de 2014. Neste caso, decidiu-se pela desnecessidade de requerimento prévio de benefício previdenciário ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) quando a postura da Administração acerca de indeferimentos ilegais já é suficientemente conhecida. Naquele julgado, compatível com a orientação derivada dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que "A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado".⁶⁵⁴

A tutela administrativa efetiva ainda renova os clássicos institutos da presunção de legitimidade e executoriedade do ato administrativo, conferindo leitura tendente a evitar lesões irreparáveis antes da confirmação da validade do ato administrativo em sede administrativo ou judicial (o que se garante por meio de recursos com efeito suspensivo automático, e que será mais explorado no capítulo 6 sobre o regime do devido processo administrativo).⁶⁵⁵ De todo modo, sobre tutela administrativa efetiva já tratou de forma exaustiva Daniel Wunder Hachem em obra específica, pelo que neste ponto se remete integralmente a ela para maiores considerações a respeito do tema.⁶⁵⁶

⁶⁵² PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos... *Op. Cit.*, p. 193.

⁶⁵³ Juan M. González Moras interpreta como desdobramento do direito à tutela judicial efetiva – previsto no art. XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no art. 8 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos arts. 8 e 25 do Pacto de São José da Costa Rica – o direito do cidadão de acessar *diretamente* a via judicial quando é reiterado e notório o descumprimento de deveres ou indeferimentos de pleitos pela instância administrativa. Cita ainda o "Caso Bejarano Nicanor Nolberto e outros vs. Direccion General de Fabricaciones Militares", decidido pela Sala IV da Cámara Nacional do Contencioso Administrativo Federal Argentino, para exemplificar situação em que a Justiça Administrativa entendeu constituir formalismo desnecessário a solicitação prévia de correção da indenização trabalhista na via administrativa quando já existem diversos casos em andamento tratando da mesma temática e é por todos conhecida a resistência da Administração. (GONZÁLEZ MORAS, Juan M. Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo argentino. **Documentación Administrativa**, n. 267-268, set. 2003/abr. 2004. p. 70). Embora o Brasil não tenha um ramo do Poder Judiciário especializado em Direito Administrativo, nada impede a aplicação do mesmo entendimento para casos análogos de manifesta violação de direitos e resistência em corrigi-los na via administrativa.

⁶⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 631.240/MG. Relator Min. Luis Roberto Barroso. Julgamento em 03 set. 2014. Publicado em 10 nov. 2014.

⁶⁵⁵ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Tratados de derechos humanos... *Op. Cit.*, p. 73.

⁶⁵⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*

Os nove parâmetros indicados não esgotam os impactos gerais que os tratados de direitos humanos provocam na atividade administrativa, mas resumem de modo adequado os principais guias da atuação dos agentes públicos no dia-a-dia da Administração, responsáveis pela cada vez mais necessária compatibilização do Direito Administrativo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos na ordem global do século XXI.⁶⁵⁷

⁶⁵⁷ Salomoni acertadamente consigna que o processo mundial de transformação da soberania impõe "a construção de um Direito Público, fundamentalmente o Administrativo, que tende a estabelecer, a clarificar, a cartografar definitivamente, o novo rumo". (SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general...** *Op. Cit.*, p. 418-419).

Capítulo 5 – Institutos clássicos do Direito Administrativo revisitados pelos tratados internacionais de direitos humanos

No capítulo anterior buscou-se demonstrar que o principal sustentáculo do Direito Administrativo brasileiro é a ordem jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos fundada pelo consenso dos Estados no âmbito internacional. Essa radical alteração das bases do Direito Administrativo fundamenta a modificação do regime jurídico-administrativo, que se vê influenciado de agora em diante por normas previstas em convenções internacionais. Como visto, suas normas basilares são afetadas em graus leves ou intensos. Independentemente do grau do impacto, é inquestionável que mutações podem ser verificadas em favor do cidadão em relação com a Administração Pública.

Sem desconsiderar os passos trilhados no capítulo anterior, neste capítulo o objetivo é identificar de que modo os tratados internacionais de direitos humanos impactam direta ou indiretamente no regime jurídico de institutos classicamente estudados pelo Direito Administrativo, como (5.1) a licitação, os contratos administrativos e os serviços públicos, (5.2) os servidores públicos e a teoria das relações especiais de sujeição. Desse modo, abre-se espaço para no capítulo seguinte tratar especificamente das alterações provocadas no regime dos processos administrativos pelos tratados de direitos humanos.

5.1. Licitações, contratos administrativos e serviços públicos à luz dos tratados internacionais de direitos humanos

Parte da doutrina afirma a revelação do caráter autoritário do Direito Administrativo em alguns institutos, "tais como as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, considerável insindicabilidade dos aspectos discricionários dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, o regime estatutário dos servidores públicos, a noção do poder de polícia, entre outros, o que possibilita que ainda seja diagnosticadas necessidades de mudanças no direito administrativo, especialmente para adequá-lo às premissas do estado democrático de direito".⁶⁵⁸ Ainda que se possa discordar de algumas das premissas das quais se retiram essas conclusões, não se discorda que de fato muitos dos institutos mencionados parecem estagnados no tempo.

⁶⁵⁸ FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária... *Op. Cit.*, p. 215-216.

Revertendo esse quadro, a convencionalidade impacta transversalmente todos os ramos do Direito, do que não é exceção o Direito Administrativo. O art. 2 da Convenção Americana obriga o Estado a adotar disposições de Direito interno para adequar os ordenamentos ao previsto no tratado internacional, "desde o texto constitucional até a última disposição administrativa".⁶⁵⁹ Assim, as normas de tratados de direitos humanos incorporadas e a interpretação que lhes atribui a Corte IDH geram impactos na organização administrativa, atribuem novos direitos aos cidadãos e correlatos deveres ao Poder Público, alteram a compreensão das normas administrativas (ou mesmo as revogam), e, entre muitos outros reflexos, concedem ao cidadão e à sociedade civil organizada um papel de destaque na administração da coisa pública e na fiscalização.⁶⁶⁰

Parte dessas mudanças foram identificadas no capítulo anterior. Neste capítulo serão detalhados alguns impactos dos tratados sobre institutos clássicos do Direito Administrativo. Alguns deles, apesar de possuírem impacto direto no relacionamento da Administração com as pessoas jurídicas privadas, as quais não são titulares de direitos humanos,⁶⁶¹ não deixam de ter interesse para a fruição de patamares maiores de proteção dos direitos da pessoa humana. A Corte IDH reconhece que o exercício de direitos humanos por seres humanos acontece no mais das vezes por meio de pessoas jurídicas.⁶⁶² E não bastasse isso, os institutos analisados tem notável importância na fruição de direitos básicos de todas as pessoas humanas, pois é mediante licitação, do contrato administrativo e do serviço público que a população enxerga o desenvolvimento de grande parcela do agir estatal e é por meio dos seus servidores que a função administrativa acontece.

Sendo assim, o primeiro instituto a analisar é o da licitação pública, previsto no art. 37, XXI da Constituição.⁶⁶³ Com objetividade, Odete Medauar a define como "processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a

⁶⁵⁹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad... *Op. Cit.*, p. 330.

⁶⁶⁰ ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo... *Op. Cit.*

⁶⁶¹ CORTE INTERMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no Sistema Interamericana de Derechos Humanos (interpretación e alcance do art. 1.2, em relação com os arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, e 62.3 da Convenção Americana sobre Derechos Humanos, assim como o art. 8.1 A e B do Protocolo de São Salvador). Opinião Consultiva n. 22/16. Publicada em 26 fev. 2016.

⁶⁶² CORTE INTERMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Sentença de 22 jun. 2015. §§ 19-22.

⁶⁶³ (Constituição Federal) Art. 37 (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público".⁶⁶⁴ A licitação é instituto regulamentado em conjunto com o contrato administrativo pela Lei Federal n. 8.666/93, sem prejuízo de outras leis, como por exemplo a Lei n. 13.303/2016 (estatuto jurídico das estatais federais)⁶⁶⁵, a Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações) e Lei n. 10.520/2002 (pregão). Apesar das leis citadas, o sistema é orientado pela Lei n. 8.666/93. Mostra-se na teoria e na prática complexo, com regras detalhadas e extensas sobre os processos de escolha de contratação pública, que não raramente geram grandes incertezas e dúvidas nos servidores responsáveis pela sua condução e causam insegurança jurídica nos particulares participantes dos processos licitatórios e futuros contratados.

Não só isso, porque o sistema brasileiro de escolha e contratações públicas, a pretexto de regular minuciosamente a licitação, ainda dá espaço para fraudes ou tentativas de violação das regras, em prejuízo da finalidade última que seria a escolha do melhor parceiro. O grande número de órgãos de controle até o momento não parece ser o mecanismo adequado para a correção das falhas ínsitas ao sistema. Além disso, não raro confunde-se a melhor contratação com a escolha do menor preço, o que ignorando as regras de mercado termina por adicionar aos contratos custos maiores do que a média (ou termina por selecionar produtos e serviços de má qualidade para a Administração e, por conseguinte, para a população que utiliza dos serviços e obras públicas e é destinatária da atividade administrativa).

No tema das licitações e contratações públicas, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.687/2006,⁶⁶⁶ dispõe no art. 9.1 o dever dos Estados de adotar sistemas de contratação pública transparentes e eficazes: "Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico,

⁶⁶⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 203.

⁶⁶⁵ Para uma introdução às licitações nas empresas estatais a partir da Lei n. 13.303/2016, cf. MAZZAROPPI, Fabianne; GUSSOLI, Felipe Klein. Licitação e nova lei das estatais federais: caminhos para o desenvolvimento e sustentabilidade na Administração Pública Indireta. In: FURIATTI, Luiza de Araújo; SOUZA, Maria Augusta; BETTES, Janaína. (Org.). **O Direito entre o desenvolvimento e a sustentabilidade**. Curitiba: CRV, 2017. p. 91-106. Para uma análise do primeiro ano de vigência da nova legislação cf. PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Considerações sobre um ano de vigência do Sistema de Contratação na Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016). **Revista de Contratos Públicos - RCP**, Belo Horizonte, n. 11, mar./ago. 2017.

⁶⁶⁶ Os drásticos efeitos do desvio de recursos e ações públicas para fins privados na vida concreta dos seres humanos não é nem mesmo exclusividade brasileira, o que levou a Organização dos Estados Americanos, em 29 de março de 1996, a elaborar a Convenção Interamericana contra a Corrupção (Decreto n. 4.410/2002), e a Organização das Nações Unidas a promulgar, em 14 de dezembro de 2005, finalizar a citada a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção Decreto n. 5.687/2006). Ambas, sem dúvidas, são tratados de direitos humanos, porque resguardam ainda que indiretamente direitos fundamentais básicos dos cidadãos e não simplesmente as relações entre Estados. Sobre a primeira convenção internacional destinada a combater a corrupção, cf. RAMINA, Larissa. A Convenção Interamericana contra a corrupção: uma breve análise. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 6, n. 6, jul./dez. 2009; RAMINA, Larissa. Tratamento jurídico internacional da corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais da OCDE. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 39, 2003.

adotará as medidas necessárias para estabelecer sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões, que sejam eficazes, entre outras coisas, para prevenir a corrupção".⁶⁶⁷ Observa-se do texto que é uma preocupação latente dos países o combate às práticas de corrupção, com efeitos danosos para os direitos humanos. A regulamentação do sistema de escolha contratual da Administração tem um papel fundamental segundo o tratado.

O primeiro impacto relevante do tratado, conjugado com a interpretação *pro persona*, é desafiar toda disposição legal ou regulamentar brasileira que contribua para contratações ineficazes ou que propiciem práticas corruptas. Regras que o tempo já demonstrou serem óbices para a boa contratação pública, como por exemplo aquela da habilitação prévia a que se sujeitam os participantes (art. 27 da Lei n. 8.666/93), são inconventionais por afronta ao dever de eficácia do art. 9.1 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

A ineficácia absoluta de um procedimento determinado em lei deve ser motivada e demonstrada detalhadamente por quem deseja afastá-la, o que só será possível quando *não restringir a esfera jurídico-patrimonial de quaisquer dos participantes*, como explicado nas diretrizes de atuação da Administração em compatibilidade com os direitos humanos do capítulo anterior. Por isso, para afastar regras legais ou regulamentares ineficazes há um requisito temporal inafastável, qual seja: admite-se a derrogação de uma regra procedimental com base no argumento da ineficiência de sua aplicação quando ela for justificada no processo da fase interna da licitação e constar expressamente no edital publicado.

Outro impacto direto no Direito Administrativo decorrente da Convenção da ONU contra a Corrupção, um tratado de direitos humanos, está no ponto em que prevê no art. 9.1 "b" a obrigatoriedade de "mecanismo eficaz de exame interno, incluindo um sistema eficaz de apelação, para garantir recursos e soluções legais no caso de não se respeitarem as regras ou os procedimentos estabelecidos". Ou seja, não basta a previsão formal de recursos administrativos cuja decisão sabidamente se repetirá perante o mesmo órgão decisório, porque o tratado internacional é claro no sentido de que o sistema recursal nos processos licitatórios

⁶⁶⁷ A relevância da transparência no âmbito da contratação pública como medida a evitar a corrupção é ressaltada por BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Controle da transparência na contratação pública no Brasil - o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da Administração Pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller; AYMERICH CANO, Carlos. (Coord.). **La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España**. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 77-101.

deve ser *eficaz*, sob pena de inconvenção.⁶⁶⁸ Ser eficaz pressupõe a capacidade para atingir a finalidade recursal, que é a reforma da decisão quando o primeiro ato praticado for ilícito.

A regra determinante de um sistema recursal nos processos licitatórios eficaz pressupõe no mínimo (i) prazos razoáveis para formulação das razões recursais;⁶⁶⁹ (ii) acesso completo e facilidade aos documentos do processo licitatório e todos os outros documentos que embasaram a decisão, como extensão de termos iniciais de prazo para a data de efetivo acesso aos expedientes; (iii) ampliação da legitimidade recursal para todo sujeito que se afirme interessado no resultado da licitação; (iv) motivação detalhada das razões de acolhimento ou indeferimento do recurso, pois a todos os interessados deverão ser disponibilizadas as justificativas da decisão, material com o qual poderão insurgir-se nas instâncias adequadas se assim desejarem.

O sistema recursal desejado pela normativa internacional se presume eficaz quando é sério, e não meramente uma formalidade exposta na legislação para dar um falso cumprimento às determinações convencionais. Caso o recurso administrativo não se mostre o meio eficaz de combate a decisões ilícitas ou práticas fraudulentas, seja por repetir sistematicamente a posição administrativa já reiteradamente afastada pelos tribunais, ou seja por descumprir algum dos critérios de eficácia acima expostos, a prática será contrária à Convenção e deverá ser anulada de ofício pela Administração no exercício do controle de convenção, ou pelo Judiciário quando provocado.

Frise-se que um sistema recursal adequado no processo administrativo de licitação⁶⁷⁰ é impossível sem que a regra do art. 9.1. "e" da Convenção da ONU Contra a Corrupção seja cumprida. A norma obriga "regulamentar as questões relativas ao pessoal encarregado da contratação pública",⁶⁷¹ o que demanda "procedimentos de pré-seleção e

⁶⁶⁸ O regime jurídico do devido processo administrativo adiante trabalhado é composto do direito a um recurso eficaz. Para mais detalhes, cf. capítulo 6.

⁶⁶⁹ Assim, e esta é uma hipótese que não deixa de ser corriqueira no dia a dia da Administração Pública, prazo de 5 (cinco) dias corridos, com termo inicial ou final em datas festivas ou feriados (ou próximos delas) não se compatibilizam a regra convencional da eficácia.

⁶⁷⁰ O regime convencional do processo administrativo será trabalhado em detalhes no capítulo seguinte, valendo parte das considerações lá expostas para o processo de licitação, sem prejuízo das normas decorrentes de convenções como a internalizada pelo Decreto n. 5.687/2006.

⁶⁷¹ No Brasil, a Lei n. 12.846/2013 regulamentou punição a servidores públicos que praticam atos ilícitos em processos licitatórios: "Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de

requisitos de capacitação". Não se admite mais que servidores sem o devido conhecimento das regras de licitação atuem em processos, fator que contribui não só para deslegitimação da ação estatal, mas igualmente para a ineficácia do processo de escolha.

Sem esgotar o tema, é possível ainda identificar outros tratados internacionais que cotejados com dispositivos de regras brasileiras sobre licitações indicam inconveniências. Para citar dois exemplos, e em resgate do que foi dito no capítulo anterior sobre a extensão do princípio da publicidade segundo a interpretação do art. 13 da Convenção Americana,⁶⁷² tem-se que ao menos dois dispositivos da Lei n. 13.303/2016 e Lei n. 12.462/2011 afrontam a regra de acesso amplo à informação convencional. Seus artigos 34 e 6º,⁶⁷³ respectivamente, determinam que para o preço estimado do contrato a ser licitado haverá sigilo até o final do processo de escolha. Presume-se que a ocultação dos preços máximos do contrato provocaria ofertas mais baixas por parte dos licitantes.

Ora, regras que estabelecem sigilo dos valores que a Administração pretende praticar em suas contratações são inconvenientes por estabelecerem uma condição de sigilo cuja finalidade nem mesmo é identificada na prática. Ao contrário do que se afirma, omitir os preços definidos após prospecção não garante que os licitantes não farão propostas abaixo do preço de mercado (ao menos não é o que se espera que façam), preço que, aliás, deve ser aquele encontrado pela Administração na fase interna da licitação. O sigilo nesses casos afronta o direito de amplo acesso à informação pública sem uma justificativa racional. De outro lado, abrir os preços ao público garante conhecimento geral dos valores que a

vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública". Para uma análise da lei, editada para atender compromissos internacionais assumidos em tratados internacionais pelo Brasil, bem como dos mecanismos que ela traz para combater a corrupção, cf. GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

⁶⁷² "Esse direito abrange o de difundir e expandir tais informações a quem quer que seja. Em contrapartida, importa também no direito que todas pessoas têm de *receber* informações de qualquer natureza ou de *procurar* por elas". (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção...** *Op. Cit.*, p. 177-178).

⁶⁷³ (Lei n. 12.462/2011) Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

(Lei n. 13.303/2016) Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificativa na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

Administração atingiu para a contratação em suas pesquisas da fase interna e permite impugnações sobre a correção dos valores atingidos, o que os licitantes têm no mais das vezes melhores condições de conhecer do que o Poder Público, pois detêm maior conhecimento de seus mercados.

Nota-se, assim, que há intersecções entre a legislação sobre licitações e as convenções de direitos humanos, campo fértil de estudos e que não se esgota nas breves considerações lançadas. O bom funcionamento da Administração, a manutenção de seus bens e um adequado sistema de delegações de atividades depende de regras licitatórias eficazes que traduzam a assinatura de contratos administrativos com potencial de atendimento ótimo aos interesses públicos, finalidade da qual todos os cidadãos hão de se beneficiar.

Ao lado das reflexões sobre os impactos de tratados internacionais de direitos humanos nas licitações está a análise das mudanças pelas quais passa o regime dos contratos administrativos diante do Direito Administrativo em relação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O art. 2º, parágrafo único da Lei n. 8.666/93 considera "contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada". A definição legal é análoga àquela proposta por José dos Santos Carvalho Filho, segundo quem contrato administrativo é "*o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público*".⁶⁷⁴

Marçal Justen Filho segue orientação diversa, e define o contrato administrativo em sentido amplo como "*acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa*".⁶⁷⁵ Esta última definição é mais apropriada, pois permite aplicar o regime contratual administrativo também aos delegatários da Administração nas concessões, permissões e autorizações. Embora a definição seja adequada, é preciso lembrar, como faz o próprio autor citado, que no Brasil há inúmeros tipos de contratos administrativos, de modo que uma definição abrangente nunca conseguiria identificar os detalhes de cada um.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual...** *Op. Cit.* p. 181.

⁶⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 452.

⁶⁷⁶ A classificação de contratos em módulos contratuais auxilia o entendimento das nuances de cada tipo. Odete Medauar distingue os módulos: "a) *contratos administrativos clássicos*, regidos pelo direito público, como o contrato de obras, o de compras, as concessões; b) *contratos regidos parcialmente pelo direito privado*, também

A vastidão dos tipos contratuais não impede que comumente parcela da doutrina⁶⁷⁷ e jurisprudência⁶⁷⁸ associem para qualquer um deles uma característica fundamental, qual seja, a presença de cláusulas exorbitantes. Ditas cláusulas qualificam as prerrogativas do Poder Público ou de quem lhe faça as vezes no contrato administrativo, o que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello se traduz nos poderes: "a) de modificá-lo, unilateralmente, para melhor adequações às finalidades de interesse público, mas com variações de quantitativos e preços cifrados aos disposto na lei;⁶⁷⁹ b) extingui-lo, unilateralmente, nos casos especificados em lei;⁶⁸⁰ c) fiscalizar-lhe a execução; e d) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste⁶⁸¹".⁶⁸² Todos esses poderes estão positivados nos incisos do art. 58 da Lei n. 8.666/93, que acrescenta ainda a prerrogativa

denominados contratos semipúblicos, como a locação, em que o poder público é o locatário; c) *figuras contratuais recentes*, regidas precipuamente pelo direito público, como os convênios, contratos de gestão, consórcios públicos". (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo... Op. Cit.**, p. 246). O mesmo faz Fernando Dias Menezes de Almeida ao detalhar a classificação dos contratos em módulos contratuais em sua tese de livre-docência. Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

⁶⁷⁷ Marcus Vinícius Corrêa Bittencourt distingue o contrato administrativo de outros contratos pela presença das cláusulas exorbitantes: "O contrato administrativo, contudo, estará regido pelo direito público, uma vez que se submete ao regime jurídico administrativo, com suas prerrogativas e restrições. Neste caso, as prerrogativas sob a forma de cláusulas exorbitantes constituem a grande distinção existente entre contratos administrativos e contratos de direito privado firmado pela Administração Pública". (BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 121). Alexandre Mazza aponta, entre as características do contrato administrativo, a desigualdade entre as partes e a presença de cláusula exorbitantes: "(...) no contrato administrativo, as partes envolvidas não estão em posição de igualdade. Isso porque o interesse público defendido pela Administração é juridicamente mais relevante do que o interesse privado do contratado. Por isso, ao contrário da horizontalidade vigente nos contratos privados, os contratos administrativos caracterizam-se pela verticalidade, pois a Administração Pública ocupa uma posição de superioridade diante do particular, revelada pela presença de cláusulas exorbitantes que conferem poderes especiais à Administração contratante". (MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 447 - versão eletrônica).

⁶⁷⁸ O Superior Tribunal de Justiça caracteriza em qualquer contrato da Administração prerrogativas correspondentes às cláusula exorbitantes. Cita de modo exemplificado o seguinte julgado: "No presente caso, o objeto do contrato não consiste em prestação de serviço público, tampouco traduz diretamente uma utilidade pública fruível pelos administrados. O traço de verticalidade e a posição do ente público como detentor do *ius imperium* se fazem menos presentes nesse tipo de contrato de Direito Privado da Administração, embora lhe seja natural a incidência de algumas normas derogadoras do direito comum, que se manifestam pelas denominadas cláusulas exorbitantes". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 32.263-RJ. Relator Min. Herman Benjamin. Julgamento em 20 nov. 2012. Publicado em 18 dez. 2012).

⁶⁷⁹ A alteração unilateral do contrato pode ser qualitativa ou quantitativa. Segundo o art. 63 da Lei n. 8.666/93, pode ser: (i) unilateral pela Administração (quando assim exige o interesse público superveniente ao ajuste); ou (ii) por consenso.

⁶⁸⁰ A rescisão unilateral do contrato ocorre por anulação (um dever da Administração) e revogação (no contrato do concessão há também encampação). Assim como na revogação, a encampação diz respeito à lógica de conveniência e oportunidade. Ocorre quando algum fato superveniente assim o justifica, com base no interesse público. O art. 49 da Lei n. 8.666/93 indica que haverá indenização.

⁶⁸¹ A aplicação das sanções ocorre da mais grave para a menos grave: (a) declaração de inidoneidade; (b) suspensão do direito de licitar; (c) multa/execução da garantia; (d) advertência. É possível aplicar cumulativamente as sanções. A medida para aplicação das sanções é pelo regime, visto que não há tipicidade para aplicação dessas sanções. Para sanções mais graves, é necessário dolo ou má-fé do agente (interpretação que decorre da leitura dos artigos 87, IV e 88 da Lei n. 8.666/93).

⁶⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso... Op. Cit.**, p. 631.

administrativa de "nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelamento apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo". E além das prerrogativas do art. 58, a Lei n. 8.666/93 define no art. 78, XV para os contratos administrativos uma restrição à cláusula da exceção do contrato não cumprido. Nesses contratos, é lícito que o contratado permaneça até 90 dias sem receber pela prestação do serviço, sem direito de invocar a exceção do contrato não cumprido e obrigado a prestar o serviço/continuar a obra ou fornecimento.⁶⁸³

A lógica por trás disso estaria na superioridade da Administração justificada na relevância coletiva de seus interesses contratuais. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho após discorrer sobre a relação de igualdade entre partes em contratos privados, afirma que o "mesmo não se passa com os contratos administrativos, e isso é explicável pelo fato de que eles visam a alcançar um fim útil para a coletividade, e, além disso, deles participa a própria Administração. É lógico, então, que no conflito entre os interesses do particular contratado e do Estado contratante tenham que prevalecer os pertencentes a este último".⁶⁸⁴

Essa noção, muito replicada, não é compatível com os tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil. Em segundo lugar, mesmo que se concorde que "todas as avenças firmadas pela Administração Pública prostam-se submissas ao regime jurídico administrativo em maior ou menor intensidade",⁶⁸⁵ para atingir o interesse público não é *essencial* que o contrato administrativo seja caracterizado por um regime de prerrogativas. Essa não é uma nota caracterizadora do contrato ou algo que o desfigure como integrante da espécie "administrativo". Antes de tudo, o contrato administrativo é acordo de vontades que deve privilegiar o pactuado entre particular e Administração,⁶⁸⁶ única noção compatível com a

⁶⁸³ (Lei n. 8.666/93) Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

⁶⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 188 - versão eletrônica.

⁶⁸⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo... Op. Cit.**, p. 184.

⁶⁸⁶ Fernando Dias Menezes de Almeida formula como ninguém a explicação teórica do que aqui se busca dizer: "Com efeito, do ponto de vista estrutural, reduzindo-se o contrato à sua essência substancial, àquilo que permite identificá-lo e distingui-lo das outras coisas, tem-se a existência do acordo de vontades entre partes diversas com o objetivo de criar uma situação jurídica individual. (...) Por outro lado, da perspectiva funcional, a essência substancial do contrato reside em ser técnica de pacificação social, por meio do respeito à palavra consensualmente dada, garantindo-se a confiança dela decorrente. Outra função que se queira apontar, no caso, p. ex., ao contrato administrativo, como a de supostamente garantir o interesse público mediante instrumentos de ação unilateral, consistindo em prerrogativas de uma das partes, não está presente somente nos contratos - e, aliás, imposições unilaterais, em princípio, parecem estranhas aos mecanismos contratuais". (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato... Op. Cit.**, p. 82-83).

lógica dos tratados de direitos humanos. Isso porque dita lógica desconstrói a figura do Estado como ente supremo com prerrogativas de sujeição absolutas em face de particulares para dar-lhe aspecto de instituição criada em função de atendimento dos interesses sociais. O Estado existe para os cidadãos, e não o contrário. Tal conclusão apoiada no paradigma convencional dos direitos humanos reforça a ideia de que nem mesmo os acordos que o Estado firma por meio de sua Administração devem ter como elemento essencial *prerrogativas*.

A partir do momento em que os tratados de direitos humanos tornam-se fonte privilegiada do Direito Administrativo, eles inequivocamente renovam o entendimento a respeito das prerrogativas conferidas ao Poder Público para sua atuação.⁶⁸⁷ Assim, o paradigma vivenciado pelo Direito Administrativo renovado pelos tratados de direitos humanos é também *consensual*. Vivian Lima López Valle, ao tratar das prerrogativas da Administração Pública nos contratos administrativos, ressalta o redimensionamento daquelas e alteração do paradigma autoritário da disciplina jurídica em estudo. O regime jurídico-administrativo pauta-se atualmente pelo "consensualismo e negociação, com uma dialética entre Estado-Sociedade cada vez mais aberta à realização de acordos e de disposição de interesses".⁶⁸⁸ Qualquer posicionamento doutrinário, legal ou jurisprudencial defensor de uma supremacia autoritária da Administração Pública (e não do interesse público) em matéria de contratação pública destoa dos princípios informadores dos tratados internacionais de direitos humanos assumidos pelo Brasil.

A incompatibilidade teórica evidenciada é sentida na pele pelos milhares de particulares que firmam contratos com a Administração e se deparam com inadimplemento ou resistências por parte do Estado contratante. Ora, quando se percebe que a aplicação da teoria falha na principal função do contrato, que é garantir o cumprimento da palavra empenhada,⁶⁸⁹ é porque algo de errado há com a teoria.⁶⁹⁰

⁶⁸⁷ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. El derecho administrativo argentino... *Op. Cit.*, p. 145.

⁶⁸⁸ VALLE, Vivian Lima López. Autoridade e consenso nos contratos administrativos: um reposicionamento do regime jurídico contratual brasileiro à luz da doutrina europeia dos contratos administrativos. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Eficiência e ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015. p. 319.

⁶⁸⁹ Romeu Felipe Bacellar Filho, na defesa do contrato como categoria pertencente ao Direito, e não particularmente ao Direito Público ou Privado, afirma que "os Princípios *Lex Inter Partem* e *Pacta Sunt Servanda* fazem com que o contrato seja Lei entre as partes, e que estas, devidamente ajustadas, observem o que foi pactuado". (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. **Revista do Advogado**, São Paulo, a. 29, n. 107, p. 155-167, dez. 2009. p. 157).

⁶⁹⁰ "Pela perspectiva funcional, a teoria do contrato administrativo, bem como seu reflexo no Direito positivo – é o caso do Brasil – são potencialmente desestabilizadoras da finalidade do contrato como instrumento de pacificação social decorrente do respeito à confiança derivada do consenso das partes. Com efeito, a *desconfiança* é inerente à ideia de que a Administração tenha, por força de lei e independentemente do prévio consentimento das partes, prerrogativas de ação unilateral que operem em sentido contrário do respeito ao que

Enquanto fórmula para garantir a melhor prestação do *serviço público*, a previsão legal de cláusulas exorbitantes preserva seu sentido, eis que voltadas ao atendimento ótimo do ser humano naquelas situações da vida cuja necessidade de provimento estatal de bens e serviços é inescusável. Porém, em outros âmbitos de contratação, as prerrogativas administrativas de rescisão, alteração unilateral e suspensão temporária de pagamento não parecem mais, *necessariamente e em todo caso*, pertinentes. Empiricamente se observa, na verdade, que elas desestimulam as contratações e/ou as encarecem em patamares superiores ao do preço de mercado.⁶⁹¹ Basta imaginar situação hipotética em que seja natural que o particular contratado inclua nos seus custos os riscos de uma provável suspensão de pagamentos por 90 dias no mínimo por parte da Administração contratante.⁶⁹² Obviamente que indiretamente isso prejudica os cidadãos, principais interessados na manutenção do patrimônio público e continuidade da boa atividade administrativa. Em suma, a teoria do contrato administrativo que destaca as "cláusulas exorbitantes" como essência da espécie não se sustenta mais no Estado Constitucional e Convencional de Direito.⁶⁹³

Nem mesmo adianta afirmar que as cláusulas exorbitantes podem ser mantidas sob o argumento de que sempre a garantia de ser indenizado estará reservada ao particular.⁶⁹⁴ Essa explicação não é válida quando se conta com um sistema de precatórios falido como o que opera na maior parte dos entes federados brasileiros. Diante desse quadro fático e

consensualmente foi estabelecido numa relação contratual". (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato...** *Op. Cit.*, p. 323-324).

⁶⁹¹ Sobre o aumento dos custos de transação provocados pelas cláusulas exorbitantes em contratos administrativos, bem como sobre uma proposta de utilização das prerrogativas contratuais de modo *discricionário*, a depender de juízo de oportunidade e conveniência da Administração para utilizá-las, cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes... *Op. Cit.*, p. 571-592.

⁶⁹² A comprovação cabal do afirmado carece de estudos empíricos, para os quais não há espaço neste trabalho.

⁶⁹³ É de se destacar entrevista concedida por Marçal Justen Filho ao site Consultor Jurídico, na qual utiliza interessante analogia para expor os defeitos do regime contratual administrativo: "Esse é o problema a ser enfrentado. E enfrentar esse problema significa o Estado assumir democraticamente a respeitabilidade dos direitos e interesses dos particulares com quem contrata. Dou um exemplo simples: imagine você chegar numa loja de eletrodomésticos e dizer "quero levar aquele televisor, mande entregar na minha casa. Pagarei 30 dias depois, se eu quiser. Pode ser que eu prefira não pagar". Quem venderia um televisor a você nessa situação? Ninguém. Se alguém vendesse, cobraria um preço muito mais elevado. No Brasil, a Administração Pública é titular de competências extraordinárias, inúteis e desnecessárias na maior parte dos casos. As contratações serão necessariamente mais onerosas. O problema não é a licitação, mas as regras de Direito Contratual". (JUSTEN FILHO, Marçal. Entrevista concedida a Renata Teodoro. 3 ago. 2014. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-03/entrevista-marcal-justen-especialista-direito-administrativo>>. Acesso em: 05 out. 2017).

⁶⁹⁴ Nesse sentido se posiciona Alice Gonzales Borges. Contrária à extinção das cláusulas exorbitantes em nome da proteção do interesse público, a autora manifesta o seguinte em favor de prerrogativas nos contratos administrativos em geral: "Vimos que, em nosso ordenamento, sobretudo a partir da Constituição de 1988, tais cláusulas vêm sofrendo limites e abrandamentos, de tal modo que as imposições ditas imperativas e autoritárias são compensadas com a previsão legal da preservação do equilíbrio econômico-financeiro entre os encargos dos contratados e a sua adequada remuneração, bem como por meio de cláusulas de adequada proteção aos direitos dos administrados". (BORGES, Alice Gonzales. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. **Revista do Advogado**, São Paulo, a. 29, n. 107, p. 16-24, dez. 2009. p. 23).

jurídico, as regras legais que preveem prerrogativas contratuais à Administração em *todo e qualquer* contrato administrativo são regras contrárias à lógica convencional *pro persona*, porquanto em última análise invertem sua razão de ser e são contrárias ao interesse público e ao melhor interesse do ser humano para quem o Estado existe.

A segurança jurídica é um direito dos seres humanos em relação. O contrato administrativo permeado de cláusulas exorbitantes em situações jurídicas que não as justificam atenta contra a segurança das relações jurídicas e coloca os agentes privados em constante estado de alerta, o que é prejudicial aos cidadãos na ponta da cadeia da ação administrativa. Definitivamente, em matéria de contratos administrativos os tratados de direitos humanos devem ser invocados não especificamente em suas regras, mas em sua lógica em privilégio do ser humano. Todas as leis que estabelecem prerrogativas administrativas em contratos públicos *sem considerar as especificidades de cada relação contratual administrativa* precisam ser revistas.⁶⁹⁵ É dizer, leis que determinam prerrogativas contratuais para a Administração em *qualquer contrato e de forma geral* são incompatíveis com o Estado Convencional de Direito.⁶⁹⁶ Qualquer relação assimétrica entre Estado e o cidadão (e aqui também se considera os cidadãos unidos em contrato social para empreender atividade econômica)⁶⁹⁷ não justificada de forma expressamente motivada no melhor interesse da sociedade é anticonvencional por afronta ao princípio da isonomia. Lembre-se que, como afirmam Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveria Mazzuoli em comentários ao art. 24 do

⁶⁹⁵ Fernando Dias Menezes de Almeida dá exemplos de contratos de Direito Privado, como o mandato, comodato, transporte e empreitada para, assim como quando exemplifica a resolução por onerosidade excessiva prevista no art. 478 do Código Civil, afirmar que nada há de particular nos contratos administrativos no que toca a algumas prerrogativas garantidas a alguma uma parte contratual. Afirma o autor em caráter conclusivo: "Em suma, o que se quer sustentar é que, seja em face de interesses públicos, seja em face de interesses privados, um regime contratual que preveja determinados poderes de ação unilateral a uma das partes, levando ao que se pode chamar de mutabilidade contratual, deve decorrer das circunstâncias que concretamente envolvem o *objeto* da prestação, mas não, *a priori* e em abstrato, da natureza pública ou privada dos interesses em questão". (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato...** *Op. Cit.*, p. 335).

⁶⁹⁶ O que não significa que a legislação não possa prever prerrogativas para certos contratos que sirvam como instrumento da ação pública, o que em todo caso deverá ser exercitado de forma motivada pelo administrador de acordo com o *objeto* contratual em questão. O que caracteriza um contrato como *administrativo* não é, então, o fato de ter inerente a ele cláusulas exorbitantes, mas sim sofrer incidência do regime jurídico-administrativo que pode no interesse público autoexecutar algumas cláusulas (tal como se admite em alguns contratos privados, como por exemplo na revogação de mandato, por exemplo). Fernando Dias Menezes de Almeida arremata: "Desse modo, nem todo contrato administrativo comportaria tais prerrogativas, mas somente os contratos que tivessem por objeto algo que, por sua natureza (...) independentemente de execução via contrato, exigisse permanente possibilidade, a ser dado pelo Direito positivo, de modificação por parte da Administração, com o objetivo de se atender ao interesse público. E ainda: os que comportassem, pudessem fazê-lo em diversos graus. (...) Desta opção de associar as prerrogativas da Administração ao objeto, e não ao contrato - ou seja, a qualquer contrato em que a Administração tome parte-, decorre a inadequação de que se dê um mesmo tratamento, em termos de uma lei geral, a todos os contratos que tenham a Administração como parte". (*Idem*, p. 384-385).

⁶⁹⁷ Como afirma Juan M. González Moras, os tratados de direitos humanos provocam uma alteração no relacionamento das normas jurídicas nacionais e internacionais, de modo que prevalecerá a norma mais protetiva para a pessoa, *inclusive para as pessoas jurídicas quando for o caso*. (GONZÁLEZ MORAS, Juan M. *La internacionalización...* *Op. Cit.*, p. 17).

Pacto de São José da Costa Rica, "discriminações *injustificadas e não razoáveis* às pessoas são violadoras da Convenção Americana e merecem a reprimenda da Justiça internacional".⁶⁹⁸ Isto é, regras legais abstratas de prerrogativas injustificadas para todo e qualquer contrato administrativo afrontam ainda o princípio da igualdade previsto em diversos tratados internacionais de que o Brasil é parte.

Somente quando um regime de prerrogativas for funcionalmente adequado ao interesse público (o que não se pode averiguar abstratamente, mas sim segundo os diversos objetos dos contratos administrativos) é que se justifica a existência de um regime privilegiado da Administração no contrato – o que de resto já é ínsito à ideia de regime jurídico-administrativo e autorizado pelo art. 30 do Pacto de São José da Costa Rica.⁶⁹⁹ Exemplifica-se do seguinte modo: enquanto, por exemplo, é desejável que em contratos administrativos de concessão de serviço público a lei preveja o direito de alterar unilateralmente o objeto do contrato ou rescindi-lo, haja vista a mutabilidade ínsita às condições materiais de prestação da atividade de serviço público, nos contratos de compra e venda de mercadorias não se justifica finalisticamente a possibilidade de alteração unilateral do objeto contratual ou rescisão. Neste segundo caso, a única justificativa para facultar a alteração unilateral é o despreparo da Administração na fase pré-contratual em quantificar de modo ótimo o que é necessário adquirir.⁷⁰⁰

O exemplo trata de política legislativa, mas pode ser analisado a partir da perspectiva dos tratados de direitos humanos para concluir que legislação que preveja abstratamente a cláusula de alteração ou rescisão unilateral em contratos de compra e venda de mercadoria pela Administração seria anticonvencional por violação ao princípio da igualdade e não discriminação (art. 24 da Convenção Americana). A partir de qualquer ângulo, as "cláusulas exorbitantes não podem ser entendidas como privilégios da Administração Pública dentro de um Estado Democrático de Direito".⁷⁰¹

Nada impede, por certo, que a Administração *convencione* com o particular esses direitos no contrato. Porém, a previsão em abstrato deles em lei para qualquer contrato

⁶⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção...** *Op. Cit.*, p. 214.

⁶⁹⁹ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Artigo 30. Alcance das restrições - 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.

⁷⁰⁰ "Grande parte das dificuldades e dos problemas enfrentados pela Administração Pública ao longo da licitação e durante a execução do contrato pode ser evitada por meio da atuação cuidadosa e diligente nessa etapa interna. Todas as atividades preliminares destinam-se a evitar surpresas, desperdício de tempo e de recursos públicos e início de projetos inviáveis". (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 479)

⁷⁰¹ VALLE, Vivian Lima López. *Autoridade e consenso...* *Op. Cit.*, p. 323.

constitui uma prerrogativa legal anti-isonômica que, além de contrária aos tratados de direitos humanos, dá azo à percepção de uma Administração Pública *superior* aos particulares em suas relações contratuais. Essa perspectiva anacrônica descumpra os parâmetros de atuação convencional da Administração. Assim, é anticonvencional afirmar que nos contratos administrativos em caso de "conflito entre os interesses do particular contratado e do Estado contratante tenham que prevalecer os pertencentes a este último".⁷⁰² Afinal, se o princípio *pro persona* previsto em inúmeros tratados de direitos humanos afirma o dever da Administração de "aplicar a norma mais benéfica ao particular, inclusive aquela que seja mais prejudicial à Administração",⁷⁰³ é contrário ao princípio afirmar em abstrato que conflitos contratuais devem ser *sempre* decididos em favor do Poder Público. Os conflitos devem ser decididos conforme as regras jurídicas aplicáveis, em favor de quem tem direito no caso concreto. Se a solução jurídica implicar prejuízo para a Fazenda Pública, que descumpriu ilegalmente seus deveres contratuais, nada de anticonvencional haverá nisso, que inclusive estará conforme à regra convencional que protege o direito de propriedade no art. 21.2 da Convenção Americana.⁷⁰⁴

Essa alteração da perspectiva em que se encontra posicionado o contrato administrativo insere-se na onda recente de contratualização das atividades administrativas, iniciada com a Lei de Concessões (Lei n. 8.987/1995), e que encontra na Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/2004) a mais fiel representação de como por meio dos contratos opta-se pela prestação de serviços públicos e efetivação dos direitos humanos.⁷⁰⁵

Aproveitando a conexão do assunto com a temática dos contratos administrativos, passa-se, então, às considerações sobre a relação entre Direito Administrativo e tratados de direitos humanos em matéria de *serviço público*.⁷⁰⁶ Tema de grande polêmica em qualquer época, a breve análise empreendida neste trabalho é do conceito de serviço público em sentido

⁷⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 188 - versão eletrônica.

⁷⁰³ FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo... *Op. Cit.*, p. 382.

⁷⁰⁴ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Artigo 21. Direito à propriedade privada. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

⁷⁰⁵ Para uma visão geral da atuação administrativa mediante contratos, cf. HUNGARO, Luis Alberto. As transformações da gestão pública e o governo por contratos: a contratualização das políticas públicas. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 3, n. 2, p. 367-383, 2016.

⁷⁰⁶ Normas internacionais de direitos humanos influenciam nos serviços públicos como "técnica de coesão e igualação social devida pelos Estados nacionais". São exemplos adiante trabalhados: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, no art. XXXVI; a Convenção Americana, nos arts. 1.1., 2 e 24; e o Protocolo de San Salvador, no art. 11.1. (GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La internacionalización... *Op. Cit.*, p. 42).

estrito,⁷⁰⁷ ou ainda serviços públicos econômicos, espécie do gênero *atividade econômica*.⁷⁰⁸ Diversas são as definições do conceito,⁷⁰⁹ servindo para o que aqui se busca aquela que os coloca entre atividade de prestação de bens e/ou serviços à coletividade pelo Estado ou quem lhe faça as vezes, que sejam definidas como essenciais à satisfação de necessidades da coletividade e que por esse motivo não podem ficar à mercê exclusivamente do mercado para serem produzidos/prestados. Posto isso, entre as diversas abordagens possíveis, interessa a do serviço público como técnica de garantia de efetivação dos direitos humanos. E mais especificamente, no que tange ao Direito Administrativo, como instituto jurídico em que "se descreve a prestação de uma atividade que atente a satisfação de necessidades públicas".⁷¹⁰

A prestação de serviços públicos pelo Estado ou delegatários, de importância presumida para a efetivação do desenvolvimento nacional,⁷¹¹ tem base constitucional no art.

⁷⁰⁷ O conceito amplo de serviço público, correspondente àquele da Lei n. 13.460/2017 (Lei de Defesa dos Direitos dos Usuários do Serviço Público), não é o que se busca detalhar nas linhas que se seguem. Sem excluir a utilidade do conceito para os fins a que a lei se destina, não é dele que se parte para as considerações desse trabalho sobre o tema. Para registrar, o conceito previsto no art. 2º, inciso II é o seguinte: "serviço público - atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública".

⁷⁰⁸ Cf. nesse sentido GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 100-101.

⁷⁰⁹ Muito replicada é a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem serviço público "é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, 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 (...), instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo". O conceito restrito de Bandeira de Mello traça dois elementos caracterizadores: (i) o material, ou seja, a própria atividade prestadora de utilidade ou comodidade; e (ii) o formal, ou seja, o regime de Direito Público em que prestado. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 702). A definição não exclui outras com particularidades próprias. A noção que Eros Roberto Grau delinea é: "Serviço público (...) é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) - ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima)". (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...** *Op. Cit.*, p. 132). Alexandre Santos de Aragão parte da Constituição em direção a um conceito operacional de serviço público, que para ele seriam as "atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade". (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n.17, fev./abr. 2009. p. 31). Por sua vez, Marçal Justen Filho traceja noção inovadora de serviço público, como "uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público". (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 723).

⁷¹⁰ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El régimen del servicio público en los ordenamientos públicos globales. In: ACUÑA, Edgardo Tobías *et al.* **Estudios de Derecho Público**. Buenos Aires: Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013. p. 831.

⁷¹¹ É interessante apontar aqui as lições de Emerson Gabardo, para quem o Estado e a iniciativa privada compartilham funções em prol do desenvolvimento, o que exclui a noção muito replicada de princípio da subsidiariedade. Nas palavras do autor: "A ordem econômica encontrada na Constituição de 1988 não consagrou a subsidiariedade como princípio (...). O processo de desenvolvimento previsto é de caráter centralizado e

175.⁷¹² A previsão constitucional dos serviços públicos cotejada com o art. 6º da Lei n. 8.987/95 constitui o direito fundamental ao serviço público adequado, cujos contornos foram delineados por Adriana da Costa Ricardo Schier no regime jurídico integrador da universalidade da prestação, modicidade das tarifas e continuidade do serviço.⁷¹³

É de grande importância atentar que para além de um fundamento constitucional, o instituto do serviço público tem base supraconstitucional. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos consta no art. XXI.2 que "Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país". Na Declaração Americana de Direitos Humanos, o art. 36 define: "Toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela Lei para a manutenção dos serviços públicos". Existe, destarte, um dever do Estado de prestar serviços públicos segundo normas internacionais de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Mesmo para quem reluta em reconhecer a força normativa das declarações internacionais ou não as considera *jus cogens*, cumpre frisar que no SIDH o Protocolo de São Salvador, vigente no Brasil com força normativa inquestionável, prevê no art. 11.1: "Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos". O sentido dessas normas sobre serviços públicos em convenções internacionais de direitos humanos, segundo Juan Martín González Moras, é consolidar no plano internacional o instituto "como uma técnica de coesão e igualação social"⁷¹⁴ devida pelos Estados nacionais, que, por sua parte, implica, correlativamente, o dever de organizar sua prestação, bem como, eventualmente, contribuir para sua manutenção".⁷¹⁵ Em outras palavras, o serviço público, antes de ser instituto jurídico de Direito Administrativo interno, é "uma técnica de garantia dos direitos humanos"⁷¹⁶ com origem em normativa internacional.

estabelece competências próprias para o Estado e para cada um dos entes, além de regulamentação específica que é direcionada à iniciativa privada". (GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 246-247).

⁷¹² (Constituição Federal) Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos.

⁷¹³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.

⁷¹⁴ O que de resto é compatível com os arts. 1 e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no que diz respeito ao princípio da igualdade e não discriminação. O serviço público é dever do Estado, "uma das ações positivas que o mesmo se encontra obrigado a desenvolver para garantir a efetividade dos direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e, correlativamente, pelos ordenamentos constitucionais nacionais". (GONZÁLEZ MORAS, Juan M. González. El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, n. 361, Ediciones RAP, p. 395-425, abr. 2009. p. 425).

⁷¹⁵ *Idem*, p. 412.

⁷¹⁶ Segundo Salomoni, essa técnica se desdobra em: (a) "técnica de igualação do disfrute dos bens materiais e culturais produzidos por uma sociedade e para todos os indivíduos que a compõem"; (b) "técnica de igualdade de tratamento jurídico e político"; (c) técnica de integração social". (SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general...** *Op. Cit.*, p. 326-327).

Mais de um documento internacional vinculante para o Brasil identifica o dever de prestação de serviços públicos. Entre eles pode-se citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 25.1);⁷¹⁷ a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (art. 14.2);⁷¹⁸ a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art. 5)⁷¹⁹ e a Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 24). No âmbito regional latino-americano, cita-se a promulgação do Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços do Mercosul pelo Decreto n. 6.480 de 11 de junho de 2008. O Protocolo regula aspectos de prestação de uma série de serviço no Mercosul, entre eles o serviço público de transporte e de telecomunicações, de elementar importância para direitos fundamentais humanos.

A análise da normativa exemplificada remete a uma necessidade de aproximar também o Direito Administrativo regional do Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁷²⁰ Em conjunto, essas normas internacionais sobre serviços públicos desconstituem qualquer tentativa de erradicação legal ou constitucional do instituto nos ordenamentos que as incorporaram.⁷²¹ Essas previsões em tratados fazem do serviço público um direito humano

⁷¹⁷ (Declaração Universal dos Direitos Humanos) Art. 25.1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

⁷¹⁸ (Decreto n. 4.377/2002) Art. 14.2. Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: b) ter acesso a serviços médicos adequados, inclusive informação, aconselhamento e serviços em matéria de planejamento familiar; d) obter todos os tipos de educação e de formação, acadêmica e não-acadêmica, inclusive os relacionados à alfabetização funcional, bem como, entre outros, os benefícios de todos os serviços comunitários e de extensão, a fim de aumentar sua capacidade técnica; h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações.

⁷¹⁹ (Decreto n. 65.810/1969) Art. 5. De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, Os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada uma à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: e) direitos econômicos, sociais culturais, principalmente: iv) direito à saúde pública, a tratamento médico, à previdência social e aos serviços sociais; v) direito a educação e à formação profissional; f) direito de acesso a todos os lugares e serviços destinados ao uso do público, tais como, meios de transporte, hotéis, restaurantes, cafés, espetáculos e parques.

⁷²⁰ Nas precisas palavras de Enrique Rojas Franco, as "relações entre os povos se estreitaram em virtude da facilidade de comunicação e de transporte principalmente, o que deu lugar a que regulamentem, por meio de tratados internacionais, muitas delas de caráter administrativo". (FRANCO, Enrique Rojas. Los tratados internacionales como fuente de derecho. In: **Fuentes del derecho administrativo**: tratados internacionales, contratos, como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo. MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana *et alli* (Coord.). Buenos Aires: RAP, 2010. p. 298).

⁷²¹ "(...) o serviço público foi delineado, no marco dos ordenamentos internacionais de direitos humanos, como uma técnica de coesão e igualação social devida pelos Estados nacionais que, por sua parte, implica, correlativamente, no dever de organizar sua prestação e, quando apropriado, contribuir para sua sustentação". (GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El régimen del servicio público en los ordenamientos públicos globales. In: ACUÑA, Edgardo Tobías *et al.* **Estudios de Derecho Público**. Buenos Aires: Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013. p. 852).

social, não sujeito à prestação discricionária dos Estados,⁷²² opinião esta manifestada no voto concorrente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade na Opinião Consultiva n. 18/2003 da Corte IDH. No voto concorrente, o então membro da Corte IDH foi assertivo sobre o dever do Estado de prestar serviços públicos, criticando a entrega da totalidade das atividades ao mercado.⁷²³

A previsão do direito ao serviço público em declarações e tratados internacionais retira do Direito Administrativo interno de cada país a base de existência do instituto e descarta tentativas de excluí-lo como *direito* inerente aos sistemas jurídicos nacionais que se sujeitam à normativa internacional.⁷²⁴ Uma vez reconhecido como um direito convencional, a exigibilidade da prestação é imediata, passível de reclamo ao Poder Judiciário em caso de inércia ou má prestação pela Administração e de responsabilização internacional em caso de falha sistêmica no cumprimento da obrigação internacional de prestar serviços públicos.⁷²⁵ Inclusive, o princípio da não discriminação do art. 24 do Pacto de São José da Costa Rica tal como interpretado pela Corte IDH obriga os Estados a fiscalizar e punir terceiros sob sua delegação que mantenham ou favoreçam situações de desigualdade.⁷²⁶ Nesses casos de contratos de concessão, ao contrário dos contratos administrativos de outra espécie, a "cláusula exorbitante" de fiscalização contratual prevista no art. 58 da Lei n. 8.666/93 é plenamente legítima e de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos.⁷²⁷

Em matéria de serviços públicos, o que os tratados de direitos humanos provocam é deslocar a noção da instituição como uma potestade estatal para uma ideia de serviço público que tem como razão de ser a satisfação das necessidades dos usuários.⁷²⁸ O Direito Internacional dos Direitos Humanos define a razão de ser de toda a teorização do serviço público, qual seja, propiciar ao cidadão o melhor dos mundos naquilo que a sociedade compreende como elementar para uma vida digna. Como há tempos já se refere Celso

⁷²² GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El concepto de servicio público... *Op. Cit.*, p. 417-418.

⁷²³ Ao tratar sobre a situação dos migrantes sem documentos no mundo globalizado, o Juiz Cançado Trindade faz constar no seu voto: "Como circunstâncias agravantes, o Estado abdica de sua inescapável função social, e entrega irresponsavelmente ao mercado os serviços públicos essenciais (educação e saúde, entre outros), transformando-os em mercadorias às quais o acesso torna-se cada vez mais difícil para a maioria dos indivíduos. Estes últimos passam a ser vistos como meros agentes de produção econômica, em meio à triste mercantilização das relações humanas". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 18/2003. Condição jurídica e direitos dos migrantes sem documentos. Publicada em 17 set. 2003. Voto concorrente do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade. § 17).

⁷²⁴ SALOMONI, Jorge Luis. Impactos de los tratados... *Op. Cit.*, p. 29.

⁷²⁵ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El régimen del servicio público... *Op. Cit.*, p. 853.

⁷²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 18/2003... *Op. Cit.*, § 104.

⁷²⁷ A rigor, fiscalizar o cumprimento de um contrato não é prerrogativa da Administração unicamente, mas direito de qualquer contratante em contratos de qualquer natureza.

⁷²⁸ SALOMONI, Jorge Luis. Impactos de los tratados... *Op. Cit.*, p. 28.

Antônio Bandeira de Mello, no serviço público "a figura estelar não é seu titular nem o prestador dele, mas o usuário".⁷²⁹ A influência dos direitos humanos em matéria de serviço público corresponde a olhar o exercício dessa atividade "não desde a ótica das prerrogativas da Administração ou desde o poder do Estado, senão desde a perspectiva dos direitos dos usuários".⁷³⁰

Como afirmado anteriormente, o serviço público está ligado ao tema dos contratos administrativos, pois não raro o Estado delega sua prestação aos particulares, como expressamente permitido pela regra do art. 175 da Constituição. Nesse aspecto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos focaliza o instituto na relação entre Estado e/ou delegatários e usuários.⁷³¹ Nessa relação triangular, o "concessionário e o permissionário, no desempenho da tarefa pública lhes confiada, substituem o Poder Público, são o Poder Público em ação. Auffer o bônus, mas enfrenta o ônus do encargo".⁷³²

No Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* – primeira condenação internacional do Brasil no SIDH pela morte de Damião Ximenes Lopes internado em casa de tratamento psiquiátrico privada conveniada ao Sistema Único de Saúde – a Corte IDH enfrentou diretamente o tema dos serviços públicos, ocasião em que designou a responsabilidade do Estado por ato de entidades privadas que prestam serviços de titularidade estatal. O dever de garantir os direitos humanos e adequar todas as estruturas estatais à efetivação dos dispositivos convencionais, previsto no art. 2 do Pacto de São José, obriga segundo a Corte IDH, a fiscalização pelo Estado e regulamentação adequada dos serviços públicos.⁷³³ Igualmente, no Caso *Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, a Corte IDH decidiu a respeito da aplicabilidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ao serviço público de telecomunicações a cargo do Estado, deixando claro que direitos como o de liberdade de pensamento e expressão (art. 13 do Pacto de São José) são regentes da atividade de serviço

⁷²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso... Op. Cit.*, p. 705.

⁷³⁰ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Derechos de los usuarios de los servicios de interés económico general desde la perspectiva de los derechos humanos. *A&C - Revista de Direitos Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 10, n. 42, p. 27-44, out./dez. 2010. p. 30.

⁷³¹ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El régimen del servicio público... *Op. Cit.*, p. 864.

⁷³² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Considerações críticas sobre as licitações e contratos administrativos. *A&C - Revista de Direitos Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 3, n. 14, p. 77-85, out./dez. 2003. p. 80.

⁷³³ "A prestação de serviços públicos implica a proteção de bens públicos, que é uma das finalidades dos Estados. Embora os Estados possam delegar sua prestação, por meio da chamada terceirização, mantêm a titularidade da obrigação de prestar esses serviços públicos e proteger o bem público respectivo. A delegação à iniciativa privada para prestar esses serviços exige como elemento fundamental a responsabilidade dos Estados em fiscalizar a sua execução, para garantir uma proteção efetiva dos direitos humanos das pessoas sob sua jurisdição e para que os serviços públicos sejam prestados em favor da coletividade sem qualquer tipo de discriminação, e da forma mais eficaz possível". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 4 jul. 2006. §96).

público e que o indeferimento de prorrogação de contratos de concessão não pode se dar de modo arbitrário e desmotivado.⁷³⁴

Nas concessões de serviços públicos existe uma relação jurídico-administrativa entre o Estado concedente, o concessionário, o ente regulador (se for o caso) e o usuário.⁷³⁵ Os principais impactos dos tratados de direitos humanos identificam-se em favor do usuário cidadão nessa relação jurídica complexa e multipolar. A lógica dos direitos humanos assume que em eventual conflito entre direitos dos prestadores dos serviços públicos e os usuários, prevalecerá a norma ou solução que atenda melhor ao interesse desses últimos.⁷³⁶ Da óptica da prestação dos serviços públicos como direito humano, a anulação administrativa ou judicial de um contrato de permissão ou concessão por ser desvantajoso aos usuários é plenamente possível, preservado o direito de indenização aos concessionários e permissionários (por respeito ao direito do art. 21.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Do mesmo modo, pode-se cogitar que a renovação compulsória dos contratos de concessão ou permissão em algumas situações também seja a solução mais compatível com a proteção máxima do usuário, e assim a mais compatível com o regime convencional.

Nestes casos, novamente, há decisões administrativas legítimas, porque finalisticamente justificadas e proporcionais, de rescisão unilateral do contrato administrativo ou de prorrogação compulsória em favor do contratado por interesse público com fundamento em tratados de direitos humanos.

As conclusões daí extraíveis permitiriam também resgatar a "teoria do melhor direito" em relação ao usuário, anteriormente explicada. Partindo do pressuposto de que os cidadãos dos países integrantes de comunidades supranacionais teriam direito a trato igualitário,⁷³⁷ a utilização dos serviços públicos deveria ser propiciada a todos os seres humanos componentes dessas comunidades de forma indistinta. A tese em comunhão com o princípio *pro persona* geraria o direito à incidência das normas que socorrem melhor os usuários de serviços públicos aplicáveis em qualquer país signatário da Convenção Americana. Do mesmo modo que "as regulações do Direito Internacional do comércio e da integração tendem a regular – fundamentalmente – as relações entre o Estado e o mercado, é dizer, a forma de prestação dos serviços, o Direito Internacional dos Direitos Humanos regula

⁷³⁴ CORTE INTERMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Granier... *Op. Cit.*

⁷³⁵ SALOMONI, Jorge Luis. **Teoría general...** *Op. Cit.*, p. 377.

⁷³⁶ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El concepto de servicio público... *Op. Cit.*, p. 425; GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El régimen del servicio público... *Op. Cit.*, p. 864.

⁷³⁷ SOTELLO DE ANDREAU, Mirta Gladis. El nuevo paradigma del Estado... *Op. Cit.*, p. 84.

particularmente a relação entre aqueles e os usuários ou destinatários do serviço".⁷³⁸ Não se deixa de perceber, resalte-se, que há problemas insuperáveis em invocar a "teoria do melhor direito" entre diferentes nações, uma vez que ela anularia, no limite, todo espaço de deliberação democrática reservado às populações de cada país em matéria de serviços públicos. O serviço público, por essência, é *definido, regulado e trabalhado* de formas legitimamente distintas em cada local e tempo históricos, razões que devem ser consideradas em relação à "teoria do melhor direito".

No que toca ao risco do contrato, na prestação do serviço público que afete positivamente os lucros do concessionário, a readequação do equilíbrio econômico-financeiro privilegiará nessa complexa relação jurídico-administrativa o *usuário*. O equilíbrio econômico-financeiro é intangível em caso de variações positivas ou negativas das condições contratuais. Marçal Justen Filho leciona que "Se os eventos extraordinários ampliam os benefícios e as vantagens do contratado, a Administração deverá rever as condições e reduzir seus próprios encargos, para impor a manutenção da situação original".⁷³⁹ O impacto dos tratados de direitos humanos nesse caso deve obrigatoriamente beneficiar o usuário de serviços públicos delegados.

Quer dizer que nos casos de geração de lucros ou benefícios acima do convencionado e fixado na equação econômico-financeira em decorrência de eventos imprevisíveis, o sobreproduto da equação deverá se voltar à melhoria do serviço e redução de tarifas, e não ao aumento do benefício do concessionário ou redução pura e simples do repasse da Administração. O desequilíbrio positivo ao contratado não significará meramente a redução ou aumento dos encargos do Poder Público, mas obrigatoriamente deve se reverter em favor de algum benefício concreto para o usuário do serviço.

Quando cabível, por exemplo, é um dever do Estado e do concessionário baixar a tarifa quando há ganhos não esperados na equação econômico-financeira inicial.⁷⁴⁰ Quando a tarifa já for suficientemente módica, outros benefícios a definir no caso concreto deverão ser revertidos aos usuários. Como afirma Jorge Salomoni, "o benefício não previsto do concessionário que não é redistribuído entre os usuários, altera o direito à proteção dos interesses econômicos deste grupo. E isso é assim, porque o usuário se transformou no sujeito

⁷³⁸ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El concepto de servicio público... *Op. Cit.*, p. 425.

⁷³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 122–131, dez. 2009. p. 124.

⁷⁴⁰ No início do século XXI, Jorge Salomoni já sugeria alterações no regime dos contratos administrativos desde uma perspectiva dos direitos humanos: "Como ficou demonstrado o risco para o concessionário de obras e serviços públicos se ampliou pelo afluxo da introdução constitucional dos direitos fundamentais dos usuários. Isso pode significar o início de uma necessária revisão da instituição contrato administrativo, fundamentalmente, do de concessão". (SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general...** *Op. Cit.*, p. 392).

essencial para a conformação da equação econômico-financeira do contrato. *O Estado e o concessionário ao serem sujeitos dessa equação, são por sua vez, devedores do usuário*".⁷⁴¹

Se o usuário ganha destaque, inclusive em licitações para concessão de serviços públicos deverão ser privilegiadas aquelas propostas que atendam seus direitos de modo mais abrangente. Qualquer comodidade ao usuário ou acréscimo de direitos (benefícios à segurança, saúde, etc.) que o interessado oferecer *a mais* em relação aos concorrentes na licitação contará positivamente para a delegação do serviço, o que deve ser regra obrigatória nos editais de concorrência. Esse deve ser um dos critérios de destaque para a concessão ou permissão, mesmo que a oferta implique preço final absoluto maior a ser pago pela Administração. Não há risco de violação ao princípio da economicidade, fiscalizado pelos Tribunais de Contas, pois privilegiar a decisão da autoridade administrativa nestes casos (sempre devidamente motivada) é dar cumprimento ao princípio democrático que legitima a opção administrativa do sujeito eleito para *decidir*.

Até que chegue o momento histórico em que o mercado possa oferecer todos os serviços que a sociedade reputa essenciais, com garantia de acesso universal aos cidadãos (se é que esse momento chegará), a prestação de serviços públicos pelo Estado definida como direito humano supraconstitucional será exigível.⁷⁴² É por isso que, além do fundamento normativo que determina que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, eles ainda são necessários no Brasil. Há atividades essenciais que se a iniciativa privada não quiser ou não puder prestar (por incapacidade ou porque não pode prestar de forma adequada e igualitária) devem ser obrigatoriamente empreendidas pelo Estado, dada a importância que as caracteriza para o desenvolvimento nacional e concretização de direitos fundamentais.

Tenha-se presente que a pertinência da manutenção do instituto dos serviços públicos no século XXI não exclui a relevância de novas atividades econômicas exercidas segundo uma forma inovadora, na lógica da economia compartilhada.⁷⁴³ Sem entrar em

⁷⁴¹ *Idem*, p. 393.

⁷⁴² A explicação da relação entre "bem público" e "serviço público" que faz a Corte IDH no Caso Ximene Lopes vs. Brasil na forma como traduzida por Juan M. González Moras serve bem à compreensão do exposto. A explicação passa pela economia política, em que o conceito de bens públicos corresponde aqueles sem rivalidade no consumo (todos consomem na mesma quantidade) e sem exclusão de usuários. Não se pode quanto aos serviços públicos atribuir essas características de modo total, senão colocá-los como "bens públicos impuros", porque em relação a eles o Estado pode atribuir as características de não rivalidade e não exclusão em diferentes graus, segundo as decisões políticas de cada Estado. (GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El concepto de servicio público... *Op. Cit.*, p. 423).

⁷⁴³ A literatura sobre economia compartilhada é vasta e renova-se à velocidade da internet dia após dia. Para uma introdução e estudo sob o enfoque do Direito Administrativo, cf. SILVEIRA, Lisilene Mello da; PETRINI, Maira; SANTOS, Ana Clarissa Matte Zanardo dos. Economia compartilhada e consumo colaborativo: o que estamos pesquisando? **REG- Revista de Gestão**, São Paulo, v. 23, n. 4, p. 298-305, 2016; RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**. São Paulo: M.Books, 2016; ESTEVES, Luiz Alberto. Uber: o mercado de

detalhes neste ponto, é importante frisar que as discussões em torno de plataformas de compartilhamento de atividades que acabam refletindo no modo de prestação dos serviços públicos não podem mais ser confundidas com o serviço público em si. Não é correto relacionar o regime jurídico do serviço público a essas plataformas inovadoras, sem precedentes. Tentar enquadrar fatos sem igual na história em categorias moldadas para outros contextos é problemático e deslegitima o Direito.⁷⁴⁴ Mais que isso, a utilização de classificações moldadas para regulamentar outros cenários, caso este dos serviços públicos, tem em si o potencial nefasto de desestimular as inovações e erradicá-las, o que só poderia interessar a monopolistas desinteressados nas melhorias que a sociedade pode usufruir no presente e no futuro.

Assim, é relevante identificar aqui uma cisão entre o regime dos serviços públicos impactado pelos tratados de direitos humanos e o *regime jurídico das atividades de economia compartilhada*. Este último regime, em construção, deve partir de pressupostos diferentes do regime de serviço público, provavelmente deixando de lado a forte regulamentação que aquele sofre por ser uma atividade de titularidade estatal. O regime jurídico das atividades de economia compartilhada, em regra atividades econômicas em sentido estrito, deverá ser definido por setores.⁷⁴⁵ A regulamentação, seja qual for, deverá levar em conta que os novos tempos exigem que os particulares assumam atividades ligadas ao interesse público, do que faz parte o interesse privado sofrer cada vez mais interferência estatal para resguardo dos direitos.⁷⁴⁶

O ponto de equilíbrio entre liberdade e intervenção nessas atividades que, frise-se, não se confundem com serviço público, é assunto que carece de construção e desenvolvimento, campo fértil para os estudiosos do Direito Administrativo,⁷⁴⁷ mas que não

transporte individual de passageiros - regulação, externalidades e equilíbrio urbano. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 325-361, set./dez. 2015; ANDRIGHI, Fátima Nancy. Uber: a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 271, p. 409-416, jan./abr. 2016; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta**. Documentos de trabalho n. 003/2015. Brasília, dez. 2015.

⁷⁴⁴ Salomoni explica: "É impossível pensar que qualquer ordenamento jurídico, sobretudo em suas normas de Direito Público, possa descontextualizar-se de uma teoria do Estado, e por sua vez, de sua plasmação constitucional e dos pressupostos fáticos que encapsula. Os juristas que, não obstante sustentem ideologias que compreendam todos esses planos, não os explicitam ou os ocultam, escudados na suposta apoliticidade da ciência jurídica, são coadjuvantes, na minha opinião, da deslegitimação do Direito". (SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general...** *Op. Cit.*, p. 26).

⁷⁴⁵ Embora haja aspectos gerais da regulamentação dos serviços de economia compartilhada, não é pertinente uma regulamentação idêntica entre serviços de transporte (Uber, Cabify, etc) e de hotéis (Airbnb, por exemplo).

⁷⁴⁶ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 268.

⁷⁴⁷ Cf. RIBEIRO, Leonardo Coelho. O que UBER, AIRBNB e outros negócios da economia compartilhada ensinam ao direito administrativo. **Direito do Estado**, a. 2016, n. 207, 07 jul. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/XsZiSn>>. Acesso em: 06 out. 2017.

será objeto deste estudo em função do espaço exigido para o desenvolvimento de sua peculiar complexidade.

5.2. Regime jurídico dos servidores públicos à luz dos tratados internacionais de direitos humanos e inconvenção da teoria das relações especiais de sujeição

Servidores públicos são espécie de agente público,⁷⁴⁸ este último uma "*pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado*".⁷⁴⁹ Ou seja, agente público em sentido amplo é o "conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado".⁷⁵⁰ Neste trabalho cujo escopo é a identificação de impactos de convenções sobre direitos humanos no Direito Administrativo, a expressão *servidores públicos* abará os contratados por interesse excepcional (vinculados por contrato definido no art. 37 da Constituição),⁷⁵¹ os estatutários civis e detentores de cargos em comissão (vinculados à Administração Pública por livre nomeação em cargos criados por lei e regidos por leis especiais editadas pelos entes tomadores do trabalho), bem como os empregados públicos (vinculados à Administração pública por vínculo de contratual emprego regido pela Consolidação das Leis do Trabalho). Note-se que a Convenção n. 151 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) designa no art. 2, para fins de proteção, todos os servidores como "trabalhadores da Administração Pública" para os fins daquele tratado internacional, integrado no ordenamento brasileiro pelo Decreto n. 7.944/2013.⁷⁵²

⁷⁴⁸ Agentes público, segundo Regis Fernandes de Oliveira é gênero do qual são espécies: (i) os agentes políticos ocupantes dos poderes de Estado, os integrantes da alta administração e do Ministério Público; (ii) os servidores estatutários, celetistas e temporários; (iii) os particulares em colaboração com o Poder Público; (iv) os militares e (v) os empregados públicos de autarquias e fundações de direito público e empregados governamentais de estatais, fundações privadas e agências reguladoras (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 28-34). Outras classificações disputam espaço com a de Regis Fernandes de Oliveira, como por exemplo a de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta e Luciano de Araújo Ferraz, para os quais agente público são divididos em: (i) agentes políticos - e aqui reconhecem a tendência de incluir na categoria magistrados, membros de Tribunais de Contas e do Ministério Público -; (b) servidores públicos, entre os quais estariam os estatutários, os temporários e os próprios empregados públicos; (c) militares; e (d) os particulares em colaboração com o Poder Público (notários, empregados de concessionários de serviço público, leiloeiros, intérpretes, jurados, mesários, integrantes de comissões e grupos de trabalho, gestores de negócios em situações de urgência e calamidade, etc). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. **Servidores públicos na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-10).

⁷⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 879.

⁷⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual...** *Op. Cit.* p. 620.

⁷⁵¹ (Constituição Federal) Art. 37 (...) IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

⁷⁵² Sobre a vigência da Convenção n. 151 da OIT e sobre o direito à negociação coletiva mais adiante defendido, cf. SILVA, Clarissa Sampaio; GOMES Ana Virginia Moreira (Org.). **A Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública**: desafios na realidade brasileira. São Paulo: LTr, 2017.

Os impactos mais relevantes no regime jurídico dos servidores estão no campo do regime sancionatório administrativo, para o qual se dará destaque no capítulo seguinte, no qual se evidenciará os aspectos fundamentais do processo administrativo disciplinar e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Não obstante isso, no regime jurídico dos servidores públicos outros tratados internacionais ganham destaque, como por exemplo a Convenção Interamericana contra a Corrupção, (Decreto n. 4.410/2002), que impõe aos agentes públicos obrigações jurídicas de probidade no desempenho da função pública. A Convenção, entre outras diretrizes, dá base para as medidas internas de combate ao enriquecimento ilícito de servidores, obrigando no art. 9 que os Estados adotem "as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente". O mesmo tratado dá sustentação ao dever de cooperação entre os Estados para combate à corrupção, permitindo às Administrações Públicas de cada país, na forma prevista na legislação, o compartilhamento de informações com vistas ao desfalque da corrupção.⁷⁵³

O ordenamento jurídico interno leva a sério as preocupações internacionais com a defesa dos direitos humanos, pelo que se faz importante lembrar nesse aspecto que a Lei n. 12.986/2014, que instituiu o Conselho Nacional de Direitos Humanos,⁷⁵⁴ prevê inclusive a possibilidade de atuação do Conselho em caso de constatação de violação a direitos humanos no exercício da atividade administrativa, entre elas a recomendação de afastamento de agentes públicos de seus cargos (art. 6º, III).⁷⁵⁵ Logo, infrações de direitos humanos por parte de

⁷⁵³ (Convenção Interamericana de Combate à Corrupção) Art. XIV. 1. Os Estados Partes prestarão a mais ampla assistência recíproca, em conformidade com suas leis e com os tratados aplicáveis, dando curso às solicitações emanadas de suas autoridades que, de acordo com seu direito interno, tenham faculdades para investigar ou processar atos de corrupção definidos nesta Convenção, com vistas à obtenção de provas e à realização de outros atos necessários para facilitar os processos e as diligências ligadas à investigação ou processo penal por atos de corrupção. 2. Além disso, os Estados Partes prestarão igualmente a mais ampla cooperação técnica recíproca sobre as formas e métodos mais efetivos para prevenir, detectar, investigar e punir os atos de corrupção. Com esta finalidade, facilitarão o intercâmbio de experiências por meio de acordos e reuniões entre os órgãos e instituições competentes e dispensarão atenção especial às formas e métodos de participação civil na luta contra a corrupção.

⁷⁵⁴ O Conselho Nacional de Direitos Humanos foi instituído por lei para promoção e defesa dos direitos humanos previstos na Constituição Federal e tratados internacionais em vigor do Brasil, independentemente de provocação dos interessados.

⁷⁵⁵ (Lei n. 12.986/2014) Art. 6º Constituem sanções a serem aplicadas pelo CNDH: I - advertência; II - censura pública; III - recomendação de afastamento de cargo, função ou emprego na administração pública direta, indireta ou fundacional da União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios do responsável por conduta ou situações contrárias aos direitos humanos; IV - recomendação de que não sejam concedidos verbas, auxílios ou subvenções a entidades comprovadamente responsáveis por condutas ou situações contrárias aos direitos humanos. § 1º As sanções previstas neste artigo serão aplicadas isolada ou cumulativamente, sendo correspondentes e proporcionais às ações ou omissões ofensivas à atuação do CNDH ou às lesões de direitos humanos, consumadas ou tentadas, imputáveis a pessoas físicas ou jurídicas e a antes públicos ou privados. § 2º

servidores públicos, inclusive o desvio dos parâmetros de atuação da Administração Pública do capítulo 4, poderá gerar o afastamento cautelar do cargo por recomendação do Conselho Nacional de Direitos Humanos, para apuração de responsabilidade funcional, sempre respeitado o direito de defesa do sujeito afetado.

Os servidores públicos, como se vê, estão sujeitos a deveres e restrições justificados pela relevância das funções que exercem. A importância da função que desempenham obriga os Estados a selecioná-los segundo sistemas rigorosos de seleção e contratação (art. III.5 da Convenção Interamericana contra a Corrupção).⁷⁵⁶ Aos servidores, a Corte IDH reconheceu no Caso *Tristán Donoso vs. Panamá* que "a proteção da honra das pessoas envolvidas em assuntos de interesse público 'deve ser feita de acordo com os princípios do pluralismo democrático' e com uma margem de aceitação e tolerância às críticas muito maior que a dos particulares".⁷⁵⁷

É o que parcela da doutrina denominou teoria da proteção débil do homem público. A teoria recepcionada pela Corte IDH afirma que "o ocupante de cargo público, devido ao seu mister, deve estar propenso a eventuais críticas a seus posicionamentos e posturas profissionais, críticas que visam, exatamente, o aperfeiçoamento do exercício do cargo público e legitimam o processo democrático de governabilidade".⁷⁵⁸ Os servidores públicos ingressantes na Administração de acordo com esquemas rígidos de seleção, portanto, estão propensos a um nível mais elevado de críticas pertinentes às suas funções se comparados aos particulares, o que fez inclusive com que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, orientada pelo Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*,⁷⁵⁹ decidisse declarar a invalidade do tipo penal de desacato, previsto no art. 331 do Código Penal, por afronta ao art.

As sanções de competência do CNDH têm caráter autônomo, devendo ser aplicadas independentemente de outras sanções de natureza penal, financeira, política, administrativa ou civil previstas em lei.

⁷⁵⁶ (Decreto n. 4.410/2002) Art. III. Medidas preventivas. Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer: 5. Sistemas de recrutamento de funcionários públicos e de aquisição de bens e serviços por parte do Estado de forma a assegurar sua transparência, equidade e eficiência.

⁷⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Publicada em 27 jan. 2009. § 90.

⁷⁵⁸ PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional...** *Op. Cit.*, p. 385.

⁷⁵⁹ "A Corte valoriza a reforma do Código Penal estabelecida mediante a publicação da Lei n. 20.048 de 31 de agosto de 2005, que revogou e modificou algumas regras que se referiam ao crime de desacato. No que diz respeito ao ordenamento interno que continua regulando dito delito (*supra*, parágrafos 92 e 93), o Estado deve adotar, em um prazo razoável, todas as medidas necessárias para derrogar e modificar quaisquer normas internas que sejam incompatíveis com os parâmetros internacionais em matéria de liberdade de pensamento e expressão, de maneira tal que se permita que as pessoas possam exercer o controle democrático das instituições estatais e seus funcionários, através da livre expressão de suas idéias e opiniões sobre as gestões que realizam, sem temor de repressão posterior". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. Sentença de 22 nov. 2005. § 254).

13 do Pacto de São José da Costa Rica (Recurso Especial n. 1.640.084-SP).⁷⁶⁰ Obviamente que os servidores públicos, apesar de não mais estarem escudados por tipos penais que desestimulam a liberdade de expressão dos cidadãos, continuam protegidos (tal como a generalidade das pessoas) por tipos penais protetivos da honra pessoal (calúnia, difamação e injúria) previstos nos artigos 138 a 140 do Código Penal.

A contraface desses e outros deveres é um sistema eficiente de garantias ao trabalho do servidor público. Os tratados de direitos humanos dispõem sobre direitos dos servidores públicos a políticas remuneratórias de agentes públicos que evitem práticas corruptivas. A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.687/2006, garante no art. 7.1. "c" o fomento de "uma remuneração adequada e escalas de soldo equitativas, tendo em conta o nível de desenvolvimento econômico do Estado Parte", bem como a capacitação dos servidores como forma de reduzir desvios de conduta. Ressalte-se que a política remuneratória não evita só a corrupção dos agentes públicos. Indiretamente, a fixação de vencimentos justos aos servidores contribui para a promoção dos direitos humanos dos cidadãos beneficiários da atividade administrativa, colocada em prática por agentes que trabalharão estimulados por salários bem pagos e por reconhecimento. Na linha do que já expôs Romeu Felipe Bacellar Filho, se "o servidor, cujo papel se reconhece relevantíssimo, representa o Estado, é curial dispensar-lhe tratamento condigno que possa assegurar-lhe, minimamente, a necessária tranquilidade no desempenho de seus elevados misteres".⁷⁶¹

A garantia de condições dignas de trabalho pelo servidor público pressupõe a previsão de direitos que possam operar como mecanismos de pressão dos trabalhadores sobre os órgãos superiores da Administração Pública. O Protocolo de São Salvador prevê no art. 8, "b" o direito de greve aos servidores públicos. O mesmo dispositivo permite restrições ao direito de certas categorias: "Os membros das forças armadas e da polícia, bem como de outros serviços públicos essenciais, estarão sujeitos às limitações e restrições impostas pela lei".⁷⁶² De modo análogo, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no art. 8º, "d" permite apenas restrições legais ao "exercício desses direitos pelos

⁷⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.640.084-SP. Quinta Turma. Relator Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em 15 dez. 2016. Publicado em 01 jan. 2017.

⁷⁶¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões...** *Op. Cit.*, p. 131.

⁷⁶² (Protocolo de São Salvador) Art. 8. Direitos Sindicais. 1. Os Estados Partes garantirão: b. O direito de greve. 2. O exercício dos direitos enunciados acima só pode estar sujeito às limitações e restrições previstas pela lei que sejam próprias a uma sociedade democrática e necessárias para salvaguardar a ordem pública e proteger a saúde ou a moral pública, e os direitos ou liberdades dos demais. Os membros das forças armadas e da polícia, bem como de outros serviços públicos essenciais, estarão sujeitos às limitações e restrições impostas pela lei.

membros das forças armadas, da política ou da administração pública".⁷⁶³ Essas duas regras trazem interessantes reflexões, com base em dois motivos.

O primeiro motivo é a incompatibilidade do art. 142, IV da Constituição,⁷⁶⁴ que veda a greve pelos militares, com o art. 8.2 do Protocolo de São Salvador e do art. 8º, "d" do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. É que ao passo que a Constituição veda de modo *absoluto* a greve por militares, o Protocolo de São Salvador e Pacto Internacional da ONU admitem a greve como um direito, mesmo que possibilitando aos Estado "limitações e restrições" por lei. Concordar que a expressão "limitações e restrições" abarcam a erradicação total do direito seria anulá-lo e violar o princípio da proporcionalidade, o que é inconveniente e inconstitucional.⁷⁶⁵ Posto isso, considerando a hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos admitida neste trabalho (ou mesmo o critério de harmonização da aplicação da norma mais favorável),⁷⁶⁶ o art. 142, IV da Constituição é inconveniente, e por conseguinte inválido e ineficaz. Este, no entanto, é assunto complexo, que envolve grandes discussões e não é pertinente para este estudo, que discorre sobre os impactos no Direito Administrativo e reflexos no regime dos servidores civis do Estado.

Por outro lado, o segundo motivo é diretamente pertinente ao objeto enfrentado. Está ligado à recente decisão do Supremo Tribunal Federal de abril de 2017 no Agravo em Recurso Extraordinário n. 654.432-GO, em que se decidiu por maioria que "O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública".⁷⁶⁷ Parece que tal decisão, assim como tracejado acima em relação aos militares, termina por violar frontalmente o art. 8, "b" e 8.2 do Protocolo de São Salvador, bem como o art. 8, "d" do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pois erradica o direito de greve

⁷⁶³ (Decreto n. 591/1992) Art. 8º 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir: d) O direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país. 2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da política ou da administração pública.

⁷⁶⁴ (Constituição Federal) Art. 142 (...) IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve.

⁷⁶⁵ O princípio da proporcionalidade, por exemplo, é amplamente adotado como critério de resolução de conflitos. "Por isso, esse princípio é utilizado em três situações típicas: 1) existência de lei ou ato administrativo que, ao incidir sobre determinado direito, o restrinja; 2) existência de lei ou ato administrativo que, ao incidir sobre determinado direito, não o proteja adequadamente; 3) existência de decisão judicial que tenha que, perante um *conflito de direitos humanos*, optar pela preservação de um direito, limitando outro". (RAMOS, André de Carvalho. *Curso... Op. Cit.*, p. 116).

⁷⁶⁶ Segundo Flávia Piovesan, quando o tratado internacional de direitos humanos contraria uma norma prevista na Constituição, ao invés do critério cronológico, de possível aplicação em função da natureza constitucional das normas convencionais, é preferível o critério da prevalência da norma mais favorável. (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito...** *Op. Cit.*, p. 174-175).

⁷⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo em Recurso Extraordinário n. 654.432-GO. Relator para acórdão Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 05 abr. 2017.

supraconstitucional que os tratados internacionais de direitos humanos apenas admitiram que sejam proporcionalmente *limitados e restringidos* por lei editada pelo Poder Legislativo. Caso o Supremo Tribunal Federal não altere seu posicionamento, o Brasil poderá ser responsabilizado internacionalmente por descumprimento de tratados de direitos humanos na medida em que nega proteção suficiente ao direito de greve dos servidores civis integrantes de órgãos de segurança pública.

Até o momento a lei de greve para servidores públicos prevista no art. 37 da Constituição brasileira⁷⁶⁸ não foi editada.⁷⁶⁹ Igualmente para esta hipótese, o descaso do Poder Legislativo gera insegurança jurídica, e além de tornar cabível Ação de Inconstitucionalidade por Omissão perante do Supremo Tribunal Federal e mandado de injunção por parte dos prejudicados, pode levar até mesmo à responsabilização internacional do Estado brasileiro. Esta última consequência é plenamente possível, pois a inércia legislativa impede o exercício do direito humano à greve previsto no art. 8, "b" do Protocolo de São Salvador, correspondente ao art. 8º, "d" do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Culturais e Sociais da ONU. E caso o Legislador queira compatibilizar o Direito brasileiro com as normas e com a lógica convencionais, a mencionada futura lei deverá corrigir o posicionamento distorcido do Supremo Tribunal Federal manifestado no Recurso Extraordinário n. 693.456-RJ, que julgou constitucional o desconto nos vencimentos dos servidores públicos pelos dias não trabalhados durante a greve, fixando a tese segundo a qual: "A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público".⁷⁷⁰

O resultado do julgamento contrariou o direito à liberdade de pensamento e expressão do art. 13 da Convenção Americana. Como consignaram Caio Paiva e Thimotie Aragon Heemann em comentários ao Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*,⁷⁷¹ a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso do desconto de remuneração por greve gera um

⁷⁶⁸ (Constituição Federal) Art. 37 (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

⁷⁶⁹ Sobre o histórico da pendência legislativa, cf. BATISTA, Emanuel Pedro Fernandes. Apontamentos sobre greve no serviço público brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Altas, 2013. p. 211-225.

⁷⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 693.456-RJ. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento em 27 out. 2016. Publicado em 08 nov. 2016.

⁷⁷¹ O caso trata de violação à liberdade de pensamento e expressão por interceptação não autorizada de ligações de advogado de acusado investigado em processo criminal. No caso, discorreu-se sobre a utilização de processo judicial com efeitos inibitórios à liberdade de expressão, conforme se observa especialmente no parágrafo 20 do voto. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Tristán Donoso*... *Op. Cit.*

anticonvencional "*efeito resfriador (chilling effect)*" no direito à liberdade de expressão dos servidores públicos, uma vez que estes passam a ser afetados por uma espécie de autocensura, visto que, receosos de políticas sancionatórias e seguidas de censura por parte do Estado, evitam aderir ao movimento paredista e adentrar em assuntos polêmicos da forma com que gostariam".⁷⁷²

Ao lado do direito de greve, outro direito instrumental garantido aos servidores públicos por tratado internacional é o direito à negociação coletiva. Embora o Supremo Tribunal Federal desde 1992 ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492-DF⁷⁷³ tenha jurisprudência consolidada no sentido de que a negociação coletiva de servidores públicos é proibida,⁷⁷⁴ não há dúvidas de que se trata de um direito de todo servidor público, pois se encontra garantido na Convenção n. 151 da OIT sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública de 1978, em vigor no Brasil desde 2013.⁷⁷⁵ A Convenção n. 151 da OIT é um tratado de direitos humanos,⁷⁷⁶ o qual inserido na lógica do Direito Internacional dos Direitos Humanos extirpa a noção do servidor público prestador de trabalho como

⁷⁷² PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional...** *Op. Cit.*, p. 387.

⁷⁷³ A ADI n. 492 julgou inconstitucionais as alíneas "d" e "e" do art. 240 da Lei n. 8.112/90, autorizadas da negociação coletiva de servidores estatutários da União (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492-DF. Relator Min. Carlos Velloso. Julgamento em 12 nov. 1992. Publicado em 12 mar. 1993).

⁷⁷⁴ AGRADO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO À NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O direito à negociação coletiva é restrito aos trabalhadores da iniciativa privada. Esta Corte já decidiu que viola a Constituição Federal norma que confere tal direito aos servidores públicos. Precedentes: ADI 492, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 12/3/1993; ADI 554, Rel. Min. Eros Grau, DJ 5/5/2006). 2. Agravo Regimental desprovido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 4.398. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 19 ago. 2015. Publicado em 17 set. 2015)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. DIREITO DO TRABALHO. CELEBRAÇÃO DE ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS. SERVIDORES PÚBLICOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS INCISOS XXXV, LIV E LV DO ART. 5º, BEM COMO AO INCISO IX DO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INSUBSISTÊNCIA. 1. Conforme a jurisprudência desta nossa Casa de Justiça, "a celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho consubstancia direito reservado exclusivamente aos trabalhadores da iniciativa privada. A negociação coletiva demanda a existência de partes formalmente detentoras de ampla autonomia negocial, o que não se realiza no plano da relação estatutária" (ADI 554, da relatoria do ministro Eros Grau). 2. Se a jurisdição foi prestada de forma completa, em acórdão devidamente fundamentado, embora em sentido contrário aos interesses da parte recorrente, não há falar em cerceamento de defesa. 3. Agravo regimental desprovido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo em Recurso Extraordinário n. 647.436-PA. Relator Min. Ayres Britto. Julgado em 03 abr. 2012. Publicado em 26 abr. 2012).

⁷⁷⁵ Em defesa da tese da constitucionalidade da negociação coletiva com base inclusive na Convenção n. 151 da OIT, cf. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação Coletiva dos Servidores Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁷⁷⁶ O trabalho é elemento essencial para a garantia da dignidade humana, de modo que "os direitos trabalhistas, dentre os quais se insere o direito à negociação coletiva, possuem natureza de direitos humanos, razão pela qual as Convenções da OIT, que asseguram direitos aos trabalhadores, podem ser consideradas como tratados internacionais de direitos humanos". (MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira; ROCHA, Felipe José Nunes. O direito fundamental dos servidores públicos à negociação coletiva em face da Convenção 151 da OIT. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 16, n. 2, p. 267-294, maio/ago. 2016. p. 282).

simples *órgão* da Administração, para entendê-lo como ser humano. Se é um ser humano, é um sujeito que manifesta vontade em sua relação jurídica com o Poder Público, e portanto é mais que joguete de interesses: é pessoa de carne e osso que deseja e influi no modo de ser do vínculo jurídico mantido com quem lhe remunera.⁷⁷⁷

Destaca-se o art. 8 da Convenção n. 151, cujo conteúdo prevê: "A solução de conflitos surgidos em razão da fixação das condições de trabalho será buscada de maneira adequada às condições nacionais, *por meio da negociação entre as partes interessadas* ou por mecanismos que deem garantias de independência e imparcialidade, tais como a mediação, a conciliação ou a arbitragem, instituídos de modo que inspirem confiança às partes interessadas".⁷⁷⁸ Ademais, por força do Decreto n. 1.256/1994, vigora a Convenção n. 154 da OIT, sobre o incentivo à negociação coletiva. A Convenção n. 154 da OIT no seu art. 1º garante o direito à negociação coletiva por servidores públicos, ainda que ressalve que "no se refere à Administração Pública, a legislação ou a prática nacionais poderão fixar modalidades particulares de aplicação desta Convenção". A Convenção considera negociação coletiva entre Administração e servidores a fixação de "condições de trabalho e emprego", regulação das "relações entre empregadores e trabalhadores" e regulação das "relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores". (art. 2º). A Convenção estimula a realização de negociação coletiva, de modo a evitar conflitos e harmonizar as relações de trabalho, o que demanda aplicação no âmbito estatutário e empregatício da Administração Pública.

No Brasil já há projeto de lei⁷⁷⁹ que visa a regulamentação coletiva entre servidores e Poder Público. Entretanto, não é preciso aguardar a aprovação e vigência desta legislação, pois a força vinculante dos tratados de direitos humanos e a aplicabilidade imediata dos direitos neles previstos permite invocar diretamente as Convenções n. 151 e n.

⁷⁷⁷ Em defesa da não correspondência entre regime estatutário e o regime jurídico único dos servidores do art. 39 da Constituição, Luísa Cristina Pinto e Netto fundamenta a erradicação das bases das teorias unilaterais de vínculo, cujas palavras aqui se aplicam perfeitamente: "Na mesma toada, deve-se enfrentar a questão da alteração unilateral desse regime. Primeiramente, é inafastável entender o agente público como indivíduo e cidadão e não exclusivamente como órgão do Estado - considerando-o portador de direitos fundamentais, destinatário do fundamento da dignidade humana que informa o Estado de Direito Democrático e Social (...)". (NETTO, Luísa Cristina Pinto e. A volta do regime jurídico único: algumas discussões inadiáveis sobre a função pública brasileira. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 9, n. 37, p. 201-240, jul./set. 2009. p. 215).

⁷⁷⁸ Grifos ausentes no original.

⁷⁷⁹ O Projeto de Lei n. 3.831 apresentado pelo Senador Antonio Anastasia em dezembro de 2015 estabelece normas gerais para a negociação coletiva na administração pública direta, nas autarquias e nas fundações públicas dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

154 da OIT para desde logo possibilitar acordos coletivos entre sindicatos e associações de classe com os entes da Administração Pública.⁷⁸⁰

Assim como previsto no art. 11 do projeto de lei em andamento no Congresso Nacional, diferentemente do que a jurisprudência (inconvencional, diga-se de passagem) do Supremo Tribunal Federal sustenta atualmente, os servidores públicos podem, com fundamento direto na Convenção n. 154 da OIT, negociar por meio de seus órgãos representantes temas como planos de carreira, criação, transformação e extinção de cargos, funções e empregos públicos, remuneração,⁷⁸¹ revisão geral anual da remuneração, regime jurídico, estabilidade e avaliação de desempenho, condições de trabalho, planos de saúde, planos de capacitação, aposentadoria e benefícios previdenciários, qualidade dos serviços públicos prestados, política de recursos humanos e estrutura e funcionamento da Administração.

Aqueles pontos negociados que dependerem de lei, terão o projeto imediatamente enviado pelo Chefe do Poder Executivo ao Poder Legislativo. Aqueles que independerem, poderão desde logo serem aplicados, nos termos do acordo. Para qualquer das situações, o descumprimento do acordo poderá ser levado ao Judiciário para que seja a Administração coagida a cumpri-lo, bem como os órgãos de classe que o firmaram. Todos esses aspectos negociáveis contribuem para a valorização do servidor público e, indiretamente, para a qualificação da atividade administrativa⁷⁸² voltada à satisfação dos direitos e melhoria de condições de vida dos cidadãos.

Outro entendimento passível de crítica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a corrente que permite a demissão de empregados públicos de empresas estatais *desde que motivada*. De fato, foi um avanço afirmar, como ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário n. 589.998-PI, que "a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-

⁷⁸⁰ Não raro existem discussões sobre a representatividade de sindicatos e associações de classe de servidores públicos. Nesse aspecto, de modo a restringir múltiplas negociações, a Recomendação n. 159 da OIT sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, incorporada também pelo Decreto n. 7.944/2013, prevê que: "1. (...) 2) Os procedimentos referidos na alínea 1) do presente Parágrafo deveriam ser de tal natureza que não estimulem a proliferação de organizações que cubram as mesmas categorias de trabalhadores da Administração Pública".

⁷⁸¹ É inconvencional, portanto, a Súmula n. 679 do Supremo Tribunal Federal, cujo conteúdo é o seguinte: "A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva".

⁷⁸² Para uma análise do direito à negociação coletiva com fundamento convencional e a partir da perspectiva do Direito Administrativo influenciado pelos tratados de direitos humanos, cf. KREUZ, Letícia Regina Camargo. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a possibilidade de negociação coletiva do servidor público no Brasil: uma análise das Convenções n. 151 e 154 da Organização Internacional do Trabalho. **Revista Jurídica Themis**, v. 1, p. 147-163, 2013; KREUZ, Letícia Regina Camargo. Negociação coletiva do servidor público sob a ótica das Convenções n. 151 e 154 da Organização Internacional do Trabalho. In: **XXIII CONPEDI - A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI**, João Pessoa, 2014. p. 482-506.

se, assim, que tais princípios [da impessoalidade e isonomia], observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa".⁷⁸³ A jurisprudência firmada, entretanto, deixa implícito que a motivação é a *única* exigência devida pela Administração empregadora, quem prescindiria de instaurar um processo administrativo e intimar o empregado para se manifestar previamente ao rompimento do vínculo de emprego, única solução compatível com os direitos do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da Constituição).

Ocorre, porém, que no que tange especialmente aos empregados públicos de sociedades de economia mista e empresas públicas, a força normativa dos tratados de direitos humanos⁷⁸⁴ não deixa mais espaço para posições contrárias à garantia do contraditório e da ampla defesa para aplicação de penas ou restrições a direitos, caso da dispensa e demissão de empregados públicos. O tema já foi explorado em outra sede, com base exclusivamente no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal.⁷⁸⁵ Neste trabalho, no entanto, vai-se além para demonstrar também com fundamento em normas internacionais de direitos humanos a impossibilidade de demissão, de sancionamento e desligamento de empregados públicos celetistas desde que *simplesmente motivada* a decisão administrativa. A simples motivação não serve para limitar o direito humano ao trabalho dos empregados públicos.⁷⁸⁶

Ao contrário do que sedimentado na jurisprudência da Suprema Corte no recurso extraordinário mencionado, somente *motivar* a dispensa não basta e é inconveniente tal entendimento. A posição afronta, quando menos, o art. 8 da Convenção Americana,⁷⁸⁷ cujas disposições não se limitam aos atos de natureza penal, mas se estendem a toda "via formal e

⁷⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 589.998-PI. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 mar. 2013. Publicado em 12 set. 2013.

⁷⁸⁴ "Ficam obrigados pelos termos do pacto, internacionalmente falando, as partes pactuantes; internamente falando, o próprio aparelho governamental, indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado, devendo o Judiciário garantir o cumprimento de suas normas dentro do contexto interno do Estado pactuante". (PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e Direito Internacional...** *Op. Cit.*, p. 129).

⁷⁸⁵ Alegou-se, em outra oportunidade, o equívoco da posição do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 589.998-PI com base exclusiva no argumento de que houve, por parte da Suprema Corte, afronta ao art. 5º, LIV e LV da Constituição. Cf. ALMEIDA, João Guilherme Walski; GUSSOLI, Felipe Klein Gussoli. A necessidade de instauração de processo administrativo disciplinar para apuração de faltas funcionais e dispensa de empregados nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida (Coord). **Direito Administrativo e suas transformações atuais: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Curitiba: Íthala, 2016. p. 663-664.

⁷⁸⁶ O direito humano ao trabalho é reconhecido convencionalmente também no SIDH. Cf. STÜRMER, Gilberto. O trabalho, o direito do trabalho e o Protocolo de San Salvador. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 6, n. 1, p. 104-110, jan./jun. 2014.

⁷⁸⁷ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

procedimental de atuação estatal".⁷⁸⁸ A norma convencional obriga a aplicação do regime processual convencional na determinação dos direitos e obrigações de natureza civil, *trabalhista*, fiscal ou de *qualquer outra natureza*. Conforme explica Pablo Gutiérrez Colantuono, "o art. 8 da Convenção Americana se apresenta como o catálogo de garantias básicas exigíveis no *desenvolvimento de qualquer atuação estatal que possa afetar qualquer direito*".⁷⁸⁹ Nessa linha de raciocínio, conforme se verá no capítulo seguinte em que se explicará a aplicação das garantias processuais convencionais aos processos administrativos, é permitido invocar as garantias do art. 8 para as hipóteses de desligamentos e demissões de empregados públicos.

As garantias mínimas do art. 8.2 do Pacto de São José da Costa Rica são todas invocáveis pelo empregado público sujeito à dispensa, principalmente "comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada" (art. 8.2, "b") e "concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa" (art. 8.2., "c"). Nesse exato sentido, a Corte IDH decidiu no Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá, que em "qualquer matéria, inclusive na trabalhista e na administrativa, a discricionariedade da Administração tem limites infranqueáveis, sendo um deles o respeito aos direitos humanos. (...) Devem-se respeitar as garantias mínimas no procedimento administrativo e em qualquer outro procedimento cuja decisão possa afetar os direitos das pessoas".⁷⁹⁰

Além da Convenção Americana, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos no seu art. 14.1 prevê o direito de toda pessoa "de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela *ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil*".⁷⁹¹ O Comitê de Direitos Humanos da ONU, reunido em 2007 em sua 90ª sessão para interpretar o sentido de tal dispositivo, consignou no Comentário Geral n. 32 que o conceito de "obrigações de caráter civil" previsto no art. 14.1 engloba "as noções equivalentes de Direito Administrativo, como a extinção do vínculo de trabalho de servidores públicos civis por razões que não sejam disciplinares (...)".⁷⁹²

⁷⁸⁸ FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo... *Op. Cit.*, p. 355.

⁷⁸⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública**... *Op. Cit.*, p. 62.

⁷⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo... *Op. Cit.*, §§ 126-127.

⁷⁹¹ Grifou-se.

⁷⁹² COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DA ONU. Comentário Geral n. 32. ago. 2007. p. 5. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11>. Acesso em 07 out. 2017.

Mais recentemente ainda, em novembro de 2017, a Corte IDH manifestou em sentença do Caso dos Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros *vs.* Peru⁷⁹³ que o desligamento arbitrário de servidores e empregados públicos de órgãos ministeriais da Administração direta e *empresas estatais*, sem considerar as garantias plenas do art. 8 da Convenção Americana, implica nulidade dos atos administrativos, mesmo que lei do Parlamento permita a extinção dos vínculos de trabalho. A Corte condenou o Estado peruano, no caso, ao pagamento de indenizações pelo prejuízo material sofrido pelos trabalhadores, inclusive lucros cessantes, bem como indenização pelo dano imaterial provocado. Além de uma ofensa ao direito de ser ouvido e se defender em processo administrativo, a Corte explicitou a violação ao art. 26 do Pacto de São José da Costa Rica, que prevê como direitos humanos aqueles definidos como *econômicos, sociais e culturais*, entre eles o direito ao trabalho.⁷⁹⁴

Posto isso, o art. 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos dos tratados e sua leitura jurisprudencial tornam obrigatórias a motivação e a *abertura de processo administrativo prévio* pela Administração Pública para demissão por justa causa ou desligamento sem justa causa de empregados públicos. A força normativa dos tratados internacionais revoga toda norma de Direito do Trabalho que permita a demissão ou desligamento de empregados da Administração sem que lhes seja facultada a oitiva prévia. Esta é uma garantia processual convencional que, se desrespeitada, acarreta nulidade da decisão administrativa e reintegração do empregado.

O último grande impacto notável dos tratados de direitos humanos nas relações administrativas dos servidores públicos selecionado para este trabalho, do qual não se pode escapar, recai sobre as relações especiais de sujeição. A teoria, que indica a existência, para determinadas pessoas, de um grau maior de sujeição ao poder sancionatório ou disciplinar da Administração em função do vínculo diferenciado que os relaciona, *não tem espaço no Estado Convencional*. Defender as relações especiais de sujeição é negar o princípio da legalidade expressamente previsto nas principais convenções internacionais de direitos humanos para restrição de direitos e outros princípios, como o da tipicidade infracional.

⁷⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso dos Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros *vs.* Peru. Sentença de 23 nov. 2017.

⁷⁹⁴ Sobre a tendência jurisprudencial da Corte IDH de proteção de direitos econômicos, sociais e culturais de forma indireta, com menção expressa aos direitos previstos no Protocolo de São Salvador, cf. GUSSOLI, Felipe Klein. Os direitos econômicos, sociais e culturais na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: diálogos jurisdicionais com a ordem jurídica brasileira em favor do desenvolvimento nacional. No prelo.

Quando formulada na Alemanha do final do século XIX,⁷⁹⁵ a teoria das relações especiais de sujeição visava à justificação de um poder sancionatório diferenciado da Administração que afastasse previsões legais e que até mesmo relaxasse algumas garantias dos particulares⁷⁹⁶ que se encontrassem em contextos específicos de dependência ou de maior contato e proximidade com o Poder Público. Seria o caso principalmente dos servidores públicos, inseridos na estrutura administrativa de modo mais próximo do que um empregado da iniciativa privada, por exemplo. É certo que não só aos servidores os teóricos de dita doutrina entendem aplicável o caráter "especial" da relação jurídica com a Administração, pelo que as considerações a seguir expostas são válidas para todas as situações sob as quais *a priori* se defenda a sua aplicabilidade.

A teoria das relações especiais de sujeição pressupunha duas categorias de pessoas em relação com o Poder Público: (i) as pessoas ditas "comuns" e (ii) coletivos de pessoas com *status* especial, baseado no vínculo em virtude da proximidade que teriam com a Administração ou baseado no fato de que estão inseridos em sua estrutura.⁷⁹⁷ As liberdades do segundo grupo seriam menores do que as do primeiro, porque mitigadas em razão da relação *especial e diferenciada* fundada na hierarquia e disciplina, gerada de forma voluntária ou não. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, defende a aplicabilidade da teoria das relações especiais de sujeição, ainda que "com todas as cautelas e limitações".⁷⁹⁸ O autor defende a aplicação da teoria, eis que segundo ele seria "*impossível, impróprio e inadequado* que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentas em lei e unicamente em lei, com exclusão de qualquer outra fonte normativa". Para Bandeira de Mello, "Exigência dessa ordem simplesmente estaria a pretender do Legislativo uma tarefa inviável".⁷⁹⁹

No entanto, atualmente, perante a lógica e regramento das convenções internacionais de direitos humanos, inexistente algo qualificado como "especial" que justifique o afastamento do regime da legalidade. Não mais existe relação especial de sujeição de

⁷⁹⁵ Os pressupostos históricos da teoria, própria do Estado liberal, são incompatíveis com as bases atuais do Estado Convencional. Para uma análise histórica da teoria das relações especiais de sujeição, com destaque para a figura de Otto Mayer e para o período em que a Alemanha era uma monarquia constitucional, cf. GARCÍA, Luz Marina Gil; CORONADO, Gloria García; GARCÍA, Raúl Hernando Esteban. Relaciones especiales de sujeción: aproximación histórica al concepto. **Prolegómenos - Derechos y Valores**, Bogotá, v. XII, n. 23, p. 177-192, jan./jun. 2009.

⁷⁹⁶ AIMAR, José Sebastián Kurlat. La relación de sujeción especial: Una noción a abandonar en materia de servicios públicos. Parte I. **Diario Derecho Público Internacional - Administrativo**, n. 127, 20 set. 2016.

⁷⁹⁷ RAMÍREZ, María Lourdes. Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. **Vniversitas**, Bogotá, n. 118, p. 273-291, jan./jun. 2009. p. 276.

⁷⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 854.

⁷⁹⁹ *Idem*, p. 855-856.

estudantes, de detentos em cumprimento de pena ou durante a prisão temporária, de militares ou de servidores públicos civis ativos e inativos perante a Administração. Relação especial de sujeição não existe nem mesmo dos delegatários de serviços públicos em relação às agências reguladoras ou entes. Não se sustenta mais a fundamentação de que o bom desempenho das atividades administrativas depende da relativização da legalidade e dos direitos dos servidores e sujeitos em relação especial com a Administração.

Mais atrás já se disse, inclusive, que o cumprimento estrito da legalidade e das formalidades quando se trata de restringir ou extinguir direitos é de caráter irrenunciável no Estado Convencional, mesmo que a expansão dos direitos permita em determinadas ocasiões a Administração agir sem respaldo em lei ou contrariamente a ela. A juridicidade e a interpretação *pro persona* proíbem qualquer relativização de direitos humanos baseada em critério orgânico de hierarquia superior do Poder Público. O Estado serve ao cidadão, e não o contrário. Deste modo, a relação jurídica entre servidores públicos, detentos,⁸⁰⁰ estudantes, militares, delegatários de serviços público ou qualquer outra categoria com maior proximidade jurídica com a Administração deve ser regulamentada por lei; mormente as infrações e sanções aplicáveis por descumprimento de regras. As restrições a direitos humanos devem ter base na lei em sentido estrito, única posição compatível com a orientação dos tratados de direitos humanos, jurisprudência da Corte IDH e com a própria Constituição brasileira, segundo a qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, II).

Como se viu, existem respeitáveis posições contrárias.⁸⁰¹ Clarissa Sampaio Silva, por exemplo, trabalha exaustivamente a teoria das relações especiais e após detalhado histórico sobre o tema conclui pela sua permanência, notadamente para detentos, estudantes e enfermos hospitalizados. A autora defende a reconstrução da teoria com base na teoria dos direitos fundamentais e na técnica da ponderação, e menciona a possibilidade de relações especiais de sujeição inclusive entre particulares. Afirma em seu trabalho que: "a circunstância

⁸⁰⁰ Discorda-se, nesse sentido, das opiniões que com base na teoria das relações especiais de sujeição pregam pela vedação absoluta da visita íntima aos presos quando o visitante for portador de doença sexualmente transmissível incurável. Não só porque a vedação absoluta é inconstitucional por ser desproporcional, mas também por ser: (a) anticonvencional, porque apoiada na justificação na teoria das relações especiais de sujeição e porque violadora de direitos humanos afetos à sexualidade; e (b) desconhecadora das formas de relacionamento seguro entre parceiros portadores de vírus incuráveis ou outras doenças sexualmente transmissíveis. Em sentido contrário, com apoio em autores como J. J. Gomes Canotilho e Paulo Gustavo Gonet Branco, e com fundamentação da qual se discorda de ponto a ponto, cf. WILLEMANN, Flávio de Araújo. Visita íntima a detentos em presídios: possibilidade de condicionamento e de restrição para evitar contágio de doenças sexualmente transmissíveis. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 159-183, jan./abr. 2012.

⁸⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso... Op. Cit.**, p. 854.

de que em nenhum espaço de convivência humana pode haver o exercício ilimitado de direitos fundamentais, cujo estado natural é o de colisão, não impede o reconhecimento de situações em que ocorra maior vulnerabilidade de tais direitos em face dos centros de poder, o que caracteriza a sujeição especial (...)"⁸⁰² A reconstrução da teoria, porém, torna as relações especiais de sujeição em algo totalmente diverso do que foi na origem, gerando confusões terminológicas. E se assim o é, pareceria mais adequado o abandono da teoria como tal para enfrentar o problema exclusivamente da ângulo dos direitos e deveres fundamentais, contexto em que problema das sujeições passa a ser encarado como conflito ponderável de normas. Deste modo, evita-se confusões e retira-se da Administração a chance de perceber suas potestades em certos contextos como poderes que não precisam ser apoiados no Direito. De modo que preferível o abandono da teoria como teoria *das relações especiais de sujeição*.

Assim, diferentemente do que se supõe, por exemplo, o professor não tem mais o direito de expulsar um aluno de sala discricionariamente com base na relação especial de sujeição. A preservação da ordem na sala de aula permite ao professor, permanecendo no exemplo, solicitar a retirada do aluno com vistas ao atingimento do fim da atividade educacional naquele contexto. Se este se recusar a retirar-se, haverá de ser responsabilizado pelo tumulto ou por outras infrações que tiver cometido em sala de aula, todas tipificadas em normativa legal própria. Tanto melhor se estiver tipificado o dever do aluno de se retirar de sala quando instado pelo professor, cabendo a este último a prerrogativa de determinar a retirada. Porém, a expulsão ou qualquer atitude semelhante com base no vínculo de sujeição não mais se sustenta.

A mesma lógica vale para as outras situações disciplinares: exige-se lei em sentido estrito para previsão de limites a direitos humanos e fundamentais, notadamente para aplicação de sanções.⁸⁰³ Compartilha-se da tese de que os direitos humanos previstos nas convenções não são absolutos, e podem sofrer restrições.⁸⁰⁴ No entanto, essas restrições devem obedecer a limites formais e atender ao princípio da proporcionalidade para serem consideradas legítimas. O mesmo vale para a previsão de infrações administrativas e sanções redutoras da esfera jurídico-patrimonial do sujeito, não importa quão estreito ou alargado for o vínculo entre ele a Administração.

⁸⁰² SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição**: o caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 301.

⁸⁰³ Nesse sentido, há necessidade de lei para permitir a aplicação de multas em bibliotecas, haja vista que o sancionamento nessas hipóteses reduz a esfera jurídico-patrimonial do sujeito.

⁸⁰⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**... *Op. Cit.*, p. 246.

As relações especiais de sujeição nem mesmo justificam manter o servidor público ou quem quer que seja à disposição da Administração por longos períodos de tempo. Se hipoteticamente algum servidor público em virtude da natureza da sua função deve estar disponível em período integral de tempo à disposição do Poder Público, esse dever há de estar previsto em lei e deve ser compatibilizado com outros direitos do servidor, como por exemplo o direito ao lazer, que também é um direito humano. A Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas no art. 24 enuncia: "Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas".

O exemplo que se pode dar nesse sentido é da lei federal que regulamenta o cargo de delegado da Polícia Federal. A Lei n. 4.878/65 prevê no art. 24 que "O regime de dedicação integral obriga o funcionário policial à prestação, no mínimo, de 200 (duzentas) horas mensais de trabalho". A legislação editada obriga a dedicação integral à função, não fazendo limitação de jornadas semanais, o que seria incompatível com a natureza das funções. Implicitamente, no entanto, coloca um limite mínimo de prestação que remete ao Poder Executivo o dever de regulamentar o modo de exercício das funções, o que na prática se realiza mediante a adoção de escalas de trabalho. A forma de regulamentação administrativa deverá, de acordo com o princípio da proporcionalidade, além de distribuir as 200 (duzentas) horas de trabalho no mês, possibilitar ao servidor público horários de lazer suficientes à sua recomposição física e mental.⁸⁰⁵ O exemplo mencionado é uma manifestação lícita da restrição de direitos do servidor. Comparativamente, qualquer restrição análoga ou imposição de serviço extraordinário sem limites e sem respaldo na lei é inconveniente.

Diante disso, tais relações especiais de sujeição não são compatíveis com sistemas jurídicos que recepcionam tratados de direitos humanos. É equivocado "reconhecer, atualmente, qualquer supremacia *prima facie* da Administração em suas relações jurídicas com o cidadão".⁸⁰⁶ Essas relações extravagantes que colocam a Administração acima do sujeito (servidor público ou não) só podem existir em sistemas jurídicos em que o princípio da legalidade seja vazio de sentido e os direitos fundamentais não sirvam à proteção do cidadão.⁸⁰⁷ Nem se diga que se perde tempo em denunciar a inconveniente da tese das relações especiais de sujeição, porque ainda nos dias de hoje decisões judiciais se apoiam

⁸⁰⁵ O lazer é, em grande síntese, o conjunto de atividades "às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda, para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora (...)". (DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e Cultura Popular**. São Paulo: Perspectiva, 1973. p. 34).

⁸⁰⁶ MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 221.

⁸⁰⁷ SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general...** *Op. Cit.*, p. 403.

nela,⁸⁰⁸ instadas no mais das vezes pelas provocações da Administração Pública e de seus órgãos de representação jurídica.

Exemplo mais recente é a manifestação da Advocacia Geral da União na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 418-DF, que objetivava a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 127, IV e 134 da Lei n. 8.112/90, sobre a cassação de aposentadoria de servidor público por motivos disciplinares. Consta no voto pela extinção da ADPF que, na sua manifestação, a Advocacia Geral da União posicionou-se pela improcedência da arguição sob o fundamento de que "a responsabilidade administrativa e o exercício do poder disciplinar colocariam o servidor público em vínculo de especial sujeição ao Poder Público, com peculiaridades próprias".⁸⁰⁹

Essa e qualquer manifestação, bem como qualquer norma jurídica ou decisão judicial que admitam ou fundamentem posição com base na superioridade da ação administrativa advinda de uma relação especial de sujeição são inconventionais. É que "se a ótica do poder e da sujeição se mostrava adequada ao modelo de Administração próprio do Estado Liberal, não se amolda às exigências do Estado de Direito Democrático e Social, que exige transparência, eficiência e participação do agente público".⁸¹⁰ No mesmo sentido, as relações especiais de sujeição contrariam a lógica *pro persona*, fazendo do ser humano, servidor público ou não, instrumento de ação estatal arbitrária, posição incompatível com o Estado Constitucional e Convencional de Direito.

Por fim, sem nem de longe esgotar a análise de todos os reflexos possíveis dos tratados de direitos humanos no regime jurídico dos servidores públicos, insta salientar que na temática afeita a este tópico nada afasta, em tese, a aplicação da "teoria do melhor direito" em favor dos servidores, cujas normas regulamentares segundo tradicionalmente se entende

⁸⁰⁸ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal deixou de reconhecer o direito à indenização por serviços prestados por estudantes que pediram desligamento de curso da Marinha do Brasil. Os ex-alunos desistiram dos cursos e foram obrigados a indenizar a União pelo período de estudo de que usufruíram. No julgamento do mandado de segurança não se admitiu nem mesmo a compensação dos valores com os serviços prestados em favor do Estado sob o seguinte fundamento, constante na página 6 do voto: "Consigno que eventuais serviços prestados durante a graduação militar não revelam locupletamento da União, porquanto decorrentes de relação especial de sujeição e naturalmente inseridos no processo de formação dos oficiais das Forças Armadas". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.072-DF. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 29 mar. 2016. Publicado em 30 maio 2016). A fundamentação deve ser contraposta às explicações de André de Carvalho Ramos: "Do nosso ponto de vista, não basta justificar esse regime (imposto pelo 'Estatuto dos Militares', Lei n. 6.880/80) apenas alegando a 'relação especial de sujeição', mas deve ser analisado o conflito entre os direitos dos indivíduos (submetidos a tal poder) e os direitos dos terceiros, que são beneficiados pela existência de uma Força Armada preparada e eficiente". (RAMOS, André de Carvalho. *Curso... Op. Cit.*, p. 139).

⁸⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 418-DF. Relator Min. Alexandre de Moraes. Decisão Monocrática. Publicada em 18 ago. 2017. p. 2-3.

⁸¹⁰ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. A volta do regime jurídico único... *Op. Cit.*, p. 221.

variam segundo o ente da federação ao qual vinculado.⁸¹¹ A sobreposição de ordens jurídicas nacionais e internacional permite em alguns casos que os cidadãos possam "escolher o ordenamento jurídico menos severo ou que melhor os proteja".⁸¹² Sendo assim, a "teoria do melhor direito" significaria a ruptura do princípio federativo (ou ao menos a sua releitura),⁸¹³ consequência drástica que, não obstante necessite de maiores estudos a respeito dos efeitos que o princípio *pro persona* irradia nas relações administrativas de trabalho, não pode ser descartada.

Afinal, a interpretação dos tratados de direitos humanos como instrumento dinâmico, ou "vivo" é um traço saliente do Direito Internacional dos Direitos Humanos. É, aliás, um ponto compartilhado entre a Corte IDH e a Corte Europeia de Direitos Humanos, a qual também considera sua convenção regional como *living instrument*.⁸¹⁴ Da entrada em vigência da convenção em 1953 até a atualidade, a análoga europeia da Corte IDH deixou de interpretar o tratado como um documento de estabelecimento de direitos mínimos para concretizá-lo em pacto garantidor da maior efetividade possível dos direitos lá previstos, outorgando para si papel criador do Direito.⁸¹⁵ O que se quer consignar aqui, com base nesses pressupostos, é que a "teoria do melhor direito", albergada no princípio *pro persona*, a princípio daria fundamento para aplicação de regras legais de outros entes federados (ou mesmo Estados nações) em favor de servidores públicos em pior posição na relação de trabalho com a Administração. A conclusão é polêmica, e carece de maiores estudos.

Os impactos dos tratados de direitos humanos no regime jurídico dos servidores públicos, e mais acima em alguns dos principais institutos do Direito Administrativo, não se limitam ao exposto neste capítulo. Certamente muitos outros reflexos latentes estão carentes de maiores investigações no campo de estudos da disciplina. A seleção realizada e o modo de exposição sequencial dos temas obedeceu a um critério de escolha apoiado nos principais institutos do Direito Administrativo e presentes em todos os manuais deste ramo jurídico, mas

⁸¹¹ Fernando Dias Menezes de Almeida identifica na organização federal brasileira espaço para regulamentação administrativa autônoma entre os entes: "Assim sendo, via de regra, os Estados legislam apenas sobre matérias atreladas à Administração Pública estadual. Os Municípios, no seu âmbito, também legislam sobre relacionados à sua Administração (...)". (ALMEIDA, Fernando Menezes de. Organização da Federação brasileira: noções gerais. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). **Problemas emergentes da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 121).

⁸¹² GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El régimen del servicio público... *Op. Cit.*, p. 863.

⁸¹³ Cite-se mais uma vez Pablo Gutiérrez Colantuono, quem lembra nesse ponto que a internacionalização dos ordenamentos está acompanhada da dificuldade em ordenar as funções e competências estatais diante de instâncias supranacionais que consideram irrelevante essas divisões para fins de atribuição de responsabilidade ao Estado nacional. (GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. El derecho administrativo argentino... *Op. Cit.*, p. 123).

⁸¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito**... *Op. Cit.*, p. 351.

⁸¹⁵ SWEET, Alec Stone; KELLER, Helen. **The reception of the ECHR in National Legal orders**. Yale Law School. Selected Works. 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/14/>. p. 14.

que na doutrina e na jurisprudência nacional acabam não levando em conta os reflexos e mudanças que as normas convencionais provocam.⁸¹⁶

Todas as considerações tecidas, conquanto não exaustivas, visam a propiciar um olhar mais atento dos estudiosos e operadores jurídicos para o potencial emancipatório do Direito Internacional dos Direitos Humanos e para as mudanças de estrutura que os tratados necessariamente provocam no Direito Administrativo. A disciplina jurídica da Administração Pública e o tratamento que os poderes de Estado lhe dão, especialmente o Poder Judiciário em seus casos, não podem mais prescindir dos instrumentos convencionais de direitos humanos que lhe atravessam com força vinculante.

⁸¹⁶ O cotidiano e a praxe administrativa, mesmo após anos de vigência de convenções internacionais revolucionárias, como o Pacto de São José da Costa Rica, continua afastada da lógica dos direitos humanos. A internalização dos direitos humanos pela Administração Pública continua uma "tarefa pendente". (DAMSKY, Isaac Augusto. Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 52, p. 77-101, abr./jun. 2013. p. 92).

Capítulo 6 – Impactos dos tratados internacionais de direitos humanos no processo administrativo brasileiro

Vistos os impactos que os tratados de direitos humanos provocaram em alguns dos principais institutos tradicionalmente estudados na disciplina do Direito Administrativo, dedica-se esse capítulo à influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos no processo administrativo brasileiro (inclusive os punitivos, disciplinares ou não). O objetivo será demonstrar de que forma os tratados internacionais de direitos humanos impactam no principal veículo de concretização da atividade administrativa do Estado: o processo administrativo. Como se verá a partir de um enfoque maior no Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, é possível defender alterações pontuais, mas também gerais na *processualidade* do Direito Administrativo brasileiro, provocadas por regras e princípios previstos em instrumentos internacionais de direitos humanos.

Posto que vários tratados internacionais de direitos humanos preveem normas processuais aplicáveis aos processos judiciais, e no mais das vezes ao processo penal, será trabalhado em primeiro lugar (6.1) a teoria da interpretação evolutiva das convenções de direitos humanos, de modo a justificar a aplicabilidade de normas internacionais também aos processos administrativos. No mesmo tópico será identificada a jurisprudência dominante no SIDH refratária à doutrina da remediação e da tese muito comum no Brasil de que não haverá nulidade a declarar se não for constatado "prejuízo" para o interessado. Em seguida, (6.2) a partir do regime jurídico disposto em normas convencionais será traçado aquilo que optou-se por denominar regime jurídico do devido processo administrativo, consistente em um núcleo básico de direitos do cidadão e deveres da Administração aplicável nos processos administrativos de toda espécie independentemente do que prevê a Constituição Federal e a legislação interna.

6.1. Aplicação das normas de tratados de direitos humanos ao processo administrativo brasileiro: interpretação evolutiva das convenções internacionais e rechaço à doutrina da remediação

Entre as vias técnico-jurídicas de ação administrativa está o processo administrativo.⁸¹⁷ O processo administrativo, segundo a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho, é "modalidade de 'exteriorização da função administrativa' (procedimento administrativo) qualificado pela participação dos interessados em contraditório, imposto diante da circunstância de se tratar de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento (ato de poder imperativo por natureza e definição), apto a interferir na esfera jurídica das pessoas".⁸¹⁸ Sempre que uma decisão administrativa causar, ainda que potencialmente, interferência na esfera jurídica de alguém, a instauração de processo administrativo é um dever inescusável.⁸¹⁹

No Brasil, a principal diferença do processo administrativo em relação ao processo jurisdicional é a inexistência de um terceiro imparcial julgador.⁸²⁰ A Administração Pública na formatação jurídica brasileira do processo administrativo é, apesar de paradoxal, *ao mesmo tempo e na mesma relação jurídica processual* sujeito interessado e terceiro imparcial.⁸²¹ A exigência de imparcialidade sustenta-se no fato de que o Poder Público obedece ao Direito e não à sua própria vontade (visto que vontade propriamente dita não há). Isso significa que ainda nos casos em que haja interesse de fato na vitória da Administração pela entidade, ela, na qualidade de julgadora, deverá nos seus processos administrativos declarar-se derrotada quando assim determinar o Direito.

O regime jurídico nacional aplicável ao processo administrativo está formatado essencialmente pelo art. 5º, XXXVII, LIV, LV, LVI, LVII e LXXVIII da Constituição.⁸²²

⁸¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello se refere ao processo administrativo (incluía a licitação), ao regulamento, ao ato administrativo e ao contrato administrativo como as vias técnico-jurídicas à disposição da Administração para o exercício de sua atividade típica. A classificação é didática e serve bem à compreensão do tema proposto neste capítulo. Cf. MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso... Op. Cit.**, p. 349.

⁸¹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões... Op. Cit.**, p. 87.

⁸¹⁹ Sobre o Direito Administrativo, atividade administrativa, o processo e sua função, cf. MEDAUAR, Odete. **A processualidade... Op. Cit.**; MESQUITA, Rogério Garcia. A processualidade do Direito Administrativo contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado - RPGE**, Porto Alegre, v. 33, n. 69, p. 203-230, 2012; SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 80, a. 29, n. 3, p. 69-95, jul./set. 2011.

⁸²⁰ Outras diferenças são apontadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quem opina pela inexistência de coisa julgada material, formalismo, e por um regime diferenciado de preclusão de atos processuais no processo administrativo. Defende ainda como principais diferenças em relação ao processo judicial a busca pela verdade real e a oficialidade no processo administrativo. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, jul./dez. 2013. Acerca dos contornos da coisa julgada no processo administrativo brasileiro, cf. GUSSOLI, Felipe Klein. A coisa julgada administrativa no Direito brasileiro: Administração Pública e o princípio constitucional da segurança jurídica. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 3, n. 1, jan./jun. 2016.

⁸²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso... Op. Cit.**, p. 340.

⁸²² (Constituição Federal) Art. 5º (...)XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou

Garantias como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, proibição de utilização de prova ilícita, juiz natural, presunção de inocência e razoável duração do processo se aplicam ao processo administrativo por opção do constituinte, preocupado com os abusos recorrentemente cometidos pelo Poder Público.⁸²³ A legislação infraconstitucional, por sua vez, detalha o modo de exercício desses e de outros direitos fundamentais aplicáveis aos acusados, litigantes e interessados partícipes de processos administrativos. A principal lei sobre o tema é seguramente a Lei n. 9.784/99,⁸²⁴ que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.⁸²⁵ Apesar da estrutura federativa do Estado brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a Lei n. 9.784/1999 pode ser aplicada de por analogia em Estados da federação que não tenham lei própria de processo administrativo.⁸²⁶

Desde já se pode evidenciar o primeiro reflexo da hermenêutica convencional dos direitos humanos na processualidade administrativa. Segundo a "tese do melhor direito" já apresentada neste trabalho, nem mesmo seria necessário inexistir lei estadual ou municipal de processo administrativo para aplicação da legislação federal, *desde que ela fosse mais*

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁸²³ Romeu Felipe Bacellar Filho explica acerca do núcleo constitucional processual comum: "A opção constitucional pelo 'processo administrativo' ultrapassa as fronteiras de uma mera preferência terminológica. Comporta o reconhecimento expresso da exigência do regime jurídico processual nas atividades administrativas delimitadas pela Carta Magna". (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões...** *Op. Cit.*, p. 89).

⁸²⁴ Existem outras leis específicas no Brasil que regulamentam o processo administrativo. Sem citar as leis estaduais ou municipais, apenas a título de exemplo podem ser citados aqui o Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei n. 8.112/90); o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e seu decreto regulamentador do processo administrativo (Decreto Executivo n. 2.181/97); a Lei Orgânica do Tribunal de Contas (Lei n. 8.443/92); a Lei Federal de Licitações (Lei n. 8.666/93); a Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96) sobre o processo de pedido de patente; a Lei de Crimes e Infrações Ambientais (Lei n. 9.605/98); a Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (Lei n. 12.529/2011); a Lei de Migração (Lei n. 13.444/2017) sobre o processo de deportação e expulsão de estrangeiro; as leis de agências reguladoras; as leis que regulamentam os Conselhos de Fiscalização de profissões regulamentadas, todas com regras próprias para seus processos administrativos.

⁸²⁵ Sobre a Lei n. 9.784/99, cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo e procedimento administrativo. In: **Tratado de Direito Administrativo**. v. 5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, a. 14, v. 58, p. 11-47, 2014; NOHARA Irene Patrícia, MARRARA Thiago. **Processo administrativo: Lei n. 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009; FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa Camarão. **Processo Administrativo: Comentários à Lei n. 9.784/1999**. 3. ed. Belo Horizonte Fórum, 2012; SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord). **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁸²⁶ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.919-PR. Rel. Min. Moura Ribeiro. Julgado em 08 out. 2013. Publicado em 14 out. 2013.

benéfica ao cidadão. Se acolhida tal teoria, seria possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça decide certo pelos motivos equivocados quando determina a aplicação da legislação com base no critério federativo. O que vale, segundo o princípio *pro homine*, é o critério da melhor norma, em socorro do cidadão que litiga ou participa de qualquer modo em processo administrativo e que não raramente se vê acuado pelo poderio institucional da Administração Pública.⁸²⁷

Não obstante esse primeiro ponto,⁸²⁸ de grande valia, o que se pretende neste capítulo é ir além e demonstrar que o regime jurídico do processo administrativo brasileiro não se esgota na Constituição e na legislação infraconstitucional.⁸²⁹ Pelo contrário, ele tem princípios básicos originários no plano internacional e no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isto posto, há importantes alterações hermenêuticas na leitura da legislação infraconstitucional decorrente de direitos previstos em convenções internacionais, cuja interpretação pelas Cortes Internacionais nos últimos anos rendeu manifestações expressas sobre a atividade processual administrativa, ao menos na região do SIDH. Este trabalho desde seu início enfoca o SIDH, sem prejuízo da menção e identificação de convenções internacionais de outros sistemas de proteção do qual o Brasil faz parte. Assim, cumpre analisar em caráter primário o Pacto de São José da Costa Rica, que garante aos cidadãos em uma série de dispositivos múltiplos direitos processuais oponíveis em face do Estado.

Os principais dispositivos que são invocados no campo do Direito Processual são os artigos 8 e 25 do Pacto de São José,⁸³⁰ os quais preveem: (i) garantias judiciais mínimas a

⁸²⁷ Em sentido contrário, cf. a opinião de Carmen Lúcia Antunes Rocha, para quem o princípio federativo no processo administrativo não pode ser abrandado sob pena de tolher a autonomia dos entes: "Se o processo administrativo, instrumentalizador das condutas administrativas e somente utilizado para a garantia dos direitos subjetivos do cidadão e do administrado em geral, não fosse inserido no espaço de competência própria e autônoma de cada entidade federada, como se ter que a autoadministração dessa pessoa estaria garantida? (...) Assim, tanto o processo administrativo quanto os procedimentos que lhe são inerentes são objetos precípuos de tratamento autônomo de cada qual das entidades da federação brasileira e a referência à legislação processual que compete privativamente à União, por definição constitucional expressa, é tão somente aquela correspectiva à unidade do direito processual judicial (civil ou penal)". (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul./set., 1997. p. 198).

⁸²⁸ O que pode, não se ignora, gerar inconvenientes, como por exemplo a definição de qual a "melhor norma" quando se trata de normas sobre prazos.

⁸²⁹ Sobre regime jurídico do processo administrativo no Brasil a partir das normas constitucionais e legais brasileiras, cf. especialmente: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo... *Op. Cit.*; FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2007. Para uma introdução crítica à teoria geral do processo administrativo da perspectiva prática e da legislação nacional cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006.

⁸³⁰ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Artigo 8º - Garantias judiciais - 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente,

todas as pessoas acusadas pelo Estado ou por particulares da prática de crime, infração ou qualquer ilicitude; e (ii) proteção judicial efetiva a direitos de qualquer natureza violados pelo Estado ou por particulares através de tutela jurisdicional efetiva. Os desdobramentos dessas regras convencionais dos artigos 8 e 25 do Pacto de São José da Costa Rica,⁸³¹ que neste trabalho são consideradas supraconstitucionais e de aplicabilidade imediata, são inúmeros. No entanto, neste momento será priorizado o enfoque que melhor contribua para a correção das principais inconveniências identificadas na atividade processual da Administração Pública (e em vários aspectos da função jurisdicional também).

Desde logo é importante sublinhar que, ao contrário do que leituras apressadas poderiam indicar, as disposições do art. 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos não se limitam aos atos de natureza penal, mas se estendem a toda "via formal e procedimental de atuação estatal".⁸³² A leitura da Convenção pela Corte IDH demonstra uma característica própria dos tratados de direitos humanos, qual seja, a da "progressividade hermenêutica" dos tratados de direitos humanos. Esses são, nos dizeres de Melina Girardi

independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 25 - Proteção judicial - 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

⁸³¹ A necessidade e insuperável importância da leitura conjunta dos arts. 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos para a boa aplicação do Direito Administrativo já eram identificadas por Jorge Salomoni: "Por sua vez o art. 8º do Pacto estabelece o direito de defesa, em minha opinião tanto em seu aspecto adjetivo como substantivo, que inclui, entre outros, os direitos do particular de ser assistido por um advogado, a conhecer integralmente as acusações em que seja parte ou que possam lhe afetar, a ser ouvido, a oferecer prova, a uma decisão fundada, a uma atuação razoável dos órgãos públicos e o direito de recorrer administrativa e judicialmente do ato, por conjunção do art. 25 do mesmo corpo legal". (SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general...** *Op. Cit.*, p. 452). Sua aplicação conjunta ao processo administrativo também é defendida por GONZÁLEZ MORAS, Juan M. *La internacionalización...* *Op. Cit.*, p. 46.

⁸³² FLAX, Gregorio. *La sumisión del Derecho Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 355.

Fachin, instrumentos vivos,⁸³³ os quais devem ser interpretados evolutivamente, sob pena de se tornarem normativa inútil frente aos desafios que os novos tempos apresentam à sociedade. No plano onusiano, a interpretação evolutiva é que permitiu em junho de 2016, inclusive, a emissão de resolução durante a 32ª Assembleia do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em que se reconheceu, através de direitos previstos em pactos internacionais (como por exemplo o direito à liberdade de expressão), a internet como um veículo imprescindível de promoção de direitos humanos.⁸³⁴ De certa forma, o Conselho reconheceu, fazendo uso de interpretação evolutiva, a utilização da internet por si só como um direito humano, sendo que a resolução em diversos pontos encoraja os Estados a fomentar a utilização ampla da internet e condena restrições ao seu uso.⁸³⁵ Isso tudo aconteceu apesar de não existir tratado prevendo a utilização da internet como direito humano.

Mas não só o art. 8 é alvo de considerações no campo processual administrativo. Diante de um ato que viola um direito do cidadão, o art. 25 da Convenção Americana garante um recurso efetivo. O sentido semântico do termo "recurso" na Convenção, como já explicado em capítulo precedente, é de "ação judicial". Nesse sentido, a norma concede o direito ao ataque contra uma decisão estatal violadora de qualquer direito pela via jurisdicional.⁸³⁶ A defesa em face do arbítrio estatal por meio de um juiz imparcial e independente é uma das bases da democracia no SIDH e o Pacto de São José assim o reconhece também na norma do art. 25. Mas o fato de o art. 25 da Convenção utilizar a expressão "recurso judicial" não é empecilho para aplicação da disposição normativa aos processos *administrativos*. A interpretação evolutiva da Convenção de 1969 é o norte nesses casos, pois o piso mínimo de proteção garantido pela atuação única de um juiz, décadas mais tarde da edição do Pacto de

⁸³³ FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos...** *Op. Cit.*, p. 221.

⁸³⁴ Alguns dados relevantes para compreensão da internet a partir do ângulo dos direitos humanos são indicados por Flávia Piovesan e Lucien Muñoz em artigo sobre o tema: "Na esfera global, 3,2 bilhões de pessoas têm acesso à internet — o que representa 43,4% da população global. O universo dos 57% da população off-line — cerca de quatro bilhões de pessoas — concentra-se sobretudo no continente africano. Enquanto 21% da população na Europa não têm acesso à internet (nos países desenvolvidos em geral, cerca de 80% da população estão on-line), na África esse percentual de desconectados alcança 75% da população. Na região da Ásia e do mundo árabe, a população off-line corresponde a 58,1% e 58,4%, respectivamente. Em todas as regiões, constata-se o acesso não igualitário de homens e mulheres à internet, estando as mulheres em situação de desvantagem — essa desigualdade é mais acentuada na região africana, culminando em até 50% na África Subsaariana. No Brasil, 58% da população têm acesso à internet. Se, em 2014, 50% dos domicílios brasileiros possuíam computador e acesso à internet, em 2005 apenas 17% dos domicílios urbanos tinham computador e 13% dispunham de conexão à rede, segundo a Unesco. Na atualidade, o Brasil é um dos países do mundo com maior utilização das redes sociais". (PIOVESAN, Flávia; MUÑOZ, Lucien. *Internet e direitos humanos*. **O Globo**. 10 nov. 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/internet-direitos-humanos-20442000>>. Acesso em 12 nov. 2017.

⁸³⁵ CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. Agenda item 3. 32ª Sessão. Jun. 2016. Disponível em: <https://www.article19.org/data/files/Internet_Statement_Adopted.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

⁸³⁶ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 218.

São José, abre espaço para a proteção também pela Administração. Uma vez que a Administração declara direitos e constitui obrigações, um recurso administrativo eficaz contra violações é uma imposição derivada da Convenção como instrumento vivo.

Nessa linha, o art. 25 permite compreender o termo recurso *também* como: (i) um processo administrativo autônomo instaurado para corrigir alguma violação a direitos humanos; ou ainda (ii) uma impugnação recursal em sentido estrito dirigida a alguma autoridade administrativa de hierarquia superior. Ter à disposição um juiz é o mínimo, mas ter à disposição antes disso algum modo de correção administrativa é um *plus* cujo maior benefício é prevenir a extensão do conflito.⁸³⁷ Justamente por isso é que no sistema brasileiro cabe falar, como lembra Daniel Wunder Hachem, em direito dos cidadãos ao devido processo administrativo.⁸³⁸

A interpretação evolutiva (ou abordagem dinâmica) que confirma a existência do direito ao devido processo administrativo deriva da leitura conjunta dos arts. 1, 2 e 29 da Convenção Americana, cuja finalidade é a ampliação do nível de proteção dos direitos consagrados no tratado.⁸³⁹ No SIDH, o art. 29 da Convenção⁸⁴⁰ é o principal critério hermenêutico que sustenta a tese de interpretação evolutiva. Dita disposição não limita os direitos humanos ao que consta na Convenção, mas admite como tal qualquer direito essencial à dignidade humana e incorporado na cultura jurídica no decorrer dos tempos.⁸⁴¹ O Pacto de São José da Costa Rica encerra um bom exemplo. Pouco mais tardio que os Pactos Internacionais da Organização das Nações Unidas da década de 60, a Convenção Americana foi firmada em 1969, época longínqua em que o mundo sequer tinha enfrentado ainda a grande crise do petróleo da década de 70 do século XX, cujas consequências mudaram a vida no Planeta Terra desde então. Os tempos eram outros, e de muito pouca legitimidade se cercaria o tratado hoje caso os atuais juízes da Corte IDH se reservassem à leitura *literal* do Pacto ou se prendessem ao círculo de interpretação histórica do contexto de elaboração da convenção.

⁸³⁷ *Idem*, p. 219-220.

⁸³⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 446.

⁸³⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 60.

⁸⁴⁰ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Artigo 29 - Normas de interpretação - Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

⁸⁴¹ SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general...** *Op. Cit.*, p. 454.

A interpretação literal por vezes é insuficiente para concretizar as finalidades do tratado. Por isso, a interpretação evolutiva das Convenções internacionais de direitos humanos parte do acertado pressuposto de que "o sentido das normas é sempre o seu sentido recebido e não o seu sentido originariamente querido; ou, dizendo de outro modo, o sentido *doutrinal* ou *jurisprudencial*, e não o seu sentido *legislativo*".⁸⁴²

Sendo assim, as referências ao termo "judicial" na Convenção Americana devem ser lidas de modo aberto, sem restringir o âmbito de aplicação das garantias que se voltam contra o arbítrio da Administração. Cada vez mais o Poder Público invade amplos espaços da vida dos particulares, sendo insuficiente atualmente a restrição de garantias convencionais ao espaço judicial. Enfim, não existem parcelas de poder ou funções públicas imunes aos direitos previstos na Convenção.⁸⁴³ A vulnerabilidade do cidadão perante a atuação do Poder Público reforça a necessidade de interpretação extensiva do Pacto de São José. Assim, interpretar restritivamente o art. 8 e o art. 25 e o termo "judicial" neles insertos seria negar as finalidades preventivas do SIDH. Não seria coerente defender as garantias só para a esfera judicial, quando na esfera administrativa prévia elas já poderiam ser aplicadas e evitar violações que seriam corrigidas *a posteriori*.⁸⁴⁴

Segundo Paulo Gutiérrez Colantuano, a redação aberta do art. 8.1 na qual se apresenta o direito de toda pessoa a ser ouvida "com as devidas garantias" leva à interpretação conjunta do dispositivo com o restante dos seus parágrafos. Assim – e esta é a base do que nesta sede se defende como devido processo administrativo – todas as garantias dos parágrafos do art. 8 aplicam-se a *todos os tipos de processos do parágrafo 1, inclusive o administrativo*: "Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na (...) *na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*".⁸⁴⁵

Na determinação de direitos em processos *de qualquer natureza* existe o direito às garantias minimamente especificadas no primeiro parágrafo do art. 8.⁸⁴⁶ As mesmas considerações, como se viu, são traçadas em relação ao art. 25 no que toca à tutela *administrativa* efetiva. O exercício da potestade e do *ius puniendi* estatal é o mesmo, não importando o ramo

⁸⁴² HESPANHA, Antonio Manuel. **O caleidoscópio do Direito...** *Op. Cit.*, p. 553.

⁸⁴³ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 60-61.

⁸⁴⁴ *Idem*, p. 64.

⁸⁴⁵ Grifou-se.

⁸⁴⁶ MEILÁN GIL, José Luis. El Derecho Administrativo Global. In: MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen Rodríguez (Coord.). **Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano**. Editorial Comares: Granada, 2015. p. 174; DAMSKY, Isaac Augusto. **Derechos humanos...** *Op. Cit.*, p. 93.

do Direito em questão, o que exige respeitar o direito ao devido processo legal independentemente da gravidade ou natureza da pena que será imposta, ou dos objetivos que o Poder Público busca em cada processo.⁸⁴⁷ "Determinar" direitos de alguém no processo pressupõe que esse alguém participe do processo segundo as garantias convencionais mínimas.

A Corte IDH manifestou-se nesses exatos termos quando no Caso Baena Ricardo e outros *vs.* Panamá afirmou que as mesmas garantias do Direito Penal se aplicam ao Direito Administrativo Sancionador, afirmando deste modo que o art. 8 e art. 25 da Convenção se aplicam aos processos administrativos:

Embora o artigo 8 da Convenção Americana seja intitulado 'Garantias judiciais', sua aplicação não se limita aos recursos judiciais em sentido estrito, 'senão [para] o conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais' para os fins de que as pessoas estejam em condições de defender adequadamente seus direitos ante qualquer tipo de ato do Estado que possa afetá-las. É dizer, qualquer atuação ou omissão dos órgãos do Estado dentro de um processo, seja administrativo sancionatório ou jurisdicional, deve respeitar o devido processo legal.⁸⁴⁸

Em 2006, no Caso Claude Reyes e outros *vs.* Chile, nova manifestação da Corte confirmou que o art. 8 não se aplica só a processos judiciais, mas também aos administrativos.⁸⁴⁹ Mais recentemente, em 2013, a Corte IDH confirmou a linha jurisprudencial inaugurada em 2001 no Caso Baena Ricardo e outros *vs.* Panamá e no Caso Tribunal Constitucional *vs.* Peru, e atestou no Caso Camba Campos e outros (Tribunal Constitucional) *vs.* Equador a plena aplicabilidade das garantias do art. 8 do Pacto de São José a qualquer tipo de processo em que seja exercida competência punitiva estatal (e não só a processos judiciais penais).⁸⁵⁰ A razão de fundo para a extensão das garantias do art. 8 aos processos administrativos (e também do art. 25, como bem colocado no parágrafo 122 da sentença do Caso Baena Ricardo)⁸⁵¹ é, repita-se, o exercício do poder punitivo *estatal* e a proximidade dos regimes sancionatórios penal e administrativo.⁸⁵²

⁸⁴⁷ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración Pública... Op. Cit.*, p. 169.

⁸⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo... *Op. Cit.*, § 124.

⁸⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Claude Reyes e outros *vs.* Chile. Sentença de 19 det. 2006. § 118.

⁸⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Camba Campos e outros (Tribunal Constitucional) *vs.* Equador. Sentença de 28 ago. 2013. §165 e ss.

⁸⁵¹ "Esta Corte deve primeiro analisar o âmbito de aplicabilidade da Lei 25 para então considerar se o Estado violou os artigos 8 e 25 da Convenção Americana". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo... *Op. Cit.*, § 122).

⁸⁵² "Sem embargo, é necessário ter em conta que as sanções administrativas são, tal como as penais, uma expressão do poder punitivo do Estado e que têm, ocasionalmente, uma natureza semelhante à destas. Uma e outras implicam prejuízo, privação ou alteração dos direitos das pessoas, como consequência de uma conduta ilícita. Portanto, em um sistema democrático é necessário ter extrema cautela para que ditas medidas sejam adotadas com respeito estrito pelos direitos básicos das pessoas e previamente a uma cuidadosa verificação sobre

No Brasil, assim já se manifestaram Rafael Munhoz de Melo,⁸⁵³ bem como Emerson Gabardo, este último a partir da leitura constitucional sobre o tema considerando o art. 5º, XLVI da Lei Fundamental⁸⁵⁴ Ademais, na ausência de normas administrativas tão protetivas quanto as de Direito Penal para acusados, aplicam-se as disposições dessa disciplina, visto que o princípio *pro homine* rege a atuação estatal em matéria de direitos humanos.⁸⁵⁵

Logo, com base na jurisprudência da Corte IDH e na doutrina que trata especificadamente sobre o assunto, são aplicáveis ao processo administrativo em que se determine direitos do cidadão as regras convencionais do art. 8 e do art. 25 do Pacto de São José da Costa Rica, do que se extrai *o direito ao devido processo administrativo como um direito humano*. Em resumo, as normas dos artigos 8 e 25 do Pacto de São José da Costa Rica ou qualquer outra norma processual prevista em tratados de direitos humanos (como, por exemplo, o art. 14 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da ONU) se aplicam em processos administrativos, salvo nos casos em que o próprio tratado faça ressalva em relação ao campo de aplicação da norma. As disposições citadas são aplicáveis aos processos punitivos administrativos, sejam eles fiscalizatórios,⁸⁵⁶ disciplinares⁸⁵⁷ ou processos de qualquer outra natureza que ao final implique uma redução da esfera jurídica do acusado ou determinação de direitos do cidadão.⁸⁵⁸

a efetiva existência da conduta ilegal". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo... *Op. Cit.*, § 106).

⁸⁵³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁸⁵⁴ "Quando o art. 5º, inciso XLVI prescreve: 'a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) a privação ou restrição de liberdade, b) perda de bens, c) multa, d) prestação social alternativa, e) suspensão ou interdição de direitos', ele não fala que esse dispositivo se restringe aos crimes; ele não fala que esse dispositivo é do Direito Penal, é do Direito Administrativo ou é do Direito Civil". Para Gabardo, todas as sanções do 5º, XLVI da Constituição são "penas e, portanto, é difícil ser afastada a proposição de que existe um Direito Constitucional Penal ou um Direito Constitucional sancionatório, que implica um regime jurídico ou um Direito público de intervenção que é o núcleo comum do Direito Penal, do Direito Administrativo ou até mesmo do Direito Civil, embora reconheça certa dificuldade em aceitar essa mistura entre o Direito Civil e o Direito Penal". (GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: breve estudo sobre o princípio da insignificância. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 12, n. 134, p. 9-17, abr. 2012, p. 11).

⁸⁵⁵ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Tratados de derechos humanos... Op. Cit.*, p. 75.

⁸⁵⁶ Instaurados no exercício do poder de polícia administrativa. Cf, nesse sentido, CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Processo administrativo e controle da atividade regulatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

⁸⁵⁷ O processo administrativo disciplinar é aquele tipo processual "destinado a demonstrar a ocorrência de um fato infracional, imputando-se o comportamento ilícito a alguém e que culmina com uma decisão". (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores... Op. Cit.**, p. 198). Sobre processo administrativo disciplinar, cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo... Op. Cit.**; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito... Op. Cit.**

⁸⁵⁸ A visão teórica do regime sancionatório administrativo de servidores e terceiros foi esmiuçada por FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Disso decorre, então, que o critério final de aplicação do art. 8 e art. 25 da Convenção Americana pela Administração é a *interferência de uma decisão na esfera jurídica do sujeito*. A interpretação evolutiva molda a leitura até mesmo do termo "juiz ou tribunal": se uma decisão de uma autoridade pública qualquer afeta direitos ou obrigações do particular, a contrapartida necessária será a aplicação das garantias mínimas da Convenção.⁸⁵⁹ No Brasil, isso significa, entre outras consequências, que um servidor encarregado da condução e/ou decisão de um processo administrativo (punitivo ou não) deve atentar para a legalidade, constitucionalidade e *convencionalidade* de seus atos inclusive no que tange aos direitos, deveres, ônus e sujeições processuais.⁸⁶⁰ Afinal, como já mencionado em capítulo anterior, o reconhecimento *de ofício* dos direitos processuais comuns ao processo judicial e administrativo previstos na Constituição e tratados de direitos humanos é dever tanto do Poder Judiciário quanto da Administração Pública em sua atividade.⁸⁶¹ Ambos exercem, não custa relembrar, controle de convencionalidade no exercício de suas funções típicas e atípicas.

Visto isso, cumpre detalhar o regime *convencional* básico dos processos administrativos conforme previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. A leitura conjunta do art. 14 do Pacto Internacional, e dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, bem como o aproveitamento do que a Corte IDH já decidiu sobre o tema,⁸⁶² demonstra um regime jurídico básico aplicável aos cidadãos que participam de processos administrativos e, em alguns casos, revela inconveniências latentes no sistema jurídico brasileiro. Para a explicação que se segue, algumas observações servirão em maior medida para os processos administrativos sancionadores. Entretanto, no que couber, o exposto é válido para o processo administrativo em que figurem partes litigantes ou interessados.

⁸⁵⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 65-67.

⁸⁶⁰ FLAX, Gregorio. *La sumisión del Derecho Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 354.

⁸⁶¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 285.

⁸⁶² A jurisprudência da Corte IDH sobre processo administrativo é reduzida em comparação ao que já decidiu sobre o processo penal. Além dos casos anteriormente citados, Jaime Orlando Fantofimio Gamboa lembra alguns julgados em que a Corte IDH trabalhou com processos administrativos considerados contrários à Convenção Americana: Caso Yakye Axa vs. Paraguai (o processo ultrapassou o prazo razoável e não havia recurso administrativo efetivo, cf. §§ 89-98); Caso Ivcher Bronstein vs. Peru (violou-se o direito ao processo administrativo efetivo); Caso Granier e outros vs. Venezuela (violou-se o direito ao processo administrativo efetivo); Caso Yake Axa vs. Paraguai, Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador e Caso dos Povos Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus membros vs. Panamá (violou-se o processo administrativo efetivo e o dever de consulta prévia). (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 271-272).

Como se detalhará adiante, da perspectiva convencional se extrai o direito a um devido processo administrativo,⁸⁶³ o qual condensa uma multiplicidade de direitos e deveres humanos supraconstitucionais, sendo ele mesmo considerado um direito do cidadão (o direito ao devido processo administrativo). Integram o devido processo administrativo: (i) o princípio *pro homine*, (ii) o direito à duração razoável do processo; (iii) o dever de imparcialidade da Administração; (iv) direito ao conhecimento prévio e pormenorizado do objeto processual pelo interessado; (v) direito à disposição de prazo razoável para manifestação do cidadão; (vi) direito da parte de se fazer representar por procurador habilitado; (vii) direito à ampla defesa e ao contraditório; (viii) direito à presunção de inocência e vedação à auto-incriminação; (ix) dever de publicidade; (x) dever de motivação das decisões; (xi) dever de previsão de infração e sanção em lei e irretroatividade; (xii) direito à paridade de armas; (xiii) direito ao formalismo moderado; (xiv) dever de efetividade; (xv) direito ao duplo grau de julgamento (recurso em sentido estrito); e (xvi) vedação ao *bis in idem*.⁸⁶⁴ Esse regime que compõe o devido processo administrativo convencional deriva do conjunto de dispositivos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14) e da Convenção Americana (especialmente as normas dos artigos 2, 8, 9 e 25).

Mesmo que um processo administrativo no Brasil esteja de acordo com a Constituição e/ou com a legislação infraconstitucional, se não respeitar as garantias do art. 14 do Pacto Internacional e do art. 8 e art. 25 do Pacto de São José da Costa Rica, bem como

⁸⁶³ A expressão é de HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 446.

⁸⁶⁴ Pablo Gutiérrez Colantuono classifica de modo diverso o regime jurídico convencional do processo administrativo. A classificação é forte no plano prático e teórico. De grande utilidade, foi aproveitada em parte neste trabalho. De acordo com sua classificação, o Pacto de São José da Costa Rica incorpora ao processo administrativo: (a) os princípios substantivos e (b) os princípios processuais (adjetivos).⁸⁶⁴ São princípios substantivos: (a.1) *pro homine*; (a.2) juridicidade; (a.3) proporcionalidade; (a.4) eficácia; (a.5) tutela administrativa efetiva; (a.6) confiança legítima; (a.7) igualdade; (a.8) máxima divulgação da informação em poder do Estado.⁸⁶⁴ A seu turno, os princípios procedimentais ou adjetivos são: (b.1) imparcialidade; (b.2) devido processo legal - em que inseridos o direito à igualdade de armas, gratuidade, contraditório, prazo razoável e publicidade; (iii) informalismo (flexibilidade preclusória); (iv) motivação. (GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 79-151). Javier Bazarra, a partir da Lei Federal de Processo Administrativo Argentino, lista os princípios da eficiência, ordem e decoro, oficialidade, verdade jurídica objetiva, juridicidade, formalismo moderado, devido processo, gratuidade, transparência e colaboração (BAZARRA, Javier Indalecio. Los principios del procedimiento administrativo. **Administración & Derecho - Revista de doctrina y jurisprudencia**, Buenos Aires, a.1, n.1, p.131-158, set. 2009). Por sua vez, Diogo de Figueiredo Moreira Neto lista como princípios atinentes ao regime sancionador administrativo os princípios da legalidade, processualidade, tipicidade, *non bis in idem*, pessoalidade, individualização das penas, culpabilidade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa e motivação (MOREIRA NETO Diogo de Figueiredo. Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p. 95-107, maio. 2010. p. 104-105). Quer-se dizer com isso que são várias as classificações possíveis.

ignorar as regras do art. 9 deste último, será inconveniente e portanto nulo.⁸⁶⁵ É dizer, qualquer decisão administrativa que desrespeite esse núcleo processual convencional do devido processo administrativo padecerá de inconveniente, e estará desta forma sujeita à anulação administrativa ou pelo Poder Judiciário.

Não se pode admitir o argumento de que, em caso de nulidades, poderá simplesmente haver o saneamento posterior dos vícios na esfera judicial, ou de que haveria necessidade de comprovação de ocorrência de prejuízo para declaração de nulidade. Enquanto no Sistema Regional Europeu de Direitos Humanos entende-se que a judicialização de alguma questão na qual não foram respeitadas garantias processuais é suficiente para *sanar* os vícios administrativos, no SIDH isso é impensável, pois no âmbito de proteção da Convenção Americana é inaplicável a doutrina da remediação.⁸⁶⁶ Este é o nome que se dá à doutrina segundo a qual a mera possibilidade de controle judicial da atividade administrativa impede a declaração nulidade dos atos violadores de alguma garantia convencional afeta ao devido processo legal e administrativo.⁸⁶⁷

De fato, a jurisprudência da Corte IDH nega a doutrina da remediação.⁸⁶⁸ O decidido pela Corte no Caso Castillo Patruzzi e outros *vs.* Peru dá respaldo à tese de que se um ato administrativo é viciado gravemente, a sentença judicial que o sustenta não pode ser válida. A Corte manifestou naquele julgado que "se os atos em que se sustenta a sentença estão afetados por vícios graves, que os privam de eficácia que deveriam ter em condições normais, a sentença não subsistirá".⁸⁶⁹ O elemento "dano" na responsabilidade internacional é jurídico. Basta a violação da norma do tratado através de algum ato estatal de qualquer Poder para configurar o dano, não sendo necessária a materialização física ou moral de algum prejuízo às vítimas.⁸⁷⁰ Deste modo, não pode haver remediação de um ato praticado contrariamente à norma convencional.

Ensina novamente Pablo Gutiérrez Colantuono a partir de análise da jurisprudência internacional: "A reação convencional diante dessa situação é a nulidade do ato

⁸⁶⁵ Lembre-se que o efeito direito das normas convencionais é a principal característica dos sistemas de proteção de direitos humanos, sem o quê não seriam efetivas. (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 212).

⁸⁶⁶ "A remediação não tem cabimento no sistema americano, porque nele está claro que o devido processo, como garantia essencial, é impostergável". (GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 75).

⁸⁶⁷ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 71.

⁸⁶⁸ IVANEGA, Miriam Mabel. Procedimiento disciplinario: influencia de las decisiones de la CIDH. **Opera Prima de Derecho Administrativo - Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA)**, Ciudad de México, a. 8, n. 16, p. 529-554, jul/dec. 2014. p. 532.

⁸⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso Castillo Patruzzi e outros *vs* Peru. Sentença de 30 maio 1999. § 219.

⁸⁷⁰ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados...** *Op. Cit.*, p. 188.

e a necessidade de repetição dos atos precedentes, mas não a remediação por meio do controle judicial".⁸⁷¹ Se as garantias do art. 8 e outros dispositivos do Pacto de São José se aplicam ao processo administrativo (e se o processo administrativo é dotado de efetiva importância, não sendo um mero rito prévio ao judicial) é impossível que a via judicial sane o vício ao devido processo legal ocorrido na esfera administrativa. Admiti-lo seria aceitar a possibilidade de violação à Convenção Americana e aos seus princípios. Ainda mais: seria admitir a irrelevância da atuação da Administração no Estado de Direito e diminuir a importância de suas decisões e de seu papel institucional.⁸⁷² Negar que os vícios ao devido processo administrativo possam ser sanados de alguma forma *a posteriori* no processo judicial é o modo mais eficaz de fortalecer as garantias processuais disponíveis ao cidadão em face do Poder Público.

Dito isso, sem encerrar de modo algum todas as consequências de cada direito integrante do regime jurídico do devido processo administrativo de base convencional, a seguir serão discutidos os principais pontos de cada uma das dezesseis imposições que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica dirigem aos agentes públicos atuantes em processo administrativo. Os agentes competentes, repita-se, têm o dever de fiscalizar e declarar a inconveniência nos processos administrativos. Afinal, como já visto, são efeitos positivos da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos: (i) não agir contrariamente aos tratados internacionais de direitos humanos, tal como interpretados pelos tribunais internacionais de direitos humanos; e (ii) recusar-se a aplicar normas violadoras dos tratados de direitos humanos. Com isso em mente, cumpre explicar o que integra o regime jurídico do devido processo administrativo.

6.2. Principais impactos no Direito Administrativo brasileiro decorrentes do direito ao devido processo administrativo presente nos tratados de direitos humanos

Ao longo deste trabalho foi demonstrado a exatidão que "a lei, os decretos, resoluções administrativas e demais atos administrativos de caráter geral ou regulamentos deverão sempre estar de acordo com a Convenção Americana".⁸⁷³ Indo além, é preciso reiterar que leis, atos infralegais e todas as decisões administrativas tomadas em processos administrativos precisam estar em conformidade com o regime jurídico definido na

⁸⁷¹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 76.

⁸⁷² *Ibidem*.

⁸⁷³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 213.

Convenção Americana e em todos os demais tratados de direitos humanos vigentes. Sendo assim, extrai-se de tratados de direitos humanos com hierarquia supraconstitucional um regime do devido processo administrativo, no qual se destacam dezesseis itens correspondentes a direitos dos cidadãos e deveres da Administração.

Como visto acima, integram o devido processo administrativo: **(a)** o princípio *pro homine*, **(b)** o direito à duração razoável; **(c)** o dever de imparcialidade; **(d)** direito ao conhecimento prévio e pormenorizado do objeto processual; **(e)** direito à disposição de prazo razoável para manifestação; **(f)** direito a se fazer representar por procurador habilitado; **(g)** direito à ampla defesa e ao contraditório; **(h)** direito à presunção de inocência e vedação à auto-incriminação; **(i)** dever de publicidade; **(j)** dever de motivação das decisões; **(k)** dever de previsão de infração e sanção em lei e irretroatividade; **(l)** direito à paridade de armas; **(m)** direito ao formalismo moderado; **(n)** dever de efetividade; **(o)** direito a recurso; e **(p)** vedação ao *bis in idem*.

Alguns dos direitos integrantes do regime jurídico do devido processo administrativo se aplicam apenas aos processos punitivos, o que não impede a tratativa, neste momento, de todos em conjunto.⁸⁷⁴ Abaixo serão abordados os principais contornos e consequências desses direitos e deveres oriundos de tratados de direitos humanos e que impactam o processo administrativo brasileiro.

(a) O princípio *pro homine* integra o conteúdo do devido processo administrativo. A abrangência do princípio da aplicação (e interpretação) da norma mais favorável ao ser humano já foi detalhada em capítulo próprio, motivo pelo qual não cabe alongar-se neste momento. Todas as considerações já traçadas anteriormente sobre a aplicação da norma mais favorável ou menos prejudicial valem para a atuação da Administração Pública em processos administrativos, inclusive os disciplinares. Nesses últimos, a interpretação que acolha a incidência da norma mais favorável ou menos prejudicial é inclusive a que se adapta melhor ao princípio da proporcionalidade. Isto é, será proporcional a aplicação de sanção que seja menos prejudicial à esfera jurídico-patrimonial dos sujeitos, critério este de grande relevância

⁸⁷⁴ É oportuno citar, nesse ponto, a classificação proposta por Vitor Rhein Schirato, segundo quem os processos administrativos são de quatro tipos: "os processos administrativos podem ser de natureza declaratória, quando destinados a declarar algo em relação a um particular, de natureza constitutiva quando destinados a constituir um direito em favor dos particulares, de natureza normativa, quando destinados à produção de um ato normativo, e, por fim, de natureza sancionadora, quando destinados a impor uma sanção a um particular em decorrência do descumprimento de uma determinada obrigação. (...) Em todos esses casos, a Administração Pública analisará um pleito oferecido pelo particular, ou iniciará de ofício um processo decisório sobre um dado direito ou interesse de um particular". (SCHIRATO, Vitor Rhein. As partes do processo administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 11, n. 46, p. 115-135, out./dez. 2011. p 123).

notadamente em razão da abertura que muitas legislações preservam em dispositivos afetos ao regime sancionatório. Quando se diz que a pena aplicável ao cometimento de infração disciplinar ou qualquer outra infração de caráter administrativo deve ser proporcional, isso significa também que deverá atender o critério *pro homine*, de modo a conciliar o caráter reprovador da sanção com a medida que menos prejudique o cidadão.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ainda que da perspectiva da função regulatória, com razão explica o motivo pelo qual em matéria punitiva a hermenêutica orienta-se pelo princípio *pro homine*: "com efeito, o princípio fundamental da proteção do ser humano, que inclui a custódia de sua liberdade, integridade, dignidade e a proteção de seus bens, quando se trata de uma atividade sancionadora, se estende e se expande *protetoramente* de modo a proscrever todas as possibilidades de exercício de arbítrio que possa atingi-lo".⁸⁷⁵ Desse modo, o princípio *pro homine* é que irradia por todo o sistema processual administrativo, de modo que a interpretação e aplicação de todas as normas processuais deverão ser mais benéficas ao ser humano, bem como seguir as soluções que menos o prejudiquem quando a sanção ou redução da esfera jurídico-patrimonial for inevitável em decorrência do que impõe o ordenamento.

(b) Além da garantia constitucional da razoável duração do processo administrativo do art. 5º, LXXVIII,⁸⁷⁶ há um direito humano equivalente⁸⁷⁷ de hierarquia supraconstitucional reconhecido em diversos instrumentos internacionais. O dever de decidir em prazo razoável é imposto à Administração por tratados, a exemplo dos artigos XVIII, XXIV e XXV da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e dos artigos 5.5, 7.4, 7.5, 7.6 e 8.1 da Convenção Americana.⁸⁷⁸ O art. 14.2, "c" do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos igualmente garante que todos têm direito "de ser julgado sem dilações indevidas". A sua vez, a Corte IDH, tomando mais uma vez de empréstimo critérios da Corte Europeia de Direitos Humanos, estabeleceu no Caso *Genie Lacayo vs. Nicarágua*⁸⁷⁹

⁸⁷⁵ MOREIRA NETO Diogo de Figueiredo. *Discricionariedade administrativa...* *Op. Cit.*, p. 103. Grifos ausentes no original.

⁸⁷⁶ (Constituição Federal) Art. 5º (...) LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁸⁷⁷ FLAX, Gregorio. *La sumisión del Derecho Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 369.

⁸⁷⁸ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *El derecho administrativo argentino...* *Op. Cit.*, p. 147.

⁸⁷⁹ "77. O artigo 8.1 da Convenção também se refere ao prazo razoável. Este não é um conceito de definição simples. Pode-se invocar para precisar-lo os elementos que assinalou a Corte Europeia de Direitos Humanos em vários julgados no qual se analisou este conceito, pois o artigo da Convenção Americana é equivalente, no essencial, ao art. 6 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. De acordo com a Corte Europeia, deve-se tomar em conta três elementos para determinar a razoabilidade do prazo em que se desenvolve o processo: a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; e c) a conduta das autoridades judiciais (ver entre outros, Corte Europeia, Caso *Motta*, de 19 de fevereiro de 1991, Série A, n. 195-A, par. 30; Corte Europeia, Caso *Ruiz Mateos vs. Espanha*, de 23 de junho de 1993, Série

e no Caso Suárez Rosero vs. Equador⁸⁸⁰ os critérios para definição do que é prazo razoável de processos judiciais, válido também para processos *administrativos*: (i) a complexidade do caso; (ii) as condutas dos interessados no processo; (iii) a conduta e atividades das autoridades públicas no processo. Mais recentemente foi agregado mais um critério, o do (iv) interesse em jogo. O quarto critério foi posto no Caso López Álvarez, no voto do Juiz Garcia Ramírez,⁸⁸¹ posteriormente repetido pela Corte, entre outros, no Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia,⁸⁸² no Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil⁸⁸³ e no Caso Forneron e Filha vs. Argentina.⁸⁸⁴

Esses quatro elementos devem ser analisados do seguinte modo para verificação do prazo razoável de duração do processo, segundo Pablo Gutiérrez Colantuono: (i) quanto maior a relevância do interesse em jogo, menor deve ser o prazo; (ii) quando maior a relevância do interesse em jogo para a pessoa, menor a possibilidade de o Estado escusar-se em razão da complexidade do assunto; (iii) quanto maior a relevância do interesse, menor a relevância da atividade do interessado; (iv) quanto maior a relevância do interesse, maior é o dever de atuação espontânea das autoridades.⁸⁸⁵ Em conjunto, esses critérios confirmam a ideia acertada de que a "razoável duração dos processos não pode ser entendida como uma técnica que visa simplesmente a aceleração dos processos e procedimentos".⁸⁸⁶ Muito mais que isso, a garantia da razoável duração do processo deve ser observada na complexidade processual em que está inserida, caso a caso. Ressalva-se que o ônus de provar que o processo está respeitando a duração razoável de tramitação é *sempre do Estado*.⁸⁸⁷

A, n. 262, par. 30)". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua. Sentença de 29 jan. 1997. §77).

⁸⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero vs. Equador. Sentença de 12 nov. 1997. §72 e ss.

⁸⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentença de 01 fev. 2006. Voto do Juiz Garcia Ramírez. §36.

⁸⁸² "A Corte estabeleceu que é preciso tomar em conta três elementos para determinar a razoabilidade do prazo: a) a complexidade do assunto, b) a atividade processual do interessado, e c) a conduta das autoridades judiciais. O Tribunal considera pertinente especificar, ademais, que, em dita análise de razoabilidade deve-se ter em conta o impacto gerado pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa envolvida no mesmo, considerando, entre outros elementos, a matéria objeto da controvérsia. Se a passagem do tempo incide de maneira relevante na situação jurídica do indivíduo, resultará necessário que o procedimento corra com mais diligência para que o caso seja resolvido em tempo breve". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia. Sentença de 27 nov. 2008. §155).

⁸⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentença de 24 nov. 2010. § 219.

⁸⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Forneron e filha vs. Argentina. Sentença de 27 abr. 2012. §66.

⁸⁸⁵ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración Pública... Op. Cit.*, p. 139-140.

⁸⁸⁶ PRIEBE, Victor Saldanha; SPENGLER, Fabiana Marion. A razoável duração do processo na jurisdição brasileira. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, a. 11, v. 18, p. 165-191, maio/ago. 2017. p. 187.

⁸⁸⁷ IVANEGA, Miriam Mabel. Procedimiento disciplinario... *Op. Cit.*, p. 539.

A principal contribuição da recepção da jurisprudência da Corte IDH como modo de revelar o conteúdo da norma da razoável duração do processo é o estabelecimento de critérios para sua definição. Não se ignora que a princípio a legislação infraconstitucional prevê, em diversas hipóteses, prazos para que a Administração decida, a exemplo do prazo de trinta dias para decidir previsto na Lei n. 9.784/99⁸⁸⁸ ou o prazo de vinte dias para decidir em processo administrativo disciplinar previsto na Lei n. 8.112/90.⁸⁸⁹ Porém, mesmo quando existam esses prazos, os quatro critérios identificados pela jurisprudência são aplicáveis.

Em outras palavras, mesmo quando o Estado *não ultrapassa o prazo fixado na legislação interna*, ele viola o dever de decidir em prazo razoável se não julga em tempo oportuno questão afeta a um interesse relevante, de acordo com os critérios apontados. Quer dizer, em matérias de grande relevância, "a autoridade administrativa não pode amparar-se na falta de vencimento dos prazos quando a importância do interesse envolvido o impede, isto é, quando se afeta a tutela efetiva de um direito fundamental".⁸⁹⁰ Em alguns casos de urgência, a responsabilidade do Estado é na celeridade da tramitação, cabendo tutela jurisdicional contra sua omissão, inclusive mediante o uso do mandado de segurança por violação ao direito à razoável duração do processo.

(c) A imparcialidade da Administração ao julgar processos administrativos é requisito de validade da decisão, mesmo que a Administração seja parte.⁸⁹¹ As previsões norma do art. 8.1 da Convenção Americana e do art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos exigem atuação imparcial do Poder Público nos processos administrativos, imposição que se não fosse clara em tais disposições derivaria, pelo menos, dos princípios da isonomia e da juridicidade. Na atividade administrativa, e por óbvio que também no exercício do poder disciplinar e punitivo, a Administração não pode estatuir privilégios a ninguém. Deve, sempre, julgar conforme o Direito. Aplicar a lei de ofício é o dever do agente público no exercício da função administrativa, do que decorre o dever de ser imparcial e atender os pleitos e aplicar penas objetivamente.⁸⁹² Se há mais de um interessado, o dever de imparcialidade impõe que a Administração seja equidistante. Se há apenas um interessado, não deve beneficiá-lo nem prejudicá-lo, mas aplicar a norma tal como prevista no

⁸⁸⁸ (Lei n. 9.784/99) Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

⁸⁸⁹ (Lei n. 8.112/90) Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

⁸⁹⁰ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 140.

⁸⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 342.

⁸⁹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...** *Op. Cit.*, p. 196-197.

ordenamento (sem descuidar, é claro, do princípio da proporcionalidade e do princípio *pro homine*).

(d) O direito ao conhecimento prévio do objeto processual decorre do art. 8.2, "b" do Pacto de São José da Costa Rica, no qual se identifica como garantia mínima "comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada". O direito prevê aquilo que Romeu Felipe Bacellar Filho denominou *citação adequada*: "O ato de citação não deve somente chamá-lo [o acusado ou litigante] ao processo, mas informá-lo dos fatos a ele imputados, a detida fundamentação e menção da sanção aplicável".⁸⁹³

Posto assim, o âmbito de aplicação por excelência da regra, certamente, se volta aos processos em que se apuram infrações administrativas. A interpretação convencionalmente adequada, porém, permite estender a regra a qualquer processo administrativo. Desde que um ato administrativo guarde o potencial de modificar a situação jurídica de um sujeito, este deve ser previamente intimado para manifestação, independentemente de se tratar de processo disciplinar ou não.⁸⁹⁴ Assim, lê-se a regra como garantia de conhecimento *do objeto* do processo previamente à intimação do interessado para participar da relação jurídico-processual.

Seja qual for a espécie do processo, o cidadão terá direito a conhecer previamente *por qual razão está sendo citado, intimado ou notificado para dele participar, e em que condição isso acontece*. A Administração está obrigada a informar os cidadãos intimados a qualidade de que se reveste sua participação no processo, bem como a matéria que se está discutindo e a finalidade de sua participação. Lembre-se, nesse sentido, de que o Pacto de São José garante os direitos básicos em processos nos quais se *determine* direitos do cidadão. A participação adequada do interessado no processo só pode acontecer se o interessado sabe em que condição participa e quais os seus direitos que estão em jogo no processo decisório.

Nos processos disciplinares, especificamente, a regra concede direito do acusado em processos administrativos à comunicação prévia e detalhada da acusação, contendo os fatos imputados e tipos infracionais supostamente violados. A norma integra o conteúdo do devido processo administrativo "porquanto ninguém pode se defender de algo que não conhece".⁸⁹⁵

Feitas essas considerações, nota-se que a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça brasileiro que entende lícita a edição de portaria em processo

⁸⁹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...** *Op. Cit.*, p. 268.

⁸⁹⁴ ORDÓÑEZ, Jorge Danós. Los tratados internacionales y la jurisprudencia... *Op. Cit.*, p. 631.

⁸⁹⁵ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 182-183.

administrativo disciplinar esvaziada da identificação das condutas e tipos infracionais supostamente violados é flagrantemente inconveniente, como já apontaram anteriormente Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust.⁸⁹⁶ Lamentavelmente, é sólida a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de "que apenas quando do indiciamento do servidor, posteriormente à fase instrutória do processo administrativo disciplinar, deve haver a descrição detalhada dos fatos a serem apurados, sendo desnecessária tal providência na portaria inaugural (...)".⁸⁹⁷ A posição está consolidada em conjunto com o posicionamento na mesma Corte de que em matéria disciplinar "o acusado se defende dos fatos a ele imputados, não sendo eventual capitulação legal restrição para posterior reenquadramento jurídico".⁸⁹⁸ Ora, não há como aceitar como correta a jurisprudência brasileira sobre o tema. Ela é não só frontalmente contrária à literalidade do art. 8.2, "b" do Pacto de São José da Costa Rica, como também se opõe de maneira injustificada à jurisprudência da Corte IDH sobre o mesmo tema.

Mesmo que a Corte IDH reconheça a possibilidade de alteração da capitulação jurídica no curso do processo, está longe de dúvidas que essa possibilidade depende do conhecimento prévio do acusado a respeito não só das condutas em tese praticadas, mas igualmente os tipos em tese violados.⁸⁹⁹ Pablo Gutiérrez Colantuono menciona o voto do Juiz García Ramírez no Caso López Álvarez para corroborar a tese convencional segundo a qual o acusado deve conhecer antecipadamente "o motivo, o significado e as possíveis repercussões dessa atividade, porque só assim pode enfrentá-la adequadamente".⁹⁰⁰ Saber de antemão as possíveis implicações que o ato supostamente praticado terá na esfera administrativa é a única maneira de exercitar adequadamente o direito à ampla defesa. O direito ao conhecimento

⁸⁹⁶ HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 589-610, 2015.

⁸⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 16.121. Primeira Seção. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 25 fev. 2016. Publicado em 06 abr. 2016.

⁸⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 21.219. Primeira Seção. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 14 dez. 2016. Publicado em 02 fev. 2017.

⁸⁹⁹ "Ao determinar o alcance das garantias contidas no art. 8.2 da Convenção, a Corte deve considerar o papel da 'acusação' no devido processo legal *vis-à-vis* o direito de defesa. A descrição material da conduta imputada contém os dados fáticos recolhidos na acusação, que constituem a referência indispensável para o exercício da defesa do imputado e a conseqüente consideração do julgador na sentença. Daí que o imputado tem direito a conhecer, através de uma descrição clara, detalhada e precisa, os fatos que lhe são imputados. A qualificação jurídica destes pode ser modificada durante o processo pelo órgão promotor ou pelo juiz, sem que atente contra o direito de defesa, quando se mantenham sem variação os mesmos fatos e se observe as garantias processuais previstas na lei na nova qualificação. O chamado 'princípio de coerência ou correlação entre acusação e sentença' implica que a sentença só pode se referir a fatos ou circunstâncias contemplados na acusação". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Sentença de 20 jun. 2005. §67).

⁹⁰⁰ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública... Op. Cit.**, p. 183.

prévio do objeto processual integra o devido processo administrativo porque sem saber de antemão o que está sendo discutido, o que se visa provar ou punir ou qual a acusação formulada ou que potencialmente se formulará, *é impossível defender-se*. Afinal, a defesa busca estratégica e legitimamente opor-se tão somente contra o que se acusa, nem mais nem menos. A defesa centra-se no objeto da acusação, sob pena de transbordar indevidamente os limites da discussão, o que prejudica o exercício eficiente do próprio poder punitivo.

De forma pioneira (embora ainda que isolada na doutrina brasileira), Daniel Wunder Hachem já se manifestou pela inconvenção dos artigos 151 e seguintes da Lei n. 8.112/90, normas que invertem as fases do processo administrativo disciplinar na esfera federal. O procedimento do processo disciplinar daquela lei é sem dúvidas inconstitucional ao prever que antes da defesa do acusado acontecerá inquérito e *instrução processual*. Uma vez que só após a instrução, com oitiva de testemunhas e produção de outras provas, é que o servidor público é indiciado e passa a conhecer de forma detalhada e pormenorizada as condutas que em tese praticou e os tipos infracionais em tese violados, a Lei n. 8.112/90 no tocante o processo administrativo disciplinar é *inconvenção*.⁹⁰¹ A conclusão manifestada pelo autor não é exclusividade do estatuto federal. Todos os estatutos dos servidores públicos estaduais e municipais que preveem disposições semelhantes implicam transgressão ao art. 8.2, "b" da Convenção Americana e devem ser declarados como inconvenções. A declaração de inconvenção é um dever não só dos juízes, mas também dos próprios servidores que conduzem o processo administrativo disciplinar.

O exercício do controle de convenção pela Administração Pública nesses casos é absolutamente necessário, de modo que cabe às comissões processantes no ato inaugural do processo identificar as condutas e tipos e informá-los ao servidor já *na primeira notificação enviada ao acusado*. Sob pena de inconvenção, o ato de citação ou notificação⁹⁰² de qualquer acusado em processo punitivo "deve não somente chamá-lo a juízo, mas também informá-lo dos fatos a ele imputados, a devida fundamentação e a sanção cabível, fixando tempo oportuno para que, antes da instrução, possa manifestar-se sobre os

⁹⁰¹ "O processo administrativo disciplinar na esfera federal se desenvolve, nos termos da Lei nº 8.112/90, em três fases: (i) instauração; (ii) inquérito; e (iii) julgamento. A segunda fase – (ii) inquérito – compreende (ii.i) instrução; (ii.ii) defesa; (ii.iii) relatório (art. 151, II). Ou seja: se o acusado for esperar o final do inquérito para saber com precisão quais ilicitudes lhe estão sendo imputadas, jamais poderá inquirir testemunhas ou produzir provas documentais e periciais que robustecem sua defesa, porque a oportunidade para fazê-lo já terá precluído". (HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 335).

⁹⁰² Os estatutos dos servidores públicos brasileiros não são homogêneos nem técnicos na nomenclatura do ato que chama o sujeito a participar do processo.

elementos integrantes da pretensão da administração, participando na delimitação do objeto da prova".⁹⁰³

Diante do exposto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre processo administrativo disciplinar e comunicação prévia das infrações deve ser urgentemente revista, eis que se encontra em desacordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte que lhe interpreta. É necessário que em troca da jurisprudência inconvenicional firmada no Brasil se estabeleça definitivamente a eficácia do art. 8.2, "b" do Pacto de São José da Costa Rica para que na notificação inicial dos acusados sobre os fatos e a qualificação legal nos tipos infracionais supostamente violados sejam previamente especificados, sendo esta uma condição de validade da comunicação.⁹⁰⁴ O desrespeito a esse dever acarretará nulidade absoluta do processo administrativo, com todos os efeitos que a declaração traz consigo.

Por derradeiro, mas não menos relevante, o princípio da taxatividade está inserido como norma no dever de comunicação prévia e pormenorizada. A taxatividade remonta à previsibilidade da consequência das condutas. Se o tipo é incerto, aberto ou indeterminado, "uma definição excessivamente vaga dos atos, das omissões ou das condutas sancionáveis viola os artigos 8º e 9º da Convenção Americana, algo que ocorre quando essa vagueza impede a pessoa conhecer antecipadamente as consequências dessa ações".⁹⁰⁵ A Corte IDH já manifestou, em caso sobre demissão de empregados públicos (Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá), o entendimento de que tipos abertos não atendem o dever do Estado de tipificar em leis condutas *taxativas*.⁹⁰⁶

Qual conduta tomar diante dessas situações em que o tipo infracional é aberto ou impregnado de conceitos indeterminados? Caso a Administração não consiga demonstrar fundamentadamente e de forma concreta a previsibilidade da consequência jurídica da conduta apontada como ilícita, mas prevista de modo indeterminado no tipo administrativo (através de critérios lógicos, técnicos e de experiência), haverá violação do princípio da taxatividade⁹⁰⁷ e não será válida a punição aplicada. A declaração de nulidade deverá ser realizada pela Administração de ofício ou pelo Judiciário quando provocado. Tipos

⁹⁰³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...** *Op. Cit.*, p. 255.

⁹⁰⁴ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 183.

⁹⁰⁵ *Idem*, p. 176.

⁹⁰⁶ "No que concerne ao princípio da legalidade, a Lei 25 só continha um conceito muito amplo e impreciso sobre as possíveis condutas ilícitas, cujas características específicas não se estabeleciam pontualmente, e que só se caracterizavam diante do conceito de participação em atos contrários à democracia e à ordem constitucional". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo... *Op. Cit.*, § 108)

⁹⁰⁷ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 174-176.

infracionais (e sanções)⁹⁰⁸ que não respeitam o princípio da taxatividade são inconventionais e não podem ser considerados para fins de atribuição de pena administrativa, seja a servidores no regime disciplinar, seja a particulares no regime punitivo geral do poder de polícia.⁹⁰⁹

(e) O art. 8.2, "c" do Pacto de São José confere direito a um tempo razoável para preparação de defesa ou manifestação em processo administrativo. Consta lá que é direito da parte a "concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa". O mesmo direito está previsto no art. 14.3, "b" do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Existe, dessa forma, um direito a um prazo *razoável* para manifestação do interessado, de modo que prazos exíguos em processos administrativos são inconventionais, especialmente prazos recursais ou decadenciais.⁹¹⁰ A complexidade de cada caso ditará a razoabilidade dos prazos, sendo o critério central a capacidade de elaborar defesa que possa influir na decisão. Se a parte entender que seu prazo é exíguo, tem o direito de pedir dilação⁹¹¹ e vê-la deferida se não houver motivo justo para o contrário. Desde que a parte respeite o dever de boa-fé processual, se houver negativa da dilação por parte da Administração sem explicitação de razões convincentes que justifiquem a negativa, haverá nulidade e o prazo deverá ser reaberto para que a decisão leve em consideração a manifestação do interessado.

Portanto, mesmo nos casos em que a legislação preveja prazo, se ele for exíguo a ponto de não possibilitar a elaboração da defesa, manifestação ou recurso da parte, haverá direito de requerer dilação. Diga-se o mesmo em relação a prazos com termo inicial ou final em datas festivas ou feriados (ou próximos delas), os quais não se compatibilizam de modo algum nem com o dever de boa-fé administrativa, nem com o direito a um prazo razoável para manifestação. São inócuos prazos que iniciam e/ou terminam em datas como Natal, Ano Novo, Páscoa ou outros feriados nacionais e locais, de modo que nesses casos nos quais o

⁹⁰⁸ Sobre sanções previstas em graus alargados, Celso Antônio Bandeira de Mello alega falta de razoabilidade: "Assim também não se poderá considerar válida lei administrativa que preveja multa de um valor muito modesto para um extremamente alto, dependendo da gravidade da infração, porque isto significaria, na real verdade, a outorga de uma 'discricionariedade' tão desatada, que a sanção seria determinável *pelo administrador e não pela lei*, incorrendo esta em manifesto vício de *falta de 'razoabilidade'*. (...) Norma que padecesse deste vício seria nula, por insuficiência de delimitação". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio da legalidade e algumas de suas consequências para o Direito Administrativo Sancionador. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n.1, p. 61-75, jan./jun. 2003. p. 67).

⁹⁰⁹ "Não se admite possa a autoridade administrativa punir indiscriminadamente os agentes públicos, nem menos ainda instituir faltas disciplinares por ato infralegal, nem que resida absoluta insegurança jurídica da parte dos servidores quanto ao conhecimento, decorrente de clara previsão legal, das condutas passíveis de apenação mais grave". (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punições disciplinares de servidores públicos: uma paralela reflexão crítica sobre os conceitos de tipicidade e discricionariedade das faltas administrativas para os fins do art. 142, §2º, da Lei nº 8.112/90. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 6, n. 26, p. 161-198, out./dez. 2006. p. 174)

⁹¹⁰ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. Los tratados de derechos humanos... p. 72.

⁹¹¹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 185.

dever de boa-fé é flagrantemente desrespeitado, haverá direito à dilação do prazo em patamar que permita conciliar os feriados com o direito ao prazo de razoável manifestação.

Por outro lado, é importante ressaltar que o direito à manifestação em prazo razoável compreende o dever de computar os termos iniciais dos prazos administrativos apenas no momento em que a parte tiver efetivo acesso ao processo e aos documentos relevantes para sua manifestação. Não pode o prazo processual administrativo começar a correr no dia seguinte à intimação pessoal ou em diário se a Administração Pública de modo concomitante não dá acesso pleno a todo o expediente ou o condiciona à extração de cópias ou deferimento de acesso que muitas vezes podem levar dias. A razoabilidade do prazo para manifestação compreende que aquele só inicie no momento em que o cidadão tenha acesso pleno a todo conteúdo do processo.

Embora o dispositivo do Pacto de São José da Costa Rica afirme tal direito para os "acusados", toda parte processual que se veja afetada por decisão em processo administrativo possui o mesmo direito convencional. Uma interpretação abrangente própria do Direito Internacional dos Direitos Humanos indica que o critério, como em outros casos, deve ser sempre a interferência potencial do provimento administrativo na esfera jurídico-patrimonial do sujeito.

(f) Há, segundo o art. 8.2, "e" da Convenção Americana, um direito de todo acusado de se fazer representar por procurador habilitado. O direito também tem assento no art. 14.3 "d" do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos. O dispositivo da Convenção Americana indica expressamente que há um "direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei". E o do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos, por sua vez, concede o direito, "sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo". Todo acusado, portanto, possui direito à defesa técnica providenciada pelo Estado caso não possua recursos financeiros para tanto. A Convenção Americana, insta dizer, nem mesmo abarca como condicionante a hipossuficiência econômica, alargando o direito de qualquer cidadão a um advogado em processos administrativos punitivos.

É um direito *irrenunciável* de todo acusado que não queira ou não possa fazer sua defesa técnica pessoal não fazer pesar sobre ele toda a carga da acusação estatal. Gregorio Flax recorda que no caso *Loren Laroye Riebe Star e outros vs. México* a Comissão Interamericana identificou violação ao art. 25 da Convenção Americana por falta de

representação legal por procurador em processos administrativos. A justificativa foi que somente com assistência jurídica é que a parte poderia conhecer os remédios jurídicos a que tem direito.⁹¹² A Comissão entendeu que a representação dos acusados nos processos administrativos não pode se dar por sujeitos que não defensores tecnicamente habilitados aptos a preservarem do modo mais amplo possível o direito de seus mandatários.⁹¹³

Nas oportunidades em que acusados em processos administrativos não forem habilitados tecnicamente para realizarem defesa, existirá por determinação convencional supraconstitucional um dever do Estado de prover a defesa adequada. É um direito irrenunciável⁹¹⁴ que torna a Súmula Vinculante n. 05 do Supremo Tribunal Federal contestável. A súmula afirma: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição". Argumentos consistentes em favor da inconstitucionalidade da súmula e do desacerto do Supremo Tribunal Federal ao editá-la foram apontadas em estudo detalhado de autoria de Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem.⁹¹⁵ A súmula foi revelada inconstitucional pelos juristas por falhas formais no seu processo de edição, e principalmente, por violar o direito à ampla defesa dos acusados em processo. Afora as disposições constitucionais que elevam o serviço da advocacia ao patamar essencial à administração da justiça, o fato de que nos processos administrativos frequentemente travam-se batalhas acirradas que envolvem discussões jurídicas delicadas e específicas (como por exemplo questões afetas ao princípio do juiz natural, ou mesmo temas relacionados à prescrição e decadência, envoltos em complexidade) justificam que a *ampla* defesa não pode ser considerada respeitada fora da defesa *técnica*.⁹¹⁶

Mesmo assim, no julgamento em 2016 da proposta de cancelamento da súmula feita pelo Conselho Federal da Ordem de Advogados do Brasil (Proposta de Súmula Vinculante n. 58), o Supremo Tribunal Federal por maioria de votos manteve hígido o teor da

⁹¹² FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo... *Op. Cit.*, p. 366.

⁹¹³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Loren Laroye Riebe Star e outros vs. México. Informe n. 49/1999. Resolução de 13 abr. 1999. §§72-82.

⁹¹⁴ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 186.

⁹¹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 39, p. 27-64, jan./mar. 2010.

⁹¹⁶ A necessidade de defesa técnica foi também explicada por Barraza, quem bem compreendeu a partir do Direito Argentino que a superioridade de recursos da Administração em comparação com o cidadão (uma situação de assimetria), muitas vezes leigo em Direito, requer obrigatoriamente a participação de *advogado*, sujeito habilitado para lidar de forma profissional e desapaixonada no processo administrativo. Para rebater as críticas aos que afirmam uma tentativa de reserva de mercado pelos advogados, o autor pergunta: não deve uma receita médica ser subscrita por médico, e um balanço por um contador? Cf. BAZARRA, Javier Indalecio. Los principios... *Op. Cit.*, p. 146-147.

súmula.⁹¹⁷ Ficou ausente da discussão, no entanto, a incompatibilidade da Súmula Vinculante n. 05 com o art. 8.2 "e" do Pacto de São José da Costa Rica e art. 14.3 "d" do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Tal como afirma a súmula, pode ser que a falta de defesa técnica não ofenda a Constituição, mas ofende, no mínimo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional citado.

Resgata-se aqui a teoria do duplo controle explicada no início deste trabalho para revelar a invalidade do entendimento exposto pelo Supremo Tribunal Federal. A súmula vinculante poderia até ser constitucional (o que é equivocado da perspectiva já examinada), mas ainda assim seria incontestavelmente inconveniente. Deste modo, cumpre aos juízes e a todos os agentes públicos no exercício do controle de convencionalidade assim declará-la, dado que a aplicação, por qualquer agente público, de uma lei contrária ao tratado internacional de direitos humanos gera responsabilidade internacional do Estado.⁹¹⁸ Lembre-se, nesse sentido, que um dos efeitos positivos da tutela administrativa efetiva é recusar-se a aplicar normas violadoras dos tratados de direitos humanos.

Em todo processo administrativo em que se apresentem acusados sem formação técnica ou que não queiram ou não possam contratar advogado, será obrigatório que a Administração providencie procurador com habilitação na Ordem dos Advogados do Brasil para elaboração de defesa e atuação no processo. Repita-se que esse é um direito *irrenunciável* segundo a Convenção Americana. O acusado poderá recusar aqueles procuradores que não são de sua confiança ou mesmo apresentar autodefesa oral ou escrita no processo manifestando as razões de fato e de direito que lhe socorrem. No entanto, jamais poderá recusar a participação de procurador habilitado em conjunto, principalmente para contrapor defesa de ordem processual ou mesmo no tocante ao mérito, mas para a qual depende de conhecimento profissional que só o advogado possui.

Tal solução compatibiliza o direito irrenunciável à constituição de defensor técnico com o direito previsto no art. 8.2, "e" do Pacto de São José da Costa Rica, cujo teor garante o "direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor". O mesmo se diga sobre o art. 14.3 "d" do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. E os juízes, caso se deparem com a resistência dos agentes administrativos para nomeação de advogado

⁹¹⁷ Consta da ata de julgamento: "O Tribunal, por maioria, rejeitou a proposta do Conselho Federal da Ordem de Advogados do Brasil de cancelamento da Súmula vinculante nº 5, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia (Presidente)". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante n. 58. Tribunal Pleno. Julgamento em 30 nov. 2016. Ata de julgamento publicada em 14 dez. 2016).

⁹¹⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso... *Op. Cit.*, p. 177.

dativo, deverão quando provocados assim determinar fazendo uso das medidas coercitivas que o Direito Processual Civil lhes oferta. Não caberá reclamação contra essa decisão para o Supremo Tribunal Federal, pois apesar do teor da Súmula Vinculante n. 05, a providência se resume ao exercício de controle de convencionalidade, que afasta a validade da súmula.

(g) Ampla defesa e contraditório são direitos de todo acusado e litigante em processo administrativo. O núcleo processual comum previsto na Constituição assim o admite quando no art. 5º, LV prevê que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Se há um conflito de interesses discutido em processo administrativo, há *litigantes*, e, em virtude da regra constitucional, haverá para eles e para o *acusados* de algum ilícito o direito ao contraditório prévio à decisão e o direito à ampla defesa.⁹¹⁹ De forma idêntica, da perspectiva convencional, o processo administrativo, mormente o disciplinar, deve oportunizar "o exercício de direito de defesa ampla e oportuna, incluindo a impugnação das decisões adotadas",⁹²⁰ sob pena de inconvenção. O reconhecimento jurídico da ampla defesa e do contraditório como direitos é a providência mais acertada a fim de evitar arbitrariedades por parte da Administração, a qual nunca poderá decidir nada sem antes escutar o interessado ou garantir ao litigante ou acusado o direito de contrapor as acusações com provas e recursos.

Ainda do ângulo convencional, basta um indivíduo ser *alegadamente* interessado para que tenha direito ao menos ao contraditório, visto que o critério é a (alegada) interferência na esfera jurídica do sujeito.⁹²¹ Se o indivíduo reputar que o resultado do processo lhe interessa, ganhará a condição de interessado e terá direito ao contraditório.⁹²² Essa é a interpretação compatível com o princípio *pro homine*.

Romeu Felipe Bacellar Filho sintetiza a importância dos dois direitos objetos de análise. Contraditório e ampla defesa em conjunto "põem às claras as múltiplas finalidades do

⁹¹⁹ O reconhecimento da existência de litigantes em processo administrativo a partir do critério da existência de conflito de interesses é registrado por GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 183, p. 9-18, jan./mar. 1991. p. 13.

⁹²⁰ IVANEGA, Miriam Mabel. Procedimento disciplinar... *Op. Cit.*, p. 534.

⁹²¹ Irene Patrícia Nohara imprime correspondência aos conceitos de litigantes e interessados: "Defendemos, contudo, que o termo litigantes (...) deve sofrer algumas adaptações ao processo administrativo, pois este último não possui partes, mas 'interessados', uma vez que nele não há a substitutividade, característica da jurisdição. Assim, o litigante no âmbito administrativo é aquele posto em contraditório não em face de outra parte, mas em relação ao próprio órgão administrativo que impulsiona o processo". (NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 246).

⁹²² Romeu Felipe Bacellar Filho classifica o sujeito nesta condição como litigante, pois entende presente interesse só quando a decisão puder comprovadamente atingir a esfera jurídica da pessoa: "O reconhecimento da lide ou litígio administrativo passa pela compreensão de que o processo será exigido quando houver a real possibilidade de atingimento da esfera jurídica de determinada pessoa por uma específica decisão administrativa". (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...** *Op. Cit.*, p. 73-74).

processo administrativo, imprimindo ao exercício da competência: legitimação, racionalização, imparcialidade e equilíbrio, quebra do monolitismo da administração caracterizado pelo monopólio da decisão, aproximação entre administração e cidadãos, rompendo-se a imagem de administração contraposta à sociedade e o controle da atividade administrativa".⁹²³

Somam-se ao dispositivo da Constituição brasileira (mais generosa, pois remete ao direito à *ampla* defesa com os meios e recursos a ela inerentes) os direitos humanos do art. 8.2, "a" e "f" da Convenção Americana. Essas disposições garantem aos acusados, respectivamente, o direito de "ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal" e de "inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos". O art. 14.3, "e" e "f" do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos prevê os mesmos direitos. A leitura dos dispositivos convencionais com o direito à ampla defesa previsto constitucionalmente outorga aos interessados no processo administrativo o direito à produção mais alargada possível de provas.

Quer dizer, a facilitação do direito de produzir provas desdobra-se do direito à ampla defesa, de modo que à Administração cumpre diligenciar pela apuração exata dos fatos independentemente do nível de contribuição do interessado ou acusado. A ressalva será sempre quanto à utilização de provas ilícitas, vedada de forma absoluta pelo art. 5º, LVI da Constituição⁹²⁴ e contrária ao conjunto de normas do Pacto de São José da Costa Rica também. Não se esqueça que interpretar o tratado de modo que se encontre nele permissão para que o Estado aja contrário ao Direito produzindo provas obtidas ilicitamente seria atentar contra a principiologia convencional e contra o art. 29, "a" da Convenção Americana.⁹²⁵

Diretriz importante, nesse sentido, e que perfaz regra jurídica, é aquela que obriga as Administrações Públicas no Estado federal a diligenciar entre si em busca de documentos em posse do Poder Público. Na identificação dos parâmetros de atuação administrativa apresentados no presente estudo, já se mencionou essa mesma orientação que aqui aparece como direito do cidadão. É que caso haja documentos arquivados ou localizados em repartições públicas, não se poderá impor ao cidadão a busca desses documentos em posse

⁹²³ *Idem*, p. 70-71.

⁹²⁴ (Constituição Federal) Art. 5º (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

⁹²⁵ (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Artigo 29 - Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista.

da Administração: o próprio órgão em que tramita o processo administrativo deve solicitar de ofício cópia da documentação ao outro órgão público.

Já há regra na legislação federal brasileira que assim o determina,⁹²⁶ mas ainda que não houvesse, essa seria a conclusão mais acertada de acordo com o direito à ampla defesa de natureza constitucional e convencional. A estrutura de comunicação estatal é muito mais eficiente para a obtenção de documentos em poder da Administração, o que em nome da facilitação do exercício dos direitos do cidadão e em busca do atingimento da finalidade última do processo deve ser encarado como um direito dos interessados e um dever do órgão processante.

(h) Integra o conteúdo do direito ao devido processo administrativo a presunção de inocência e vedação à auto-incriminação. Assim garante o art. 8.2, "g" da Convenção Americana, na medida em que prevê à parte no processo administrativo o "direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada", bem como o art. 11.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: "Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa". Assim também o art. 14.3, "g" do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: "3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada".

O direito à presunção de inocência⁹²⁷ no processo administrativo tem, portanto, sede em declarações e tratados internacionais, o que de acordo com as premissas encampadas neste trabalho significa que é um direito de raiz supraconstitucional. A presunção de inocência tem nela contida a noção segundo a qual "o órgão com capacidade de decisão não parta da ideia pré-concebida de que o acusado tenha cometido a ofensa que se lhe imputa".⁹²⁸ Pablo Gutiérrez Colantuono cita jurisprudência da Corte IDH sobre o tema,⁹²⁹ Tribunal que entende haver violação da presunção de inocência nos casos de qualquer antecipação pública

⁹²⁶ (Lei n. 9.784/99) Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

⁹²⁷ Sobre o tema, cf. CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência do Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁹²⁸ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública... Op. Cit.**, p. 179.

⁹²⁹ *Ibidem*.

de condenação de um acusado, conforme se nota no Caso Tibi vs. Equador⁹³⁰ e Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru.⁹³¹

Além dessa consequência, o princípio da presunção de inocência é norma de tratado internacional de direitos humanos que funciona como distribuidora do ônus da prova à acusação. Não cabe ao acusado em processo administrativo provar sua inocência, senão ao Estado comprová-la de modo a não deixar rastro de dúvida razoável sobre a ilicitude e culpabilidade.⁹³² Portanto, como bem aponta Romeu Felipe Bacellar Filho, o direito a que se presume a inocência do acusado, além de contribuir para a imparcialidade do julgador, representa uma "regra probatória ou de juízo segundo a qual incumbe à acusação comprovar a culpabilidade do processado e não a ele demonstrar a sua inocência, de tal sorte que se não estiverem reunidos elementos probatórios substanciais, restando dúvidas ao julgador, o imputado deverá ser incondicionalmente absolvido".⁹³³

Igualmente, a vedação à auto-incriminação é aplicável ao processo administrativo. Ninguém pode ser obrigado a depor contra si mesmo, nem é obrigado a confessar fato que lhe restringe os direitos. O princípio do *nemo tenetur se detegere* outorga ao acusado direito de resistir à acusação e punição estatal em nome dos valores (inclusive de ordem privada) que a parte entender preponderantes. O princípio é a contraface do poder punitivo estatal. O Estado, como estrutura burocrática representativa do corpo social, deve diligenciar pela punição dos ilícitos cometidos pelos sujeitos que atentaram contra tipos penais e infracionais. No entanto, o mesmo Estado reconhece certo espaço individual do sujeito em que pode negar-se a colaborar para sofrer uma pena (que pode ou não, em seu íntimo, entender devida) como campo inviolável.⁹³⁴ A tensão entre o dever estatal de punir condutas tipificadas em lei em sentido estrito e o desejo individual de ser livre de coações e não ter seus bens constritos é o molde do direito humano à vedação da auto-incriminação, aplicável ao processo administrativo disciplinar ou a outros tipos de processo administrativo em que se apura ocorrência de infração administrativa qualquer.

⁹³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Tibi vs. Equador. Sentença de 07 set. 2004. § 182.

⁹³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru. Sentença de 25 nov. 2004. § 160.

⁹³² GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración Pública... Op. Cit.*, p. 179-180.

⁹³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 37, Belo Horizonte, Fórum, p. 11-55, jul./set. 2009. p. 35.

⁹³⁴ Sobre o princípio da vedação da autoincriminação e a controvérsia sobre a existência do direito de mentir, cf. SALDANHA, Renata Torri. Princípio da vedação à autoincriminação, a mentira e seus reflexos processuais e penais. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, v.17, n. 32, p 235-258, jan./jun. 2017.

(i) Publicidade é princípio que compõe o devido processo administrativo porque atuações administrativas sigilosas não são compatíveis com o Pacto de São José da Costa Rica.⁹³⁵ Está previsto no art. 8.5 da Convenção Americana: "O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça". Pelos motivos já expostos, a mesma norma se aplica aos processos administrativos, especialmente os punitivos. Evitar punições às escuras, perseguições e tomadas de decisões contrárias à legalidade estão entre as principais razões de ser do dever de publicidade nos processos administrativos. A publicidade é, em verdade, "da essência de um regime democrático-constitucional, integrando o sistema de valores da democracia liberal e dos direitos humanos em que os atos do governo devem ser manifestos e visíveis, com debates abertos aptos a gerar em todos um padrão elevado de moralidade pública, tendo qualquer cidadão o direito de saber o que está acontecendo no governo e, em decorrência, o direito de livremente criticar".⁹³⁶

Em relação a outras espécies de processos administrativos, a publicidade se justifica pela necessidade de atuação transparente da Administração, garantindo a todo cidadão o acesso a qualquer processo administrativo sem que precise justificar as intenções que o motivam. Nos casos em que o interesse público exigir, o acesso de terceiros deverá ser meramente registrado, o que é compatível com o princípio da publicidade. A necessidade do registro de acesso, porém, deverá ser motivada pelo Poder Público, sendo que o mesmo dever de motivação é impositivo quando por razões de interesse público algum terceiro não puder ter acesso aos autos. Ressalte-se, porém, que o acesso nunca poderá ser negado ao acusado ou interessado direto na decisão administrativa.

Exemplo em que a negativa de acesso e limitação à publicidade é legítima está em algumas espécies de processos punitivos. Neles, especialmente os disciplinares, o dever de publicidade deve se conciliar com o direito humano à presunção de inocência. Colhe-se da lição de Romeu Felipe Bacellar Filho a opinião segundo a qual até que haja decisão final é recomendável, para preservar a presunção de inocência, bem como a imagem e honra do acusado, que o processo se mantenha em sigilo.⁹³⁷ A mesma opinião é manifestada por Carlos Ari Sundfeld, que lembra sobre a necessidade de resguardar a integridade moral dos acusados e evitar condenação social antecipada.⁹³⁸ Frise-se que a aposição de sigilo deverá ser

⁹³⁵ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. Los tratados... *Op. Cit.*, p. 72.

⁹³⁶ RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 266, p. 89-123, maio/ago. 2014. p. 119.

⁹³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência... *Op. Cit.*, p. 51-52.

⁹³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (direito de certidão, vista e intimação). **RDA- Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 199, p. 97-100, jan./mar. 1995.

motivada, o que possibilita o controle dos órgãos competentes a respeito do acerto da decretação de sigilo.

(j) A motivação é um pressuposto de validade do ato administrativo, manifestado no processo administrativo como decisão. É nada menos que a *exposição*, por parte da Administração, de fundamentos capazes "de deixar claro que o ato tenha sido praticado segundo motivos reais aptos a provocá-lo, que esses motivos guardam relação de pertinência lógica com o conteúdo do ato e que este tenha emanado da autoridade competente, em vista da correta finalidade legal".⁹³⁹

Conquanto haja diversas opiniões acerca do fundamento jurídico do dever de motivar,⁹⁴⁰ no plano convencional o dever de motivação das decisões administrativas decorre do regime do Estado de Direito Democrático assumido no preâmbulo da Convenção Americana e decorrente da interpretação do art. 8.1 e do art. 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, disposições que impõem o dever de justificação, de tutela administrativa efetiva e o direito a um recurso judicial e administrativo efetivo contra medidas antijurídicas. Com base especialmente no art. 8.1, a Corte IDH considera que faz parte do devido processo o dever de justificação. No Caso *Claude Reyes e outros vs. Chile*, a Corte IDH consignou expressamente, com base em sua jurisprudência, que "as decisões que adotem os órgãos internos que possam afetar direitos humanos devem estar devidamente fundamentadas, caso contrário seriam decisões arbitrárias".⁹⁴¹ O Estado de Direito simplesmente não é compatível com o arbítrio do Poder Público, raciocínio repetido no Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, quando a mesma Corte consignou que "a argumentação de um julgado e de certos atos administrativos devem permitir conhecer quais foram os fatos, motivos e normas nos quais se baseou a autoridade para tomar sua decisão, a fim de descartar qualquer indício de arbitrariedade".⁹⁴²

Por sua vez, a atividade administrativa originária ou pela via recursal sabidamente ineficaz é contrária à Convenção Americana.⁹⁴³ Logo, a autoridade administrativa que reiteradamente contribui para a ineficácia de seus provimentos, negando-se a motivar,

⁹³⁹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle...** *Op. Cit.*, p. 91.

⁹⁴⁰ Araújo lista o costume, a prática jurisprudencial, os princípios da legalidade e da moralidade, a analogia com o Direito Processual, o Estado de Direito Democrático e, finalmente, o regime jurídico-administrativo como fundamentos possíveis do dever de motivar. (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle...** *Op. Cit.*, p. 94-105).

⁹⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Claude Reyes e outros vs. Chile*. Sentença de 19 de setembro de 2006. § 120.

⁹⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *López Mendoza vs. Venezuela*. Sentença de 1 de setembro de 2011. § 141.

⁹⁴³ ALIANAK, Raquel Cynthia. *El renovado Derecho Administrativo...* *Op. Cit.*, p. 44.

omitindo-se além do prazo razoável ou negando a enfrentar as razões invocadas pelo interessado e que podem contribuir para a modificação do entendimento inicial, atua em resistência à normativa convencional e está sujeita até mesmo a responsabilização.

A motivação, como espécie de prestação de contas ao cidadão no Estado Convencional de Direito, é que permite uma tutela administrativa efetiva, a legitimação do ato perante o interessado e perante a sociedade, a redução da discricionariedade administrativa e o afastamento do arbítrio. Em caso de ilegalidade, possibilitará à própria Administração e ao Judiciário (bem como ao Legislativo nos casos definidos constitucionalmente)⁹⁴⁴ a verificação da conformidade do ato com o Direito. "A motivação das decisões administrativas é a garantia decorrente do devido processo legal substantivo que tornará efetiva a possibilidade do controle de legalidade – e aqui dizemos legalidade em seu sentido mais amplo – dos atos administrativos pelo Poder Judiciário".⁹⁴⁵ A própria Lei n. 9.784/99 prevê em seu art. 50 o dever de motivação como cogente, obrigando que ela seja "explícita, clara e congruente".⁹⁴⁶

Posto isso, não resta dúvida de que o dever de motivação compreende a resposta a todas as razões de fato e de direito aptas a alterarem o posicionamento do órgão julgador. Por essa razão, se a autoridade administrativa, *caso provocada*, negar deliberadamente resposta às teses do interessado, especialmente aquelas que têm base em normativa internacional de direitos humanos, estará sujeita à responsabilização administrativa por violar com vontade consciente o princípio da legalidade em seu sentido amplo (juridicidade).

A tutela administrativa efetiva extraída especialmente do art. 25 do Pacto de São José compreende a garantia de fundamentação pela Administração de todos os pontos tratados nas manifestações e razões invocadas pelas partes e aptos a influenciar ou modificar em grau recursal uma decisão. No ordenamento brasileiro, uma vez que a aplicação do Código de

⁹⁴⁴ Por exemplo, o que consta no art. 58, §3º da Constituição a respeito das Comissões Parlamentares de Inquérito do Congresso Nacional.

⁹⁴⁵ MENDES, Fernando Marcelo. O dever de decidir e a motivação dos atos administrativos (arts. 48 a 50). In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentário à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 189-217. p. 196.

⁹⁴⁶ (Lei n. 9.784/99) Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Processo Civil aos processos administrativos é reconhecida pela própria Lei n. 13.105/2015⁹⁴⁷ no seu art. 15, incide inclusive a regra do art. 489, §1º, IV do Código de Processo Civil⁹⁴⁸ para os processos administrativos. É, portanto, omissa a decisão administrativa que não enfrentar todas as teses manifestadas pela parte interessada e que sejam aptas a alterar o posicionamento adotado, e assim está sujeita à anulação.

(k) A necessidade de previsão em lei de infração administrativa e punição, bem como a irretroatividade de lei que preveja infração, compreendem o núcleo do devido processo administrativo no âmbito punitivo. A Convenção Americana nos arts. 9 e 30 confirmam a afirmação, o que faz com que a reserva de lei para previsão de infrações e sanções administrativas seja a regra. A norma "*nullun crimen, nulla poena sine lege* estende-se ao direito administrativo sancionador".⁹⁴⁹ E como afirma Pablo Gutiérrez Colantuono, "a aplicação desta garantia à matéria sancionatória administrativa é direta e, por conseguinte, as faltas administrativas devem respeitar as regras de legalidade formal e irretroatividade. Isso significa a impossibilidade de fixar faltas por via regulamentar, resultando esse tipo de previsões violadoras dos artigos (...) 9 e 30 da Convenção Americana".⁹⁵⁰ Assim, tanto a fixação da conduta infracional quanto da sanção aplicável deve acontecer em lei em sentido formal.⁹⁵¹ Novamente, é importante salientar que não obstante a possibilidade de a Administração agir na ausência ou contra lei para expandir direitos, tal conduta é absolutamente vedada para restrição de direitos, por expressa previsão convencional.

Nesse sentido, decidiu a Corte IDH quando manifestou na Opinião Consultiva n. 06/86 o significado da expressão "leis" do Pacto de São José. Naquela ocasião, a Corte consignou entendimento de que só a lei em sentido formal, produzida pelo Legislativo, é apta a limitar direitos de natureza fundamental, porque só a lei desse modo editada pode contar

⁹⁴⁷ Para uma introdução sobre a aplicação da teoria geral do processo e do Código de Processo Civil de 2015 ao processo administrativo, cf. DEZAN, Sandro Lucio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. O processo administrativo disciplinar e os pressupostos processuais sob a égide da nova processualidade civilista (Lei 13.105/2015). **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 11, v. 18, p. 516-545, maio/ago. 2017.

⁹⁴⁸ (Código de Processo Civil) Art. 489 (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁹⁴⁹ BACELLA, R. FILHO, Romeu Felipe. **Processo...** *Op. Cit.*, p. 181.

⁹⁵⁰ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 172.

⁹⁵¹ FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa...** *Op. Cit.*, p. 243.

com a ampla representação popular, inclusive das minorias. Isso não impede totalmente que leis sejam contrárias à Convenção, manifestou a Corte na opinião consultiva, mas ao menos é um limite imposto ao arbítrio estatal em matéria sancionadora.⁹⁵² No Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá, que tratou justamente da demissão de empregados públicos sem o devido processo legal administrativo, a Corte repetiu o entendimento exposto ao afirmar que "em um Estado de Direito, os princípios da legalidade e irretroatividade presidem a atuação de todos os órgãos do Estado, em suas respectivas competências, particularmente quando vem ao caso o exercício do poder punitivo no qual se manifesta, com máxima força, uma das mais graves e intensas funções do Estado frente aos seres humanos: a repressão".⁹⁵³

Qualquer regulamento ou outro ato infralegal que fixar infrações e penas a servidores ou mesmo a particulares em relação com a Administração padece de inconvenção. Exemplo corriqueiro no Brasil são os estatutos universitários, que aprovados através de resoluções dos Conselhos Universitários não são aprovados pelo Poder Legislativo.⁹⁵⁴ O princípio da autonomia universitária não é suficiente para afastar a exigência de lei em sentido formal dos artigos 9 e 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. As normas convencionais são superiores às normas constitucionais, e mesmo que não fossem é preciso empreender interpretação convencionalmente adequada da Constituição e prestar deferência ao princípio *pro homine*, motivo pelos quais qualquer Estatuto que não for aprovado por lei em sentido formal carece de validade perante o Pacto de São José da Costa Rica.

Para dar um exemplo, cite-se a Resolução n. 046/2008 do Conselho Universitário da Unioeste, que "Aprova o Código Disciplinar da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste". Nos seus dispositivos a resolução, aprovada por órgão colegiado administrativo, prevê uma série de infrações e penas, que vão desde a advertência até a demissão e exclusão. Veja-se que a gravidade das penas previstas no Estatuto é evidente. A afetação a direitos fundamentais e humanos dos servidores e alunos da Unioeste por meio de penas *não previstas*

⁹⁵² "A reserva de lei para todos os atos de intervenção na esfera de liberdade, dentro do constitucionalismo democrático, é um elemento essencial para os direitos do homem possar estar juridicamente protegidos e existir plenamente na realidade". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 06/1986... *Op. Cit.*, §22-24).

⁹⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo... *Op. Cit.*, § 107.

⁹⁵⁴ "Para que se possa falar em responsabilidade administrativa e de imposição de penas disciplinares, mister que exista uma conduta classificada em lei funcional definidora de infração administrativa, isto é, o fato cometido pelo servidor deve ser previsto, no estatuto disciplinar, como ilícito administrativo. (...) É condição *sine qua non*, se o modelo legislativo adotado prevê exaustivamente as infrações disciplinares (...), que a conduta se enquadre em dos tipos disciplinares elencados, sob pena de agressão ao princípio da legalidade, pois a autoridade administrativa estaria criando ilícitos por meio de ato administrativo, o que não se coaduna com o império da lei em exclusivamente definir infrações e sanções disciplinares". (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. Contagem dos prazos... *Op. Cit.*, p. 168-169).

em lei é grave e inconveniente. Essa e toda resolução análoga deve ser declarada contrária ao Pacto de São José da Costa Rica e invalidada pela Administração Pública e pelo Judiciário quando provocado, sendo nulos todos os efeitos de decisões administrativas tomadas com base em ato normativo sem natureza de lei em sentido formal.

Recorde-se, ademais, que não há mais espaço para a teoria das relações especiais de sujeição que permitiria exceções à tipificação legal de algumas categorias de sujeitos em relação com a Administração, sendo inválidas resoluções ou quaisquer outros atos normativos que prevejam infrações e penas a militares, estudantes, servidores públicos, detentos e outras categorias.⁹⁵⁵

(I) De forma enfática e clara, Jorge Luis Salomoni define o princípio da igualdade de armas como aquele que "estabelece que em um procedimento administrativo, ou em um processo, não pode haver prerrogativas para nenhuma das partes, seja o Estado uma das partes da relação jurídica, ou não".⁹⁵⁶ A igualdade de armas impede a condução do processo administrativo que implique desvantagem substancial de qualquer das partes perante o seu oponente.⁹⁵⁷ O princípio obriga que os mesmos instrumentos processuais à disposição da Administração devem estar à disposição do particular.⁹⁵⁸ Em resumo, o princípio da igualdade de armas garante ao sujeito processual "fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outras partes".⁹⁵⁹

O devido processo legal é a raiz do princípio da igualdade de armas, cujo teor obriga que se conceda "a cada parte uma oportunidade razoável de expor sua posição em condições que não a posicionem em uma *substancial desvantagem em face de seu oponente*, demandando a existência de um *adequado equilíbrio* entre as partes".⁹⁶⁰ O princípio de igualdade de armas vale entre cidadão e Administração tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito judicial.⁹⁶¹ Ele não permite vantagem de quem quer que seja na exposição dos argumentos e realização dos pleitos. Não permite tampouco que a valoração de provas seja

⁹⁵⁵ "Esse atendimento a necessidades sociais diferenciadas seria o fundamento para determinadas restrições ou mesmo supressões de determinados direitos existentes em situações análogas no seio da sociedade civil. Consequentemente, o regime jurídico dos direitos humanos de *militares, funcionários públicos, sentenciados, estudantes e internos da rede escolar pública*, entre outros, seria distinto e poderiam ser seus direitos menos abrangentes do que os direitos dos demais indivíduos que não estivessem tal situação". (RAMOS, André de Carvalho. *Curso...* Op. Cit., p. 138).

⁹⁵⁶ SALOMONI, Jorge Luis. Impactos de los tratados... Op. Cit., p. 29.

⁹⁵⁷ ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo... Op. Cit., p. 44.

⁹⁵⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. Os princípios do processo administrativo. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 4, p. 440, abr. 2009.

⁹⁵⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Tratados de derechos humanos... Op. Cit., p. 77.

⁹⁶⁰ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** Op. Cit., p. 129.

⁹⁶¹ SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general...** Op. Cit., p. 452; FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo... Op. Cit., p. 372.

diferenciada segundo o sujeito que a produz ou apresenta (não admite, nem mesmo, presunções gerais *a priori*, como a já criticada presunção de legalidade e veracidade dos atos administrativos).⁹⁶²

Na precisa lição de Romeu Felipe Bacellar Filho, no "processo administrativo, a administração, quando na posição de contraditor, deve equiparar-se ao particular para que ambos os sujeitos possam participar segundo um esquema de contraditório: ações, reações e controles recíprocos".⁹⁶³ Assim, prazos diferenciados para a Administração no processo administrativo ou qualquer outra diferenciação não justificada, como por exemplo a previsão ou construção de *presunções* gerais e ínsitas a todo ato administrativo,⁹⁶⁴ é inconstitucional e inconveniente. Nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha, "a discriminação que beneficia o Estado prejudica o particular".⁹⁶⁵ Não há motivo algum para o Poder Público dispor de prazos diferenciados ou presunções que o favoreçam em processos administrativos,⁹⁶⁶ o que torna regras legais ou regulamentares nesse sentido contrárias à Constituição e aos tratados de direitos humanos. Sempre que se identificar essas regras, deverão ser desconsideradas por inconvenientes e aplicadas à Administração as mesmas normas que obrigam os particulares, nos mesmos termos.⁹⁶⁷

⁹⁶² Apesar disso, "em muitos casos vemos que as prerrogativas da Administração denotam um propósito inverso à ideia de compensação. Em geral, dota-se o Estado de maiores vantagens procedimentais em que pese inicialmente é possível pensar que quem se encontra em posição de desvantagem é o cidadão. Exemplos disso são a autotutela declaratória e executória, os privilégios de não demandabilidade direta e os exíguos prazos de caducidade (...), a impossibilidade de executar diretamente as sentenças, entre outras mostras de 'prerrogativas exorbitantes'". Em todos os casos em que essas prerrogativas colocam o cidadão em desvantagem processual injustificada, existe uma violação ao princípio da igualdade de armas. (GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 131-132).

⁹⁶³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...** *Op. Cit.*, p. 248.

⁹⁶⁴ Como visto anteriormente, as presunções jurídicas devem estar albergadas em lei, não passando de meras presunções comuns aquelas derivadas da atuação administrativa. Essas, como visto, fazem com que o ônus da prova se distribua segundo as regras processuais gerais (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle...** *Op. Cit.*, p. 52-53).

⁹⁶⁵ A autora consigna ainda: "Não se haverá, pois, de cogitar-se de prazos diferenciados para a prática de quaisquer atos processuais, nem de possibilidade de presunções favoráveis à entidade administrativa em detrimento ou diferenciadamente do particular, nem o que quer o que favoreça ou facilite, imotivadamente, o comportamento público, discriminando privilegiadamente a pessoa estatal". (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais do processo administrativo...** *Op. Cit.*, p. 216).

⁹⁶⁶ Nem mesmo em processos judiciais, diga-se de passagem. Exemplo manifesto de violação à paridade de armas é a regra legal que permite a execução das sentenças de implantação de valores em folha de pagamento de servidor público só após o trânsito em julgado. (art. Art. 2º-B da Lei n. 9.494/97). A regra viola o princípio da paridade de armas e portanto é inválida perante os arts. 1, 8, 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O mesmo vale para as regras que concedem prazo em dobro para a Fazenda Pública manifestar-se em processos judiciais, a exemplo dos arts. 180, 183 e 186 do Código de Processo Civil de 2015. Embora haja fundamentos para a diferenciação de prazo, hoje eles não se justificam mais, haja vista a estrutura de que dispõe o Estado para sua defesa processual e o cada vez mais ampliado uso do processo eletrônico.

⁹⁶⁷ Caso interessante sobre o princípio da igualdade de armas acontece no Paraná, em que a a Ordem dos Advogados do Brasil postulou acesso igualitário às movimentações do processo eletrônico no Estado. Conforme noticiado pela Seccional do Paraná da Ordem dos Advogados do Brasil, até meados de 2017 o sistema processual eletrônico da Justiça Estadual garantia tratamento díspar às partes. Quando publicado um prazo, no

Se por um lado é dever do legislador considerar o dever de equilíbrio das relações de ordem processual administrativa na hora de editar as normas pertinentes, por exemplo, por outro é dever do agente público aplicar as normas levando em conta a igualdade de armas e corrigindo distorções e é dever do juiz controlar a eficácia da diretriz convencional. Esse tratamento igual entre os sujeitos processuais está garantido pelos arts. 1 e 24 da Convenção Americana, que preveem a igualdade entre as pessoas. É que o princípio da igualdade e não discriminação previsto convencionalmente, e da forma como entendido pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, implica radical transformação do "princípio da exorbitância" que classicamente caracteriza o Direito Administrativo.⁹⁶⁸ Em matéria processual, a Administração Pública e os particulares estão em pé de igualdade, sujeitos às mesmas regras, direitos, deveres, ônus e sujeições processuais.

Mas não só da isonomia deriva o princípio: também da leitura conjunta dos arts. 8 e 25 da Convenção Americana. O regime jurídico convencional do processo administrativo efetivo outorga ao cidadão um direito à paridade de armas com a Administração. O princípio da igualdade de armas extraído desses dispositivos indica, em grande síntese, a inexistência de privilégios, desequilíbrios ou vantagens por uma das partes envolvidas em processos judiciais ou administrativos.

No processo administrativo, uma importante consequência do princípio da igualdade de armas é a concessão de efeito suspensivo automático aos recursos administrativos, anulando a autoexecutoriedade do ato e da decisão administrativa.⁹⁶⁹ Disso resulta que a força executória de decisões administrativas deve obrigatoriamente ser suspensa quando há a interposição de recursos por parte do interessado. Pouco importa se alguma norma legal nega o efeito suspensivo automático, pois tal previsão da legislação seria contrária à norma convencional.⁹⁷⁰ Por essa razão, o art. 61, *caput* e parágrafo único da Lei n. 9.784/99,⁹⁷¹ se interpretados literalmente, são contrários à Convenção Americana.

período entre o envio de intimação às partes e a abertura do prazo, o Ministério Público gozava de amplo acesso ao conteúdo do despacho ou decisão, enquanto às demais partes o teor decisório só restava disponível após a abertura do prazo. Esse privilégio de acessar o conteúdo da decisão com 10 dias a mais implicava violação ao princípio da paridade de armas, de modo que a pedido da entidade de classe a disparidade foi extinta e hoje as partes têm direito igual de acesso. (OAB. Garantido tratamento equânime entre advogado e MP no Judici. **Revista da Ordem**, Curitiba, n. 39, p. 14, jul. 2017).

⁹⁶⁸ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La internacionalización... *Op. Cit.*, p. 35.

⁹⁶⁹ SALOMONI, Jorge Luis. Impactos de los tratados... *Op. Cit.*, p. 30.

⁹⁷⁰ FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo... *Op. Cit.*, p. 372.

⁹⁷¹ (Lei n. 9.784/99) Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo. Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

Só há como interpretar ditas regras de acordo com o tratado caso se compreenda que por disposição convencional a autoridade administrativa está sempre obrigada *ex officio* a conceder efeito suspensivo aos recursos administrativos, podendo afastá-lo apenas nos casos em que justificadamente houver necessidade. O ônus de comprovar dita necessidade é do Estado.⁹⁷² Caso assim não se interprete, as normas do art. 61 e parágrafo único da lei serão inconventionais, pois o recurso administrativo tem efeito suspensivo automático por conta do princípio da paridade de armas. O mesmo se diga sobre toda norma legal ou regulamentar que trata dos efeitos em que são recebidos recursos administrativos.

O princípio da igualdade de armas obsta colocar em vantagem a Administração, que antigamente poderia executar o ato decisório *mesmo na pendência de um recurso*, isto é, durante a pendência da resolução de um ato processual praticado por uma das partes *em igualdade de posição*. Se é verdade que o ordenamento deve ser interpretado à luz dos direitos humanos, o efeito suspensivo deve ser a regra, e não o contrário (a retirada do efeito suspensivo é que deve ser motivada pela autoridade julgadora). Sem dificuldade, nota-se que o princípio da igualdade de armas condiciona a noção clássica do Direito Administrativo como regime jurídico exorbitante de prerrogativas estatais. Indiscutivelmente, o princípio, entre outros efeitos produzidos, tem o condão de sustar as consequências do ato administrativo sob o qual penda algum recurso processual. Reconhecer o contrário implicaria colocar a Administração em vantagem injustificada.⁹⁷³

O mesmo entendimento vale para processos sancionatórios, pois "em se tratando de decisão que resolva pela aplicação de sanção disciplinar, a autoridade revisora deve motivar a não atribuição do efeito suspensivo".⁹⁷⁴ O direito humano ao duplo grau de julgamento deve ser efetivo, e a depender da sensibilidade da questão tratada, a execução da decisão só depois da incidência da coisa julgada administrativa é o caminho correto.⁹⁷⁵ Nesse caso, mais que nunca é válido o brocardo *melius est jura intacta servare quam vulnera causa*

⁹⁷² "As limitações aos direitos só podem acontecer para proteger outros direitos e *não para resguardar prerrogativas estatais por si só*. (...) Em função disso, não basta para ter configurada uma finalidade legítima a mera menção à persecução do interesse público ou do bem estar geral se não se confirma o benefício sobre indivíduos ao menos coletivamente identificáveis. Em outros termos, a regulamentação dos direitos não pode ter por objeto ampliar as prerrogativas estatais por si só, mas devem atender a uma *correlativa proteção de outros interesses individuais envolvidos*, o que implica que a *causa* do ato estatal de limitação deva ser a ampliação - mais ou menos imediata - da esfera de proteção de outros indivíduos, antecedente necessário cuja demonstração em cada caso é um ônus do Estado". (GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 93)

⁹⁷³ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. Los tratados... *Op. Cit.*, p. 64-65.

⁹⁷⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...** *Op. Cit.*, p. 354.

⁹⁷⁵ Sobre a coisa julgada administrativa, cf. GUSSOLI, Felipe Klein. A coisa julgada administrativa... *Op. Cit.*

remedium quaerere (“é melhor conservar intactos os direitos do que procurar remédio para uma causa lesada”).

(m) Na Convenção Americana, o art. 25 prevê que toda pessoa tem direito a um recurso *simples, rápido e efetivo*, do que se depreende a informalidade do processo administrativo. O informalismo no processo administrativo é melhor compreendido, de acordo com Romeu Felipe Bacellar Filho, como *formalismo moderado*.⁹⁷⁶ Isto é, não há informalidade no regime jurídico-processual administrativo a ponto de relegar as formalidades ao esquecimento. Essa importante diretriz já foi objeto de exposição no capítulo em que foram listados os parâmetros de atuação da Administração segundo os tratados de direitos humanos, de modo que as considerações são válidas em sua totalidade no que diz respeito ao regime do devido processo administrativo.

No tocante às formalidades, a ressalva é que no processo administrativo é lícito abrandá-las em nome da simplicidade e em busca da finalidade última do processo. Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo o que ocorre no seu desenvolvimento; é informal no sentido de que não está sujeito a formas rígidas".⁹⁷⁷ O direito humano ao devido processo administrativo é exercido em sua plenitude quando não há formalidades excessivas que embaraçam o andamento do processo por conta de exigências complexas e inúteis ou subvertem sua finalidade última. Um processo que não seja simples e que não permita fácil entendimento de seus termos por parte de todos os sujeitos que dele participam é inconveniente do mesmo modo que o processo moroso e que não atinge seus objetivos é ineficaz. Essas diretrizes de fato são a alma do processo e sem elas não há justiça.

O formalismo moderado permite flexibilizar expressões utilizadas pelo cidadão em suas manifestações (nem sempre carregadas do sentido técnico oportuno) e interpretá-las de modo que melhor atenda a finalidade do pleito. Permite, ademais, desconsiderar exigências rígidas de forma, de sorte que seja aceita a apresentação de petições elaboradas de modos variados. Desde que se possa entender o pleito, em vernáculo, é admissível sua juntada no processo administrativo.⁹⁷⁸

⁹⁷⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...** *Op. Cit.*, p. 186-191.

⁹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito...** *Op. Cit.*, p. 629.

⁹⁷⁸ "Mesmo que o particular não esteja obrigado a um rigor formal, porque admitir tal critério importaria privá-lo de certos direitos, isto não deve nos conduzir a pensar que a petição do mesmo pode ser formulada em termos obscuros, imprecisos e não concretos, que não seja possível determinar o alcance de seu requerimento. Em suma, o princípio do formalismo moderado cede quando o pedido do particular é impreciso ou não concreto". (BAZARRA, Javier Indalecio. *Los principios...* *Op. Cit.*, p. 139).

No entanto, o formalismo moderado deve ser interpretado com cautela. Apesar de a Administração não estar presa a formalidades inúteis, ritualismos desnecessários, sempre que a normativa vigente previr algum ato ou procedimento como *obrigatório* ela estará a ele vinculada, sob pena de nulidade do processo. Ou seja, não se pode, em nome de um suposto informalismo, confundir a simplicidade, celeridade e eficácia do processo com desrespeito a direitos e garantias básicas disponibilizadas a todo indivíduo. Na ânsia e na busca de um resultado rápido (e não raro prejudicial ao acusado/interessado), comumente afastam-se direitos que a ordem jurídica nacional e internacional consagrou como de obediência inescusável ao Estado. A consequência disso é certa: pena de nulidade e refazimento de todos os atos processuais. O ônus posterior de comprovar que não houve prejuízo pelo descumprimento da formalidade prevista na legislação *é da Administração*, e não do particular que solicita a anulação administrativa ou judicial. E mesmo assim, caso aplicada com toda sua força a doutrina da não remediação, conforme se defende neste trabalho, a nulidade é uma imposição porque o prejuízo é presumido.

As consequências do princípio não se esgotam aí. O mais importante reflexo do formalismo moderado está na chamada *flexibilidade do regime de preclusões* do processo administrativo. O formalismo moderado na atuação administrativa compreende não só a vedação a rituais inócuos, mas também o dever de receber manifestações e recursos fora de prazo, inclusive oferecimento de provas ou impugnações. Isso significa, na verdade, a *"inexistência de preclusão no procedimento administrativo"*.⁹⁷⁹

A afirmação tem que ser vista com ressalvas, pois em processo em que estão presentes particulares em concorrência, como por exemplo na licitação ou no concurso público, a preclusão temporal, lógica e consumativa se aplica com todo seu rigor em função da irradiação do princípio da isonomia entre os cidadãos interessados no êxito. No entanto, a regra geral deverá ser, para os demais processos entre interessado e Administração, a da não preclusão, ou ao menos de sua relativização.

A explicação é singela. Como no processo administrativo em regra não existem partes contrapostas (situação em que se admitiria a existência de prazos iguais preclusivos), mas um ou mais sujeitos e a Administração⁹⁸⁰ que buscam em última instância o cumprimento

⁹⁷⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 150.

⁹⁸⁰ Romeu Felipe Bacellar Filho esclarece que no processo administrativo é mais adequado falar em sujeitos processuais – detentores de direitos, deveres e ônus processuais – em vez de partes processuais: "Como a administração no processo administrativo disciplina acusa, instrui e decide, emitindo um juízo de parte quando acusa e de síntese quando decide, a noção técnica de parte, tal qual comumente utilizada na doutrina processual, não é adequada ao sentido de sua competência". (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...** *Op. Cit.*, p. 245).

do interesse público definido no ordenamento jurídico, não se pode advogar em favor da existência absoluta de prazos preclusivos.⁹⁸¹ Em outras palavras, não pode precluir o direito de impugnar uma decisão ou de se manifestar, pois independentemente do cumprimento do prazo, a Administração julga conforme o Direito.⁹⁸²

Quando então é o momento em que se pode declarar descumprido um prazo pelo cidadão no processo administrativo se aqueles fixados pela lei não são preclusivos? Os critérios nesse caso são identificados a partir dos princípios da eficiência e do prazo razoável e da existência de direitos de terceiros. "Quando esses princípios não se encontram ameaçados, não existe razão para declarar a perda do prazo por vencimento do termo final".⁹⁸³ Igualmente, se não há urgência para decidir, e se não estão em jogo direitos de terceiros, não pode incidir um regime de preclusões rígido. O formalismo moderado no processo administrativo permite – desde que não prejudicada a eficiência administrativa, a razoável duração do processo e direitos de terceiros – o recebimento de razões, recursos, manifestações, petições, documentos, impugnações ou qualquer outra espécie de insurgência ou manifestação fora do prazo e depois de praticado ato, corrigindo-o.

A conclusão que se extrai é, ao fim, que o sistema de preclusão processual no processo administrativo é muito diferente do sistema do processo judicial. De um lado, tal como na esfera judicial, no processo administrativo a *"preclusão consiste na restrição a uma faculdade processual originalmente assegurada ao sujeito, em virtude dos eventos verificados ao longo do processo administrativo"*.⁹⁸⁴ De outro, entretanto, a preclusão temporal, lógica e consumativa no processo administrativo é relativizada em favor da busca do resultado adequado, conforme o ordenamento jurídico, e menos gravoso (ou mais benéfico) ao particular.⁹⁸⁵

⁹⁸¹ "Frente a Administração não há postulação de defesa, mas sim petição e resolução conforme o Direito. O Estado não tem direitos nem garantias oponíveis ao indivíduo, porque tem natureza instrumental a favor das pessoas". (GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 150).

⁹⁸² "O Direito Administrativo deve ser campo fértil para a discussão ou o debate, uma vez que: a vontade emanada dos órgãos públicos não deve se espelhar na vontade individual do agente público, mas na **vontade** da lei e do ente ao qual o agente pertence, conforme a teoria do órgão e o princípio da impessoalidade, e o interesse perseguido deve ser o **público primário**, isto é, a coletividade deve ser a beneficiária última das atuações estatais". (NOHARA; Irene Patrícia. **Direito...** *Op. Cit.*, p. 243).

⁹⁸³ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 150.

⁹⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...** *Op. Cit.*, p. 360.

⁹⁸⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende do mesmo modo: "Quanto à preclusão, é possível ocorrer nos processos administrativos, nas três modalidades já assinaladas (temporal, lógica e consumativa), porém com maiores limitações do que no processo judicial. Isto porque, estando a Administração Pública sujeita à observância do princípio da legalidade, sempre se reconhece a ela o poder-dever de rever os próprios atos, para anulá-los, convalidá-los ou revogá-los. Mesmo que o interessado tenha perdido o prazo para adotar as providências que lhe cabem, como o de produzir a prova dos fatos que tenha alegado ou o de recorrer da decisão que lhe é desfavorável, a Administração pode rever a sua decisão, não só em decorrência do respeito à legalidade, como também pela aplicação dos princípios da oficialidade, da verdade material e da

O regime de preclusão temporal é abrandado pela própria Lei n. 9.784/99, que prevê no art. 27 que "O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado". No parágrafo único do mesmo dispositivo, consta a regra segundo a qual "No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado". Em outras palavras, mesmo que o particular não atenda às intimações no prazo designado, poderá a qualquer momento manifestar-se e juntar documentos para subsidiar e convencer o órgão decisório de sua posição.⁹⁸⁶ Para os institutos da preclusão lógica e consumativa valem as mesmas considerações. Na preclusão lógica, apenas deverá ser observada a boa-fé processual, de modo que não serão admitidas condutas contraditórias ou temerárias por parte do particular.

Mesmo em fase recursal, como bem explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "ao contrário do que ocorre no processo judicial, é possível, em instância superior, em nome dos princípios da legalidade e da verdade material: a) alegar o que não foi arguido de início; b) reexaminar a matéria de fato; e c) produzir novas provas".⁹⁸⁷ A Administração só pode agir conforme o Direito, e poderá receber novos argumentos e documentos em qualquer estágio do processo. Desde que aptos a alterarem o resultado do julgado, esses novos elementos deverão ser levados em consideração na motivação da decisão recursal, sob pena de nulidade por descon sideração de argumentos aptos a alterarem a decisão adotada. Não só a principiologia convencional e a aplicação subsidiária do art. 489 do Código de Processo Civil assim o indicam, mas também expressamente o art. 60 da Lei n. 9.784/99, aplicável a qualquer esfera em razão do princípio *pro homine*: "Art. 60. O recurso interpõe-se por meio de requerimento no qual o recorrente deverá expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes".

Quanto a recursos interpostos fora do prazo, a mesma explicação é válida. Embora esgotado o prazo previsto na lei para recorrer, mesmo assim a Administração pode receber a insatisfação do cidadão como petição e rever a decisão caso identificado erro procedimental ou de julgamento na decisão administrativa. A autotutela administrativa permite, portanto, rever o ato administrativo impugnado por via de petição nominada como recurso mas apresentada extemporaneamente.⁹⁸⁸ A regra contida no art. 63, I da Lei Federal de Processo

indisponibilidade do interesse público. Apenas se o ato ilegal for favorável ao particular a invalidação está sujeita ao prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da utilização de princípios... *Op. Cit.*, p. 8).

⁹⁸⁶ "Constitui direito líquido e certo do administrado o de ver apreciadas as alegações e as provas juntadas antes de ser proferida a decisão administrativa ou na fase recursal". (*Idem*, p. 11).

⁹⁸⁷ *Idem*, p. 12.

⁹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...* *Op. Cit.*, p. 361.

Administrativo,⁹⁸⁹ portanto, é inconveniente, inválida e neste caso ineficaz por contrariedade ao princípio do formalismo moderado garantido pela Convenção Americana quando se reporta à necessidade de previsão de recursos *simples* e *eficazes* ao cidadão (art. 25 do Pacto de São José). Aliás, o §2º do mesmo dispositivo da Lei Federal de Processo Administrativo indica expressamente que "O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa".

O processo administrativo tem o regime preclusivo contrário a atos contraditórios ou extemporâneos *praticados pelo Estado*, mas não pelo cidadão. Em favor desse último, devem ser sempre levadas em conta razões externas ao processo que dificultaram o cumprimento dos prazos ou apresentação de documentos. O processo administrativo é um dos veículos de atuação administrativa, cuja finalidade é agir conforme a lei e o Direito em busca da melhoria das condições de vida população e atendimento das diretrizes constitucionais⁹⁹⁰ e convencionais. Sendo assim, no sistema uno de jurisdição que vigora no Brasil, de nada "adianta o apego excessivo aos formalismos, aos prazos para apresentação de recursos ou juntada de documentos, se, por falta de tais providências, a decisão administrativa resultar em ato ilícito que pode ser corrigido pelo Poder Judiciário".⁹⁹¹

(n) Não só para os processos judiciais, mas para todos aqueles processos movidos pelo Estado, deriva dos arts. 1.1, 2, 8.1, 10 e 25 da Convenção Americana o direito a uma tutela efetiva.⁹⁹² Segundo a lição de Daniel Wunder Hachem, a tutela administrativa efetiva, entre outros desdobramentos, impõe "à Administração Pública o dever de promover os direitos sociais de maneira espontânea, integral e igualitária".⁹⁹³ A consideração é válida para todas as classes de direitos, individuais ou sociais, e todas as diretrizes traçadas anteriormente sobre os efeitos da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos são válidas para o processo administrativo, na qual o *controle de convencionalidade é a técnica primordial de atuação do agente público*. Na condução dos processos administrativos o agente deverá atentar para a compatibilidade das normas com os tratados de direitos humanos. Deverá

⁹⁸⁹ (Lei n. 9.784/99) Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto: I - fora do prazo.

⁹⁹⁰ É interessante, nesse sentido, o apontamento feito por Maria Sylvania Zanella Di Pietro: "É evidente que, como regra geral, o administrado tem que cumprir as normas procedimentais previstas em lei. No entanto, se o interessado demonstrar que o descumprimento correu por razões justificáveis, como a insuficiência do prazo, dificuldade na obtenção de determinados documentos ou diligências, as manifestações meramente protelatórias da parte contrária (como os denunciadores de irregularidades) ou os usuários de serviços públicos, por exemplo, ou outras razões devidamente demonstradas, deve a Administração acatá-las, ao invés de decretar a preclusão. A preclusão indevidamente aplicada pode ferir o direito à ampla defesa e ao contraditório". (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Limites... Op. Cit.*, p. 14).

⁹⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Limites... Op. Cit.*, p. 3.

⁹⁹² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad...** *Op. Cit.*, p. 373.

⁹⁹³ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 554.

interpretá-las de acordo com a lógica convencional, e caso se torne impossível conciliar a orientação da norma com os tratados internacionais de direitos humanos, deverá ele mesmo declarar a inconveniência.

Em apertada síntese, o agente público no curso de um processo administrativo deve observar os: (i) efeitos *positivos* da tutela efetiva dos direitos humanos para: (i.ii) não agir contrariamente aos tratados internacionais de direitos humanos, tal como interpretados pelos tribunais internacionais de direitos humanos e (i.ii) recusar-se a aplicar as normas violadoras dos tratados de direitos humanos; e observar os: (ii) efeitos *negativos* da tutela efetiva dos direitos humanos, sendo eles: (ii.i) a redução da discricionariedade administrativa na decisão administrativa do processo, o que se contempla através da obediência à regulamentação administrativa e de motivação exaustiva; (ii.ii) a possibilidade de o agente integrante da Administração Pública decidir o processo administrativo mesmo na ausência de lei para atender à normativa convencional vigente.

Além desses desdobramentos já estudados, a tutela administrativa efetiva no processo administrativo implica também a "obrigação por parte da Administração de resolver em tempo útil e mediante decisão fundamentada a petição perante ela formulada".⁹⁹⁴ Esse dever de eficiência gera, "consequentemente, um direito subjetivo do cidadão a um procedimento administrativo ágil, eficiente e que resolva fundamentalmente as pretensões esgrimadas em um prazo razoável".⁹⁹⁵ Dessa forma, a efetividade da tutela administrativa é elemento central para atestar o cumprimento do dever de duração razoável do processo. É que só se considera encerrado um processo quando a finalidade que ele busca é cumprida, motivo pelo qual o respeito ao direito ao prazo razoável depende da eficácia e efetividade das decisões administrativas.⁹⁹⁶

Em outras palavras, o processo administrativo deve atender às finalidades que animaram a sua instauração. A decisão inócua ou que não surte efeitos práticos não é efetiva e desatende a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Para concretude dessa diretriz, não basta recorrer a técnicas jurídicas, visto que deficiências de diversas origens contribuem para a constante ineficácia e ineficiência dos provimentos administrativos. Assim, a contribuição de outras ciências além do Direito, como a Economia e a Administração, é essencial para a realização plena da tutela administrativa efetiva no âmbito do processo.

⁹⁹⁴ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Tratados de derechos humanos... Op. Cit.*, p. 73.

⁹⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁹⁶ IVANEGA, Miriam Mabel. *Procedimiento disciplinario... Op. Cit.*, p. 545.

De outro ângulo, a tutela administrativa efetiva também serve à isonomia, na medida em que uma decisão administrativa favorável sobre certo tema deve atingir a todos os interessados, independentemente de serem ou não parte no processo administrativo ou judicial.⁹⁹⁷ A efetividade da tutela deve ser ampla, e jamais limitada a um só cidadão ou sujeito processual. Todos que se encontrarem na mesma situação jurídica decidida favoravelmente pela Administração devem se beneficiar do provimento.⁹⁹⁸ De resto, são válidas para o regime do devido processo administrativo as orientações delineadas no capítulo que identificou os parâmetros de atuação administrativa conforme o paradigma convencional.

(o) Está garantido pelo art. 8.2, "h" do Pacto de São José da Costa Rica o direito ao duplo grau de julgamento, o que perfaz um direito humano a um recurso contra decisões administrativas que atentem contra o Direito. É importante frisar que o sentido que se empresta ao termo recursos administrativos neste tópico do trabalho é o de "meios formais de controle administrativo, através dos quais o interessado postula, junta a órgãos da Administração, a revisão de determinado ato administrativo".⁹⁹⁹ É o significado de recurso administrativo em sentido estrito. Não se confunde, portanto, com o sentido alargado que os internacionalistas empregam ao ler o art. 25 da Convenção Americana¹⁰⁰⁰ (ação judicial ou processo administrativo autônomo instaurado perante autoridade de hierarquia superior) nem com o sentido que autores inseridos no sistema de jurisdição contenciosa emprestam ao termo (impugnação da decisão da Administração dirigida ao juiz da jurisdição administrativa).¹⁰⁰¹

⁹⁹⁷ PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos... *Op. Cit.*, p. 200.

⁹⁹⁸ Daniel Wunder Hachem se posicionou sobre o tema ao tratar da distinção comum na realidade entre os cidadãos "com sentença" e "sem sentença", expressão emprestada de Carlos Alberto de Salles: "O que reiteradamente ocorre na prática é o êxito da ação individual e a continuidade da inércia administrativa em relação aos demais titulares do direito em questão. O ente não corrige a sua inatividade inconstitucional passando a concedê-los espontaneamente a prestação que foi compelido a proporcionar ao autor da demanda, como deveria fazer por imposição da obrigação de perseguir o interesse público, em cujo núcleo central se insere a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Em tais casos, o cumprimento da determinação judicial singular, sem a extensão dos seus efeitos aos cidadãos que vivenciam a mesma situação, configura atuação administrativa atentatória contra os princípios constitucionais da igualdade e da impessoalidade". (HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 447).

⁹⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual...** *Op. Cit.*, p. 1004.

¹⁰⁰⁰ "A palavra 'recurso', empregada nesses textos internacionais, deve ser compreendida não só em seu sentido estrito de 'recurso propriamente dito' (contra uma decisão já proferida), senão também no seu sentido mais amplo de meio ou instrumento jurídico adequada à defesa de um direito". (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção...** *Op. Cit.*, p. 217).

¹⁰⁰¹ É necessário cautela na compreensão dos termos utilizados. Enquanto no Brasil *processo administrativo* é a via pela qual a Administração exerce sua função típica, na Argentina e em países de jurisdição dual o processo administrativo é o processo desenvolvido no âmbito jurisdicional envolvendo a Administração Pública, no qual ao final a decisão transita em julgado e se torna indiscutível em virtude da coisa julgada. Nesse sentido explica Augusto Durán Martínez: "O *contencioso administrativo* é um litígio ou contenda em matéria administrativa, ou dito mais precisamente, suscitado como consequência do exercício da função administrativa, que se ventila na *justiça administrativa* através do *processo administrativo* e é resolvido mediante o exercício da *jurisdição administrativa* com um ato que passa na autoridade da coisa julgada". (DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Contencioso administrativo**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007. p. 13).

O reconhecimento da força normativa dos tratados de direitos humanos demanda a alteração formal da legislação nacional, mas também da interpretação que se faz dela. Necessariamente os tratados têm o condão de modificar normas ou interpretações que signifiquem a irrecorribilidade de decisões administrativas.¹⁰⁰² O direito ao recurso no art. 8.2, "h" da Convenção Americana representa o princípio da impugnabilidade, segundo Pablo Gutiérrez Colantuono, e torna inconveniente qualquer norma administrativa que vede a interposição de recursos a autoridades superiores. É um direito que para além de formalismos deve garantir a ampla revisão do decidido, cabendo impugnar questões de fato e de direito, bem como aspectos formais e materiais.¹⁰⁰³

O recurso, ademais, deve ser efetivo,¹⁰⁰⁴ e não mero simulacro de respeito ao duplo grau de julgamento, conforme já opinou a Corte IDH quando, na Opinião Consultiva n. 9/87, afirmou que a obrigatoriedade de existência do recurso deve estar acompanhada da sua idoneidade "para estabelecer se houve violação a direitos humanos e prover o necessário para remediá-la".¹⁰⁰⁵ Ou seja, o recurso desatende a completude do direito ao duplo grau quando "exista formalmente mas não receba uma aplicação real por parte da Administração, quando sua análise não seja célere, quando não possa dar resultados ou quando sua inutilidade tenha restado demonstrada pela prática, entre outros requisitos".¹⁰⁰⁶ Por isso mesmo que o direito a um recurso, de outra parte, não é compatível com prazos exíguos de interposição ou formalidades desprovidas de sentido.¹⁰⁰⁷

A Lei n. 9.784/99, afinada com a organização hierárquica do Estado brasileiro, permite no art. 57 que o recurso tramite por "no máximo três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa". A regra é compatível com a orientação convencional e, ademais, mais benéfica ao cidadão, que poderá buscar mais uma chance além da primeira e segunda de rever o posicionamento do Poder Público. O que não se admite, sob hipótese nenhuma, é que alguma regra desautorize a interposição de recursos.

¹⁰⁰² GONZÁLEZ MORAS, Juan M. Los tratados... *Op. Cit.*, p. 72.

¹⁰⁰³ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 191.

¹⁰⁰⁴ Pablo Gutiérrez Colantuono lista seis características dos recursos para conferência da sua efetividade: (i) requisitos simples de admissibilidade do recurso; (ii) efeito suspensivo obrigatório; (iii) prazo de decisão compatível com a complexidade da questão; (iv) garantia de independência do julgador; (v) garantia de execução da decisão no recurso; (vi) caráter facultativo da interposição do recurso administrativo. O autor trata dos recursos administrativos no âmbito jurisdicional argentino, que no sistema brasileiro seria o equivalente a uma ação judicial. No entanto, todas as características são válidas para o entendimento do que seria um recurso administrativo eficiente no sistema jurídico brasileiro. (*Idem*, p. 224-227).

¹⁰⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 9/87 - Garantias judiciais em estado de emergência (art. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Publicada em 06 out. 1987. § 24).

¹⁰⁰⁶ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 224.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*.

Mas o que acontece caso não exista autoridade administrativa superior a quem dirigir o recurso? Por exemplo, caso o chefe máximo de algum dos Poderes de Estado decida o pleito administrativo em caráter originário, a quem recorrer? Nesse caso, em não havendo órgão colegiado que seja hierarquicamente superior à autoridade que proferiu a decisão monocrática,¹⁰⁰⁸ a interpretação convencionalmente adequada exige que seja reconhecido ao interessado o direito a pedido de reconsideração, oportunidade em que a correção dos fundamentos da primeira decisão poderá ser contestada. O dever de decidir motivadamente o pedido de reconsideração permanece mesmo que a autoridade seja a mesma, sendo seu dever responder a todos os argumentos que possam provocar em tese alteração da posição inicialmente adotada.

Do mesmo modo, interligado ao direito a uma tutela administrativa efetiva e à paridade de armas, o art. 8.2, "h" da Convenção Americana serve de fundamento para a regra do efeito suspensivo obrigatório dos recursos administrativos, sobre a qual se dissertou mais acima. José dos Santos Carvalho Filho justifica o efeito apenas devolutivo dos recursos administrativos na presunção de legitimidade dos atos administrativos. Afirma que, em razão de tal atributo, o "inconformismo do indivíduo no que concerne a algum ato administrativo não tem o condão de paralisar a atividade administrativa, pois que prevalece neste caso o princípio da continuidade das ações da Administração".¹⁰⁰⁹ A conclusão do autor encontra óbice nas normas convencionais previstas nos tratados internacionais de direitos humanos. Já se afirmou mais atrás que o Direito Internacional dos Direitos Humanos renova institutos como a presunção de legalidade dos atos administrativos, o que termina por relativizar por conseguinte a autoexecutoriedade da decisão administrativa e afastar o efeito não suspensivo de recursos administrativos até que a validade dos atos administrativos seja confirmada em instância final.¹⁰¹⁰

Como dito anteriormente, em razão do princípio da paridade de armas, o efeito suspensivo automático a recursos administrativos independe de regra expressa no

¹⁰⁰⁸ Por exemplo, o Órgão Especial de algum Tribunal de Justiça a quem compete reformar as decisões do Presidente em caso de recurso, ou o Conselho Universitário, a quem compete reformar as decisões do Reitor em caso de recurso, e assim por diante. Já decidiu a Corte IDH no Caso Barreto Leiva nesse mesmo sentido: "O Estado pode estabelecer foros especiais para o julgamento de servidores públicos de alto escalão, e esses foros são compatíveis, a princípio, com a Convenção Americana (supra, parágrafo 74). Sem embargo, mesmo nesses casos o Estado deve permitir que a parte conte com a possibilidade de recorrer da condenação. Assim sucederia, por exemplo, se se dispusesse que o julgamento em primeira instância estaria a cargo do presidente ou de uma sala do órgão colegiado superior e o conhecimento da impugnação corresponderia ao pleno de dito órgão, com exclusão daqueles que já se pronunciaram sobre o caso". (CORTE INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentença de 17 nov. 2009. § 90).

¹⁰⁰⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual...** *Op. Cit.* p. 1012.

¹⁰¹⁰ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *El derecho administrativo argentino...* *Op. Cit.*, p. 146.

ordenamento interno e deve ser aplicado independentemente da previsão de normas legais ou infralegais que disponham de forma contrária, já que serão inválidas por contrariedade ao Pacto de São José. A autoexecutoriedade da decisão administrativa sujeita à impugnação "faz do recurso ilusório, pois priva a pessoa de toda a possibilidade de obter um resultado".¹⁰¹¹ Se a decisão é potencialmente irreversível, o efeito suspensivo do recurso é obrigatório por força do requisito de efetividade do art. 25 da Convenção Americana.¹⁰¹²

O direito ao duplo grau de jurisdição torna, ainda, inconvenções todas as regras legais que permitem expressa ou tacitamente a *reformatio in pejus*. Sem excluir outras normas de legislações de âmbito federal, estadual ou municipal, o art. 64, parágrafo único da Lei n. 9.784/99¹⁰¹³ é flagrantemente contrário ao direito humano ao recurso previsto em tratados internacionais.¹⁰¹⁴ A eficácia do direito ao recurso depende da inexistência de regras inferiores que desestimulem a utilização do duplo grau. Quem fará uso do direito ao recurso se sabe que sua situação pode ser agravada? Assim, aceitar a *reformatio in pejus* no processo administrativo é negar vigência ao art. 8.2, "h" da Convenção Americana.

Nenhuma das justificativas para a defesa da *reformatio in pejus* no processo administrativo subsiste a uma análise detida. José dos Santos Carvalho Filho faz distinção entre julgamento ilegal e critérios subjetivos de avaliação do processo. Ao distinguir a situação (i) em que a autoridade julgadora aplica a pena errada, da situação (ii) em que a autoridade avalia de um modo "x" ou "y" o conjunto de provas para aplicar uma pena menos grave, o autor indica que a *reformatio in pejus* é permitida apenas naquele primeiro cenário hipotético. Feita essa ressalva, o autor entende constitucional o art. 64, parágrafo único da Lei n. 9.784/99 porque condizente com o dever de atuar na legalidade estrita.¹⁰¹⁵ Para outros, como Javier Indalecio Bazarra, a possibilidade da *reformatio in pejus* no âmbito administrativo residiria no princípio da verdade real. Se a Administração, que age de acordo com a legalidade, busca a verdade objetiva dos fatos decididos em seus processos, não

¹⁰¹¹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 225.

¹⁰¹² *Idem*, p. 225.

¹⁰¹³ (Lei n. 9.784/99) Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência. Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

¹⁰¹⁴ Romeu Felipe Bacellar Filho aponta há tempos a inconstitucionalidade do mesmo dispositivo e a vedação da *reformatio in pejus* (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo...** *Op. Cit.*, p. 355).

¹⁰¹⁵ "Há flagrante diferença entre as hipóteses. No primeiro caso, o ato punitivo originário é realmente ilegal, porque contrário ao mandamento da lei. No segundo, todavia, o ato não é rigorosa e objetivamente ilegal; há apenas uma variação nos critérios subjetivos de apreciação dos elementos processuais. Por isso, ali pode dar-se a correção do ato, e aqui se daria apenas uma substituição, o que nos parece vedado". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual...** *Op. Cit.* p. 1016).

poderia estar limitada a manter uma mentira se em sede de recurso pode ajustar a decisão segundo a verdade elucidada.¹⁰¹⁶

É impossível concordar com essas justificações, porque mesmo que a legalidade seja o motor da Administração e a verdade real seja aceita no processo administrativo, essas normas não podem significar ultraje a outras garantias de hierarquia supraconstitucional, como o direito à ampla defesa, contraditório e ao próprio duplo grau de julgamento. De fato, a Administração deve agir conforme o Direito no processo administrativo, diligenciando por conta própria em busca de dados e provas que esclareçam os fatos em discussão.¹⁰¹⁷ Porém, bem compreendidos o princípio da legalidade no Estado Convencional e a verdade real, sua aplicação não implica desconsiderar outros princípios que compõem o devido processo legal administrativo, tal como o direito ao duplo grau de julgamento. Não há como se admitir a *reformatio in pejus* fazendo uso desses fundamentos, pois seria um contrassenso reconhecer um direito ao recurso caso ele estivesse atrelado a um risco de uma decisão mais prejudicial ao cidadão.¹⁰¹⁸ Seria, acima de tudo, contrariar toda a lógica da Convenção Americana que previu o direito ao duplo grau de decisão.¹⁰¹⁹

Cabe lembrar que a utilização do duplo grau é facultativa. O recurso administrativo é acima de tudo uma *garantia* disponibilizada ao cidadão a partir da interpretação evolutiva da convenção e não um ônus que lhe incuba e possa funcionar como óbice ao controle judicial futuro. Não é permitido interpretar a Convenção de modo a compreender o ingresso nas vias judiciais como dependentes do esgotamento da via administrativa, pois aquela é o piso mínimo, enquanto este é um *plus* cuja razão de ser é evitar a extensão do conflito dentro de uma perspectiva preventiva. É direito da parte sopesar as vantagens de encerrar todas as possibilidades da via administrativa, e não um dever esgotá-la.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁶ BAZARRA, Javier Indalecio. Los principios... *Op. Cit.*, p. 134.

¹⁰¹⁷ "Esse princípio, também denominado *verdade real*, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos suscitados pelos sujeitos". (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 195).

¹⁰¹⁸ Este é o motivo exposto por Lúcia Valle Figueiredo para afastar a *reformatio in pejus*. A autora, que aliás também defende no regime jurídico do processo administrativo a verdade real, diz claramente: "E, por evidente, e finalmente, há proibição da *reformatio in pejus*, não obstante o princípio da legalidade que preside toda atividade administrativa. E não poderia ser diferente. Se houvesse possibilidade de ser agravada a pena, por evidente que esse fato obstaculizaria a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição". (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e devido processo legal. In: **Caderno de soluções constitucionais**. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2003. P. 148.

¹⁰¹⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública...** *Op. Cit.*, p. 192.

¹⁰²⁰ *Idem*, p. 228.

É a interpretação *pro homine* que leva ao entendimento do recurso administrativo como um direito renunciável (e não como um ônus): "Ao dotar um recurso administrativo de obrigatoriedade, este deixa de funcionar como uma *garantia* para converter-se em uma *restrição*. Contrariamente a essa possibilidade, a utilização do recurso depende de uma decisão do particular que atenderá à constatação sobre a oportunidade de receber uma resposta útil por parte da Administração".¹⁰²¹ Assim decidiu, aliás, a Corte IDH no Caso Tiu Tojín vs. Guatemala em 2008. Encontra-se nos fundamentos da sentença internacional: "Qualquer norma ou prática de ordem interna que dificulte o acesso dos indivíduos aos Tribunais, e que não esteja justificada pelas razoáveis necessidades da própria administração da Justiça, deve-se entender contrária ao precitado art. 8.1 da Convenção".¹⁰²²

Por fim, alegações de que a parte fez uso de muitos recursos não cabe para análise de eventual excesso de prazo de duração do processo. Seria contraditório colocar à disposição do particular recursos (seja no sistema interno ou em sede de tratados internacionais) e ao final impor-lhe a culpa pela demora. Portanto, "a valoração da conduta do interessado como justificativa da excessiva duração do trâmite pode valer unicamente se aquele gerou intencionalmente dilações injustificadas ou desnecessárias".¹⁰²³ É ônus do Estado comprovar isso, pois há presunção de que o particular não operou de modo a atrasar o processo.¹⁰²⁴ No mínimo um grau recursal estará sempre facultado ao cidadão, do qual dele poderá fazer uso sem receio ou temor de desagradar a quem quer que seja.

(p) O último componente do direito ao devido processo administrativo segundo o regime jurídico convencional vigente no Brasil é do *ne bis in idem*, expressão latina que invoca a proibição de que alguém seja processado e sancionado duas (ou mais vezes) pelo mesmo fato.¹⁰²⁵ A Constituição brasileira não prevê a vedação ao *bis in idem* no catálogo de direitos fundamentais como regra, a qual foi incorporada no ordenamento de modo expresso por tratados internacionais de que o Brasil faz parte. O art. 8.4 do Pacto de São José da Costa Rica garante que "O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos". O art. 14.7 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos prevê, por sua vez, que "Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país". Bem se vê que a redação da

¹⁰²¹ *Idem*, p. 228.

¹⁰²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Sentença de 26 nov. 2008. § 95.

¹⁰²³ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración Pública... Op. Cit.*, p. 135.

¹⁰²⁴ *Idem*, p. 136.

¹⁰²⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção... Op. Cit.*, p. 154.

Convenção Americana é mais abrangente, reportando-se à proibição do *bis in idem* no processamento pelos "mesmos fatos", enquanto o Pacto Internacional fala em "delito". A análise que segue centra-se na interpretação da norma mais favorável, do SIDH.

É opinião comum a de que, pela independência entre as instâncias, não geraria *bis in idem* o processamento concomitante do indivíduo em ação penal, em processo administrativo disciplinar e em ação de improbidade (e não raro até mesmo nos Tribunais de Contas), pelos mesmos fatos, após condenação ou absolvição. A independência de instâncias segundo alguns autores estaria prevista de modo explícito no art. 37, §4º da Constituição¹⁰²⁶ e em outras regras legais, como por exemplo no art. 136 da Lei n. 8.112/90¹⁰²⁷ e no art. 12 da Lei n. 8.429/92.¹⁰²⁸ Há quem, a exemplo de José Roberto Pimenta Oliveira, defenda a existência não de três, mas de múltiplas esferas autônomas de responsabilização de sujeitos, especialmente os agentes públicos. Para o autor, a Constituição de 1988 teria feito crescer em complexidade o sistema de responsabilização de agentes públicos e por extensão, o próprio sistema de controle dos atos administrativos.¹⁰²⁹ E ainda segundo o mesmo autor, não haveria

¹⁰²⁶ (Constituição Federal) Art. 37 (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹⁰²⁷ (Lei n. 8.112/90) Art. 136. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI do art. 132, implica a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹⁰²⁸ (Lei n. 8.429/92) Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...).

¹⁰²⁹ José Roberto Pimenta Oliveira defende a reorganização das esferas ou sistema de responsabilização de agentes públicos desde o advento da ordem constitucional de 1988. Desde lá, não é mais possível falar em três esferas isolada de responsabilização, típicas do Século XX: administrativa, civil e penal. É que a responsabilidade como categoria do Estado republicano exige a montagem de estrutura de normas e instituições, que de maneira sistematizada (dotado de unidade e coerência) dirija-se aos agentes públicos com o fim de impulsioná-los à concretização de seus deveres de acordo com o Direito, sujeitando-os a sanções pelo seu descumprimento. Disso se extraem os sistemas, esferas, círculos ou instâncias de responsabilização jurídica, quais sejam, "estruturas normativas que conformam a situação de sujeição e informam o exercício da imposição estatal de sanção (...)". Diante desse quadro, e segundo a identidade de quatro elementos (o ilícito, as sanções, os bens jurídicos que se visam proteger e o processo estatal), o autor engrandece o sistema de responsabilização jurídica, reconhecendo a existência de nove esferas ao invés das três classicamente aceitas. São elas: (i) a **esfera de responsabilidade civil**, fundada no art. 37, §6º da Constituição Federal, impõe a responsabilidade ressarcitória do agente público, por ação de regresso, pelos danos que causar culposamente naquela qualidade a terceiros e ao próprio Estado; (ii) a **esfera de responsabilidade criminal**, com espeque no art. 5º, XXXIX e art. 22, I da Constituição, a qual identifica a punição aos agentes públicos pelo cometimento de condutas tidas como de alta reprovabilidade contra a função administrativa e sujeitas à privação da liberdade e interdição temporária de direitos; (iii) a **esfera de responsabilidade eleitoral**, com suporte no art. 1º, I, 14 e 22, I da Constituição, objetiva a proteção da lisura do processo eleitoral através de sanções de inelegibilidade, cassação de registro, suspensão da conduta vedada e multa; (iv) a **esfera de responsabilidade por irregularidade formal e material de contas**, gerida pelos Tribunais de Contas (órgãos autônomos de fiscalização contábil, financeira e orçamentária e controle de legalidade, legitimidade e economicidade da Administração), com apoio no art. 71 da Constituição e ensejadora de sanções pecuniárias e restritivas de direitos previstas em lei; (v) a **esfera de responsabilidade por improbidade administrativa**, do art. 37, §4º da Constituição, a qual objetiva a proteção da probidade na Administração e prevê responsabilização ressarcitória e sancionatória segundo a Lei nº 8.429/92 e diplomas assessórios; (vi) a **esfera de responsabilidade político-constitucional**, de processamento pela via do

bis in idem na aplicação simultânea de penas entre as esferas autônomas de responsabilidade, dado que "um comportamento funcional ilegal pode implicar no atentado a diversos bens jurídicos, (...) ensejando a movimentação de vários sistemas sancionatórios concomitantemente (...)".¹⁰³⁰ Por outro lado, agora segundo Caio Cezar Paiva e Thimotie Aragon Heemann, não haveria *inconvencionalidade* na existência de múltiplas instâncias, porque o art. 8.4 da Convenção Americana estaria limitado ao processo penal.¹⁰³¹

As teses de autonomia de instâncias, como se observa, são muito bem construídas, aceitas de modo quase unânime na jurisprudência, e possuem as melhores das intenções, qual seja, a de preservar a probidade administrativa e preservar debaixo de múltiplos guardiões o trato da coisa pública. Não é pretensão deste estudo rebater todo o construto teórico acima sumarizado, esgotar o tema ou propor solução definitiva para as dúvidas que assolam o intérprete. Entretanto, a partir da perspectiva convencional assumida neste trabalho, desde logo é possível apontar bons argumentos para combater a tese praticamente unânime no Brasil de que é lícito cumular simultaneamente ações penais com ações de improbidade e processos administrativos disciplinares (ou em órgãos de controle, como os Tribunais de Contas). Se não se considerar possível uma defesa definitiva de que é *totalmente impossível cumulá-los*, ao menos é plausível obrigar que o mesmo resultado proclamado em uma dessas esferas seja cogente nas demais em certas ocasiões.

De fato, há razões boas para aplicar o art. 8.4 do Pacto de São José *a todo processo punitivo movido pelo Estado*. Em primeiro lugar, porque já foi visto que as garantias do art. 8 da Convenção Americana se aplicam sim aos processos administrativos ou a qualquer processo que interfira prejudicialmente na esfera jurídica do sujeito (como as ações de improbidade administrativa), o que decorre da proposta de interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos e da necessidade de acautelar o indivíduo contra todas as formas de investidas sancionatórias do Poder Público. Não é só nos processos administrativos sancionatórios (porque equiparados ao regime penal) que se aplica o art. 8 e o art. 25 no que couber, mas em *todo processo judicial ou administrativo que tenciona afetar a esfera jurídica*

impeachment e prevista no art. 85 da Constituição, protege a legitimidade política do agente público; (vii) a **esfera de responsabilidade político-legislativa**, prevista nos arts. 55 e 56 da Constituição, resguarda a legitimidade dos parlamentares através de processo de perda de mandato instaurado pela própria Casa legislativa; (viii) a **esfera de responsabilidade administrativa** é própria da relação jurídica travada entre a Administração e seus agentes e é identificável nos ilícitos funcionais e nas sanções correspondentes - tem origem na interpretação dos arts. 37, 39 e 41, §1º da Constituição; e por fim (ix) a **esfera de responsabilidade pela prática de abuso de autoridade**, autônoma em função do art. 5º, XLI da Constituição e serviente à punição de agentes segundo a Lei nº 4.898/1965. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73-147).

¹⁰³⁰ *Idem*, p. 89-90.

¹⁰³¹ PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional...** *Op. Cit.*, p. 81.

de um sujeito. A justificativa não é mais só o risco da punição, mas principalmente a contenção do exercício do Poder Público em sua atuação.¹⁰³²

Em segundo lugar, a regra do art. 8.4 da Convenção Americana não abarca exceções. Antes disso, ela "dá grande amplitude à cláusula do *non bis in idem*".¹⁰³³ Nesse sentido, a Corte IDH manifestou-se a respeito da cláusula proibitiva da reiterada punição estatal pela prática dos mesmos fatos no Caso Loayza Tamayo vs. Peru. Neste caso julgado em 1997, a Corte reputou violado o art. 8.4 da Convenção pelo Peru, que julgou duas vezes María Elena Loayza Tamayo pela prática da mesma conduta. No primeiro julgamento na jurisdição militar ela foi absolvida, e depois condenada na jurisdição civil. Uma vez que uma jurisdição conheceu do caso, apreciou provas e emitiu juízo de mérito sobre as condutas da acusada, entendeu a Corte IDH que o caso não poderia ser reapreciado por outra jurisdição estatal por conta do princípio do *ne bis in idem*.¹⁰³⁴

A aplicação da orientação da Corte IDH no caso mencionado, aliada à interpretação evolutiva e finalística da regra convencional, significa negar a possibilidade de punição de sujeitos pelos *mesmos fatos* simultaneamente na esfera criminal, no âmbito das ações de improbidade e em processos administrativos disciplinares. Segundo explica Denise Luz em estudo sobre o tema, o art. 8.4 da Convenção Americana, tal como interpretado pela Corte IDH, "proíbe que o mesmo acusado seja processado ou punido mais de uma vez pelos mesmos fatos, sem limitar a vedação à identidade de regimes jurídicos".¹⁰³⁵ Quer dizer então que mesmo que os efeitos patrimoniais de um ato de improbidade possam incidir sobre o sujeito em processo criminal ou em processo administrativo (o ressarcimento ao erário, que de resto poderia ser feito em ação na esfera cível), este não poderá sofrer as demais *sanções* como multas e suspensões de direitos. Este é o entendimento que melhor se adequa ao Pacto de São José da Costa Rica e ao intento que fundamenta a norma proibitiva de punição estatal *pelos mesmos fatos*.

¹⁰³² GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración Pública... Op. Cit.*, p. 69.

¹⁰³³ LUZ, Denise. Os múltiplos processos punitivos brasileiros e a Convenção Americana de Direitos Humanos: uma necessária reflexão sobre a cumulação da ação civil de improbidade administrativa com a ação penal e o princípio do 'non bis in idem'. *Revista e Boletim Informativo IBRASPP*, a. 2, v. 3, p. 9-11, 2012. p. 10.

¹⁰³⁴ "A Corte considera que no presente caso a senhora María Elena Loayza Tamayo foi absolvida pelo delito de traição à pátria pelo foro militar, não só em razão do sentido técnico da palavra 'absolvição', senão também porque o foro militar, no lugar de declarar-se incompetente, conheceu dos fatos, circunstâncias e elementos probatórios do comportamento atribuído, os valorou e resolveu absolvê-la. Diante disso, a Corte conclui que, ao ser julgada a senhora María Elena Loayza Tamayo na jurisdição ordinária pelos mesmos fatos dos quais havia sido absolvida na jurisdição militar, o Estado peruano violou o art. 8.4 da Convenção Americana". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo vs. Peru. Sentença de 17 set. 1997. §§76-77).

¹⁰³⁵ LUZ, Denise. Os múltiplos processos punitivos brasileiros... *Op. Cit.*, p. 10.

Se é assim, qual então a conduta estatal condizente com o Pacto de São José da Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro, que prevê em uma série de regras relativas à independência de instâncias? Se não se duvida que se pode iniciar um processo em cada esfera, a solução possível poderia ser obrigar os órgãos acusadores a comunicar-se, e a partir disso, optar em conjunto pela via que entendam mais adequada ao processamento e à punição dos acusados, sem que possam eles serem processados e sancionados *pelos mesmos fatos* em mais de uma instância de responsabilização. Essa solução não preocupa tampouco que haja impunidade ou prejuízo ao erário, eis que o processo penal, por exemplo, já cuida de vários aspectos que outras esferas em tese buscam responder, como a perda do cargo de servidor público, ressarcimento de eventual dano e até mesmo multa.¹⁰³⁶ E em casos que haja processo administrativo pendente, este deverá aguardar o resultado do processo judicial e seguir a sua sorte em relação ao mérito para graduar, se for o caso, as sanções. Se já houve julgamento administrativo e o processo penal ou de improbidade só foi instaurado posteriormente, em caso de absolvição judicial, sempre haverá a possibilidade de revisão da sanção através de novo processo.

Mesmo com essa solução proposta, como explicar diante do art. 8.4 do Pacto de São José a ressalva do art. 37, §4º da Constituição, que permitiria em tese o processamento por improbidade "sem prejuízo da ação penal cabível"? De fato, a Constituição garante em tese independência de instâncias, mas uma interpretação convencionalmente adequada afasta o entendimento de que pode haver duplicidade de julgamentos dos mesmos fatos na esfera penal e cível/administrativa. Como defendido aqui, o indivíduo não pode ser sancionado duplamente pelo Estado pela prática das mesmas condutas, isto é, dos mesmos fatos.

Porém, para não tornar inútil a parte final do art. 37, §4º da Constituição, a interpretação de acordo com os pactos internacionais de direitos humanos é aquela que assume na norma a imposição de criação legislativa de um tipo penal que puna a prática em si

¹⁰³⁶ O art. 91, I do Código Penal determina que condenação penal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. O art. 92, I do Código Penal prevê como efeito da condenação penal a perda do cargo público quando houver aplicação de pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, bem como nos casos em que há condenação em pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos. Os arts. 49 a 52 do Código Penal regulamentam as penas de multa aplicáveis ao condenado. Por sua vez, o art. 15, III da Constituição prevê que serão suspensos os direitos políticos em caso de condenação criminal transitado em julgado (embora, é verdade, repita no art. 15, V que serão suspensos os direitos políticos em caso de improbidade administrativa, o que será mais adiante explicado). Ou seja, um único processo criminal, em regra o que mais garantias e possibilidades de prova resguarda ao acusado, pode resultar ao final em praticamente todas as sanções que a Lei de Improbidade Administrativa e um processo administrativo disciplinar ou fiscalizatório podem imputar (salvo a pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, que assim como a de multa não está prevista no art. 37, §4º da Constituição e transbordou os intentos do constituinte na Lei n. 8.429/92).

da improbidade: um "crime de improbidade administrativa". A lei de improbidade, segundo essa interpretação, deveria prever o tipo penal de prática de improbidade administrativa, que de acordo com a Constituição teria como penas não só a privação da liberdade, mas obrigatoriamente e sempre como efeito acessório da pena, segundo uma gradação específica das sanções diferente do que prevê o Código Penal, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. Essa interpretação é oposta ao sentido original que se deu ao dispositivo constitucional, e mais próxima ao que leis predecessoras à Lei n. 8.429/92 previam como punição a agentes públicos desonestos.¹⁰³⁷ Seja como for, seria a interpretação mais condizente com o art. 8.4 do Pacto de São José da Costa Rica e, repita-se, não significaria impunidade, mas edição de uma lei criminal única, sem cumulação de múltiplos processos, para punição de condutas que o constituinte reputou sobejamente graves. A Lei n. 8.429/92 seria, nesses termos, necessariamente declarada nula e daria lugar a nova legislação.

Caso seja negada a possibilidade dessa interpretação, a única solução para o impasse, seria a declaração de inconvencionalidade do art. 37, §4º da Constituição. De acordo com a pirâmide hierárquica de normas assumida neste trabalho, os tratados internacionais de direitos humanos são supraconstitucionais, de modo que não haveria problema em afastar a validade de dispositivo constitucional contrário à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Os limites desse trabalho não permitem encerrar o assunto, que merece sem dúvida abordagem isolada e ampliada em razão de sua complexidade. O fato é que o dogma da autonomia das instâncias não pode mais subsistir diante da recepção de tratados internacionais com hierarquia supraconstitucional. Não pode haver segurança jurídica se a vedação ao *bis in idem* é ignorada pelo Judiciário e Administração Pública brasileiros, que insistem diariamente em ignorar até mesmo reflexos de decisões proferidas em instâncias diversas.¹⁰³⁸

¹⁰³⁷ A Lei n. 3.164/57 (Lei Pitombo Godói-Ilha) e a Lei n. 3.502/58 (Lei Bilac Pinto) são precedentes da atual de improbidade administrativa, Lei n. 8.429/92. Visavam coibir o enriquecimento ilícito de agentes públicos. Sobre a Lei Bilac Pinto, Fazzio Júnior explica que "Trazia importante regra de equiparação das figuras de enriquecimento ilícito com os crimes contra a administração e o patrimônio público (art. 4º), sujeitando os responsáveis ao processo criminal e à imposição das respectivas penas. Portanto, seu objeto era expressamente articulado com a proteção penal da atividade administrativa". (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8).

¹⁰³⁸ "A atipicidade da conduta do investigado verificada ao final de um procedimento administrativo, causando a extinção da punibilidade ou ainda demonstrando a total ausência de ilicitude da acusação, na atualidade é capaz de influenciar positivamente a outra instância, se os fatos e fundamentos da investigação forem os mesmos, como forma de estabelecer a necessária segurança jurídica que permeia o Estado de Direito que vivemos".

Todas as leis que tratam da responsabilização múltipla de sujeitos por fatos idênticos, e inclusive o art. 37, §4º da Constituição Federal, devem ser interpretados de acordo com o art. 8.4 da Convenção Americana e a interpretação que a Corte IDH lhe atribui. Não é novidade que mesmo os autores que reconhecem a existência de independência das instâncias creditam às regras legais de punições autônomas relativizações de acordo com o caso. Mauro Roberto Gomes de Mattos, por exemplo, afirma que "Apesar de ser independentes as instâncias (civil, criminal e administrativa), elas se comunicam, e em algumas situações legais possuem o condão de influenciar a outra até com o fim de procedibilidade".¹⁰³⁹ É esta a posição de Romeu Felipe Bacellar Filho, que defende a influência do resultado da sentença judicial criminal absolutória no processo administrativo disciplinar quando o fato típico e objeto dos processos forem idênticos nas duas instâncias. Assim, como há reserva de jurisdição para condenações penais, o autor defende a suspensão do processo administrativo disciplinar até o julgamento do processo criminal. Em suma, para Bacellar Filho a independência de instâncias "admite a possibilidade de se cumular sanções de diferentes naturezas sem se incidir em *bis in idem*, o que não implica deduzir que uma esfera jamais poderá influenciar nas demais".¹⁰⁴⁰

É sempre pertinente recordar que limitações a direitos só são legítimas quando servem à expansão dos direitos de outros seres humanos em conjunto, e não quando servem a interesses de entes abstratos. Afinal, os tratados são firmados entre os Estados para a proteção do ser humano, e não de uma ficção.¹⁰⁴¹ A sanha punitiva estatal encontra freio nas regras supraconstitucionais convencionais que proíbem o *bis in idem*, o que deve ser sopesado quando do múltiplo processamento de alguém em várias esferas pela prática das mesmas condutas.

O meio por excelência de exercício do controle de convencionalidade pela Administração é o processo administrativo. É pela via processual que se efetiva o propósito das normas de direitos humanos.¹⁰⁴² Deste modo, recepcionar definitivamente as normas de direitos humanos no regime jurídico do processo administrativo, o que no século XXI e no contexto de modernização constante das tecnologias (inclusive das plataformas físicas e

(MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92. 3.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 528).

¹⁰³⁹ *Idem*, p. 521.

¹⁰⁴⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência... *Op. Cit.*, p. 46-47.

¹⁰⁴¹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública**... *Op. Cit.*, p. 93.

¹⁰⁴² DAMSKY, Isaac Augusto. Derechos humanos... *Op. Cit.*, p. 91.

virtuais nas quais se desenvolve o processo)¹⁰⁴³ não pode mais ser ignorado, sob pena de deslegitimação da atividade estatal e responsabilização internacional.

No recorte realizado neste trabalho, esses foram apenas alguns dos pontos considerados essenciais que os tratados de direitos humanos alteram na visão do processo administrativo brasileiro. Do regime jurídico convencional do devido processo administrativo extraem-se no mínimo esses dezesseis direitos e deveres, dos quais emerge muito do que a doutrina administrativista pós-1988 já defendia, e também outro tanto de novidade que é reflexo direto dos impactos que os tratados de direitos humanos vigentes causam no processo. A proposta delineada não abarca a totalidade desses impactos no processo administrativo, nem mesmo poderia fazê-lo no espaço aqui disponível. Abre caminho, entretanto, para investigações mais específicas.

¹⁰⁴³ Sobre a modernização da Administração Pública, inclusive no que toca os processos administrativos e seus novos meios de tramitação, cf. GORDILLO, Augusto. ***IT y la modernización de la administración pública***. Disponível em: <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vm/ponencias/AgustinGordillo.pdf> Acesso em 16 dez. 2017.

CONCLUSÃO

A principiologia humanista que se irradiou pelo mundo a partir da segunda metade do século XX e agora matizada pelo ambientalismo é o guia do intérprete e aplicador do Direito. Por conseguinte, a causa principal de todas as transformações que o Direito Administrativo está sofrendo nas últimas décadas é o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Demonstrou-se, aliás, que a própria viga mestra do Direito Administrativo como ramo autônomo do ordenamento com regime jurídico específico está nas normas de tratados internacionais de direitos humanos. O regime jurídico-administrativo de prerrogativas e sujeições, apesar de detalhado e complementado pela Constituição e legislação infraconstitucional, é essencialmente sustentado por normas supraconstitucionais dos Sistemas Internacional e Regional Americano de Direitos Humanos que, na perspectiva adotada, constituem limites até mesmo ao poder constituinte originário.

A essa conclusão geral acima resumida acrescentam-se outras mais específicas que a revisão de literatura e jurisprudência produzida nos capítulos deste trabalho revela. A estrutura em que foi desenvolvido o trabalho e as conclusões condensadas a seguir não rejeitam outros impactos latentes que os tratados de direitos humanos reservam ao Direito Administrativo, os quais certamente poderão ser identificados em estudos posteriores. Visto isso, apresenta-se a seguir a conclusão em tópicos.

1. O Direito Administrativo é a disciplina jurídica regente da relação entre particulares e Estado, de seu modo ser, e principalmente, da função administrativa, exercida de forma típica ou atípica por todos os Poderes de Estado. Entre os princípios que integram o regime jurídico-administrativo de prerrogativas e sujeições, um dos mais importantes e onipresente é o da *legalidade*, o qual no Estado Liberal de Direito visava a condicionar a atividade administrativa à existência de lei produzida pelo Poder Legislativo de modo a resguardar direitos fundamentais dos particulares (especialmente liberdade e propriedade). O princípio da legalidade administrativa no seu sentido clássico, no entanto, cedeu sua exclusividade mais recentemente ao princípio da juridicidade. A concepção clássica oitocentista de legalidade administrativa segundo a qual a Administração Pública só poderia agir quando autorizada expressamente por lei formal sofreu modificações profundas no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, diante da percepção de insuficiência da lei para dar conta dos desafios da vida e diante do paradigma constitucionalista. À defesa da força normativa da Constituição hoje soma-se a força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, normas editadas pelos Estados no plano internacional com objetivo de

preservar em grau elevado a dignidade da pessoa humana e defendê-la contra investidas e omissões ilegítimas do Poder Público. A multiplicidade de tratados de direitos humanos em vigor e a importância de que se revestem revelam a vivência em um paradigma de *Estado Constitucional e Convencional de Direito*.

2. Não há mais espaço para lições que defendem o agir administrativo respaldado apenas na lei formal. O Poder Público no paradigma convencional humanista obriga-se a agir e deixar de agir para respeitar não só a lei do Parlamento, mas também as normas de maior hierarquia, quais sejam, a Constituição e os tratados de direitos humanos. O patamar hierárquico desses últimos não é consenso na doutrina e jurisprudência nacional e internacional. No Brasil, há grande divergência teórica a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos, sendo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece seu *status* supralegal (Recurso Extraordinário n. 466.343-SP e Súmula Vinculante n. 25) e a maioria dos estudiosos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e constitucionalistas brasileiros defendem a hierarquia constitucional (interpretação do art. 5º, §2º da Constituição).

3. Este trabalho assume posicionamento dissonante e acata a tese da hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados de direitos humanos internalizados. Após passar pelo processo de integração ao ordenamento jurídico brasileiro (o que compreende não só a assinatura, aprovação congressual e ratificação, mas também a publicação de decreto executivo no Diário Oficial da União para iniciar sua vigência), os tratados de direitos humanos assumem, *a priori*, patamar superior ao da Constituição. Essa posição tem fundamento, em primeiro plano, na razão de ser dos tratados de direitos humanos: a proteção avançada e maximizada do ser humano mediante a criação de um piso mínimo de direitos compartilhado entre vários Estados independentemente da normativa constitucional heterogênea. Se o que une a humanidade é a condição idêntica dos indivíduos que a compõem, as normas protetivas dessa mesma condição devem se aplicar a todos os seres humanos indistintamente de modo a superar em hierarquia as normas estatais de países diferentes, sejam elas legais ou constitucionais. A relativização da soberania é o preço a ser pago para participar da comunidade global de nações, orientadas à proteção do ser humano e do meio ambiente com caráter prioritário.

4. De outro lado, razões dogmáticas também respaldam a hierarquia supraconstitucional de normas de tratados de direitos humanos internalizados na ordem jurídica brasileira. Primeiramente, o preâmbulo da Constituição de 1988 consagra o reconhecimento da ordem jurídica interna e internacional como *locus* primordial de solução pacífica das controvérsias às quais estão sujeitas todas as sociedades. Em segundo lugar, a

interpretação sistemática de normas específicas previstas na Constituição segundo critérios hermenêuticos que favorecem a pessoa humana e lhes dão a maior eficácia possível (especialmente o princípio *pro persona*) levam ao mesmo entendimento. O art. 4º, II da Constituição prevê que o Brasil se rege em suas relações internacionais pela *prevalência* dos direitos humanos, norma que denota a opção constituinte de privilegiar os direitos humanos no cenário internacional durante a assinatura e adesão a tratados. Por sua vez, o art. 5º prevê para esses mesmos direitos um regime jurídico diferenciado. O art. 5º, §1º prevê a aplicabilidade imediata deles, confirmando a jurisprudência dominante nas Cortes internacionais acerca do caráter auto-executável (*self-executing*) dos tratados de direitos humanos, técnica condizente com a busca de efetividade da proteção da pessoa humana. O art. 5º, §2º prevê que direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Na medida em que esta regra de abertura afirma que direitos previstos no plano interno *não excluem* direitos do plano externo, ela visa a *privilegiar* aqueles direitos de origem internacional classificados como direitos humanos que a Constituição não previu, mas que têm caráter cronológico e lógico antecedente à própria edição da Constituição. Esta é a interpretação mais benéfica ao ser humano e mais compatível com o art. 4º, II da Constituição.

5. Em regra, considera-se um direito subjetivo como um *direito humano* quando a posição ou bem jurídico que ele garante seja essencial para a dignidade e natureza humanas e/ou para a convivência social. Isso que faz, atualmente, inclusive os tratados internacionais de proteção ao meio ambiente serem classificados como tratados de direitos humanos. Dito isso, a natureza de um tratado como de *direitos humanos* é definida com prioridade no âmbito internacional quando da redação e negociação do tratado. Caso o tratado se autodefinha como tal, não há escolha para o intérprete, que deve assumir como legítima a opção da comunidade internacional em classificar o tratado como de direitos humanos e aplicar-lhe o regime correspondente. Se porventura o tratado não esclareça em seu preâmbulo ou em algum dispositivo a natureza de tratado de direitos humanos, esta poderá ser definida pelos Poderes Legislativo e Executivo durante o processo de internalização do tratado. A definição de sua natureza para fins internos será, nesse sentido, um ato de vontade política do Estado que deverá ser respeitado na aplicação das normas do tratado. É dizer, definido como de direitos humanos no decreto legislativo ou decreto executivo de internalização, o tratado seguirá o regime jurídico de Direito Internacional dos Direitos Humanos definido no ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

6. A corrente supraconstitucional de hierarquia de tratados de direitos humanos aqui defendida assume como válido e eficaz o art. 5º, § 3º da Constituição. Ao aprovar o ingresso de algum tratado segundo um procedimento mais rigoroso e torná-lo equivalente a emenda constitucional, o Congresso brasileiro estaria integrando o tratado no bloco de constitucionalidade e permitindo o controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. O art. 5º, §3º seria, portanto, regra de Direito Processual Constitucional tendente a ampliar as normas que servem de parâmetro para controle abstrato de constitucionalidade em ações típicas definidas na Constituição, o que de resto não impediria o controle de convencionalidade concreto pelo próprio Supremo Tribunal Federal e pelos demais juízes e tribunais. Além disso, ao incorporar-se com *status* de emenda constitucional o tratado estaria definitivamente protegido como cláusula pétrea, sendo vedada a partir de então sua denúncia. Ressalva-se que neste trabalho defende-se a possibilidade de denúncia de tratados de direitos humanos, desde que obedecido o procedimento definido pelas respectivas convenções. A norma inserida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, ao fim e ao cabo, *estende* o espectro de ações cabíveis para a defesa dos direitos humanos e *augmenta* o grau de proteção da pessoa humana.

7. Não bastassem esses argumentos, a hierarquia supraconstitucional dos tratados é a posição consolidada na jurisprudência internacional. Para as Cortes internacionais, a norma internacional de direitos humanos está acima das Constituições nacionais. A hierarquia definida nos ordenamentos internos para normas não convencionais é tomada como mero *fato* pelas Cortes internacionais, que buscam verificar em seus julgados a compatibilidade de qualquer norma interna com normas de tratados de direitos humanos integradas. A Corte Interamericana de Direitos Humanos confirmou esse entendimento, entre outros, no Casos Última Tentação de Cristo *vs.* Chile, de 2001. A posição da jurisprudência internacional tem como principal fundamento o princípio da boa-fé e o princípio costumeiro do *pacta sunt servada*, cuja natureza é de *jus cogens*. Norma positiva albergou esses princípios na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, vigente no Brasil desde a publicação do Decreto n. 7.030/2009. A Convenção de Viena prevê no art. 26 que "Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé" e no art. 27 que "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". A regra do art. 27 foi projetada para evitar que os Estados deixassem de cumprir as obrigações internacionais assumidas legitimamente e contempla na expressão "direito interno" *inclusive* as normas previstas nas Constituições. Não haveria sentido o Estado assumir uma obrigação internacional e a competência jurisdicional de Cortes de direitos humanos para posteriormente

negar-lhes obrigatoriedade e vinculação a pretexto de preservar um esquema teórico ultrapassado de soberania nacional. Tamanha contradição não é admitida como interpretação válida perante o Direito Internacional Público e muito menos perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

8. A supraconstitucionalidade das normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos incorporadas no Direito brasileiro e das normas definidas costumeiramente como *jus cogens*, cumpre salientar, é *relativa*. Perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a solução hierarquizante para a solução de conflitos normativos não é absoluta. Diga-se o mesmo sobre os critérios temporal e de especialidade. Os critérios usuais de solução de antinomia cedem ao critério *pro persona* e às interpretações jurisprudenciais internacionais e nacionais vinculantes aos Poderes de Estado. Restringindo-se ao *status*, desde que uma norma de hierarquia inferior seja *mais benéfica* ou *menos prejudicial* ao interesse do ser humano sujeito à sua incidência ou irradiação, ela deverá prevalecer perante normas que sejam de hierarquia superior. O critério hierárquico é flexível na pirâmide de normas: se *a priori* um tratado está no ápice do sistema, isso não impede que em algumas hipóteses um tratado de direitos humanos ceda em face da Constituição ou mesmo de normas legais ou atos administrativos, desde que sua norma não seja a mais favorável ou menos prejudicial. Mas o princípio *pro persona* ou *pro homine*, previsto em diversos tratados internacionais, entre eles no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, não serve apenas para solução de conflitos insanáveis entre normas. Ele além disso serve de guia hermenêutico. Orienta o intérprete a proceder na interpretação ou aplicação da norma mais ampla para reconhecer direitos, e a proceder na interpretação e aplicação mais restrita para limitá-los. E mesmo que haja dificuldades práticas na aplicação do princípio *pro persona*, por exemplo em definir *qual* seria a melhor norma ou a menos pior, isso não impede que por meio dos métodos usuais de interpretação jurídica e argumentação chegue-se a soluções ótimas ou tendentes ao ótimo. O princípio *pro persona*, aliás, é plenamente compatível com a técnica da ponderação, cujo maior mérito é conciliar princípios a uma primeira vista antagônicos no caso concreto. Em suma, o princípio *pro persona* tem a virtude de acrescentar um elemento menos abstrato de resolução no processo de decisão, qual seja, o privilégio da defesa da pessoa humana mesmo quando estejam sendo sopesados direitos com conteúdos inicialmente inconciliáveis.

9. Mesmo que o princípio *pro persona* integre o ordenamento como modo qualificado de solução de conflitos, o *status* supraconstitucional *a priori* das normas de tratados de direitos humanos obriga uma interpretação convencionalmente adequada do art. 102, III, "b" e art. 105, III, "a" da Constituição. A norma do art. 102, III, "b" da Constituição,

segundo a qual cabe recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal quando decisão judicial de única ou última instância declarar *inconstitucional* tratado internacional, só vale para os tratados comuns. Isto é, se aplica somente a tratados internacionais que regulam outros aspectos da vida humana, como por exemplo tratados comerciais, territoriais, etc., os quais não são de direitos humanos e não têm hierarquia supraconstitucional, mas hierarquia supralegal (ou hierarquia legal, segundo a jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal). Por sua vez, a norma do art. 105, III, "a" da Constituição, segundo a qual cabe recurso especial quando a decisão de única ou última instância *contrariar* ou *negar vigência* a tratado, desde que interpretada segundo critérios hermenêuticos de Direito Internacional de Direitos Humanos, indica o cabimento de dito recurso ao Superior Tribunal de Justiça quando *qualquer* tratado, seja ele comum ou de direitos humanos, for contrariado por decisão de tribunal ou este negar-lhe vigência.

10. O reconhecimento da supraconstitucionalidade não minora o papel institucional da Constituição nem sua força normativa. A Lei Fundamental ainda é o documento constituinte da sociedade política e jurídica do Estado brasileiro, que preserva sua soberania no esquema de organização, distribuição e exercício de competências nela definidos. Os direitos fundamentais e seu regime jurídico peculiar continuam intactos, do mesmo modo que o conjunto cultural e normativo nacional plasmado no bloco de constitucionalidade de cada país. Assumir a hierarquia supraconstitucional relativa apenas termina com esquemas teóricos ultrapassados sobre o conceito de soberania nacional, uma opção encampada pelo próprio constituinte em 1988. Diferentemente do que se poderia pensar, outorgar prevalência aos tratados de direitos humanos ou situá-los em patamar hierárquico superior *não ultraja a normatividade constitucional* construída a duras penas desde 1988 e ainda em processo de edificação. Ao contrário, a supraconstitucionalidade dos tratados é compatível com os desígnios do constituinte originário que, como visto, determinou a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e a inclusão preferencial de direitos humanos no catálogo de direitos com regime jurídico diferenciado de aplicabilidade imediata. Foi o constituinte que, afinado com as tendências globalizantes e supranacionais do Direito Internacional dos Direitos Humanos, relativizou em matéria de direitos humanos a soberania estatal e optou por patamares protetivos mínimos da pessoa humana e do meio ambiente. Esses patamares são definidos em consenso pelas nações em compromissos internacionais e interpretados por Cortes internacionais com competência consultiva e contenciosa voluntariamente reconhecida pelo Estado brasileiro. No mais, prevalece o posicionamento interno naquilo em que a Constituição e a interpretação dos tribunais

brasileiros forem mais benéficas para o ser humano. Nesse quesito, a teoria dos diálogos jurisdicionais serve de apoio para afastar teses que façam prevalecer a todo custo a posição de Cortes externas ou normas internacionais não condizentes com a finalidade protetiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

11. Mesmo que se recuse a tese da supraconstitucionalidade relativa dos tratados de direitos humanos, desde que haja o reconhecimento de no mínimo a *supralegalidade* daqueles instrumentos internacionais, ainda assim é possível vislumbrar patamares satisfatórios de proteção de direitos humanos e alterações impactantes em institutos de Direito Administrativo. O reconhecimento de uma posição privilegiada das convenções internacionais de direitos humanos em face da lei e atos administrativos no Brasil compreende a recepção da teoria do duplo controle. Essa teoria separa os âmbitos de validade de normas segundo o parâmetro de controle considerado. Mesmo que uma lei ou norma infralegal seja declarada compatível com a Constituição (e por conseguinte, constitucional), poderá ser ao mesmo tempo e paralelamente declarada *incompatível* com tratado internacional de direitos humanos (e por conseguinte, inconvencional). O duplo controle, fundamentado pela Corte Interamericana no Caso Boyce e outros vs. Barbados, de 2007 (§78), permite a declaração de nulidade de uma mesma norma que passou pelo crivo do controle de constitucionalidade num primeiro momento, mas que não é convencional porque afronta norma internacional de direitos humanos. Enquanto o Supremo Tribunal Federal é guardião da Constituição, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é guardiã do Pacto de São José da Costa Rica, e seus controles são independentes. A teoria do duplo controle permite aproveitar, no plano interno, alguma orientação acatada pela Corte Interamericana em detrimento do posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Seja a teoria do duplo controle, seja a tese da supraconstitucionalidade relativa, ambas terminam por desqualificar noções clássicas da pirâmide normativa e a utilidade da dicotomia ainda reinante (mas de certo modo irrelevante) que classifica os sistemas jurídicos simploriamente como monistas *ou* dualistas.

12. Apesar dos pressupostos acima, a *prevalência* de uma norma em conflito e o conseqüente *afastamento* de outra(s) com a declaração de invalidade deve ser feito com cautela, apenas após o esgotamento das tentativas de conciliar mediante interpretação as normas e os posicionamentos judiciais à primeira vista incompatíveis. O sentido das normas nacionais deve ser compreendido segundo os critérios hermenêuticos de Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente segundo o princípio *pro persona*, guia interpretativo de todo o ordenamento jurídico. Mesmo as normas constitucionais precisam ser lidas a partir da finalidade indicada pelos tratados de direitos humanos naquilo que for pertinente. Uma

interpretação convencionalmente adequada ou conforme os tratados é uma exigência jurídica decorrente da incorporação de boa-fé dos tratados de direitos humanos. Afinal, não faria sentido assumir o compromisso internacional, recepcionando na forma definida constitucionalmente um tratado de direitos humanos, para posteriormente acatar a leitura da legislação nacional contrária à previsão do tratado. Os tratados de direitos humanos são o parâmetro vital de interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais. A conduta inercial do intérprete e aplicador deverá ser sempre harmonizar normas internas com as normas internacionais de direitos humanos e sua finalidade protetiva do ser humano e do meio ambiente.

13. A interpretação convencionalmente adequada leva em consideração o *sentido* que o tribunal autorizado a interpretar tratados de direitos humanos lhes empresta. Este trabalho enfocou o papel da principal Corte internacional do Sistema Regional Interamericano de Direitos Humanos: a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Sistema Regional conta com quatro principais diplomas normativos. São eles a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948; a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica); e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (Protocolo de São Salvador). Segundo dispõe seu art. 62.1, a Corte Interamericana é a intérprete oficial do Pacto de São José da Costa Rica, o principal tratado de direitos humanos vigente no Brasil desde a publicação do Decreto n. 678/1992. Não fosse a regra convencional, o Brasil reconheceu expressamente desde a publicação do Decreto n. 4.463/2002 "de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José)". Desde então, o país deu concretude à regra do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, segundo a qual "O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos". Portanto, o cumprimento das decisões das Cortes Internacionais é impositivo porque o próprio Estado brasileiro aceitou sua competência.

14. As sentenças internacionais não cassam ou reformam decisões judiciais dos tribunais internos, mesmo porque as Cortes internacionais, como é o caso da Corte Interamericana, não são tribunais revisores ou de quarta instância. Ao Estado não cabe discutir hierarquia das sentenças da Corte, irrecorríveis aliás, mas simplesmente acatar a declaração imanente à sentença e *cumprir a condenação* imposta por violação a um direito

humano previsto em tratados firmados pelo Estado. O descumprimento implica responsabilização internacional do Estado, o que no Sistema Interamericano significa sanções aplicadas pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Ademais, sob pena de atentado à boa-fé, ao princípio do *pacta sunt servanda* e à segurança jurídica, as sentenças da Corte Interamericana servem de parâmetro interpretativo de normas convencionais pelos Poderes de Estado brasileiro, Legislativo, Executivo e Judiciário, no exercício das funções típicas e atípicas. Embora o dispositivo das sentenças internacionais da Corte obrigue apenas o Estado parte de um processo (vinculação direta), em relação à *ratio decidendi* todas as decisões da Corte Interamericana produzem efeitos *erga omnes* a todos os Estados (vinculação indireta). Todos os Estados parte da Convenção são obrigatoriamente cientificados do teor de todas as sentenças internacionais por mandamento do art. 69 do Pacto de São José da Costa Rica, sendo-lhes vedado recusar aplicação do entendimento por desconhecimento. A partir do momento em que recebeu o tratado e voluntariamente aceitou integrar um sistema regional comum de proteção de direitos humanos, o Brasil aceitou vincular-se ao sentido das normas empregado pela Corte Interamericana em julgados em que foram parte outros Estados. O mesmo raciocínio aplica-se em relação às opiniões consultivas da Corte. Assim manifestou a Corte no Caso Almonacid Arellano vs. Chile em 2006 (§124), no Caso Gelman vs. Uruguai (§69) em 2013 e na Opinião Consultiva n. 21/2014 (§31).

15. A vinculação indireta à jurisprudência da Corte Interamericana e às suas opiniões consultivas impõe o acompanhamento compulsório da orientação dela emanada para *casos semelhantes*. No exercício de suas funções, e neste trabalho o foco foi o estudo das funções administrativa e judicial, o Estado brasileiro obriga-se a levar em consideração o posicionamento da Corte Interamericana manifestado em casos idênticos ou análogos. Não seria admissível ao Estado julgar ou decidir empregando a normas de direitos humanos (principalmente do Pacto de São José) sentido contrário ou diverso daquele utilizado em sentenças internacionais e opiniões consultivas quando o próprio Estado, de forma voluntária, reconheceu a competência consultiva e contenciosa de uma Corte. Apesar disso, não existe vinculação ou prevalência *absoluta* ao posicionamento da Corte Interamericana. O modelo vigente no Sistema Interamericano é, diferentemente, um modelo de *persuasão argumentativa*, compatível com a tendência mundial de diálogo entre jurisdições, cujo objetivo é construir parâmetros cada vez mais protetivos e adequados a um mínimo comum ao mesmo tempo tolerante com especificidades culturais de cada povo. Além disso, uma vez que o sistema internacional e regional de proteção funciona de acordo com o princípio da subsidiariedade (art. 46 do Pacto de São José), são os tribunais nacionais e a Administração

Pública de cada Estado os primeiros responsáveis pelas garantias previstas nos instrumentos convencionais (a Corte Internacional só age em caso de falha estatal). Desconsiderar as competências dos agentes públicos nacionais e minimizar sua importância desqualificando de antemão suas decisões e interpretações que conferem a normas de tratados iria de encontro ao fortalecimento do ideal protetivo que fundamenta o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

16. As manifestações da Corte Interamericana expressam o núcleo semântico comum das normas aceito por todos os Estados signatários da Convenção Americana. A vinculação às decisões da Corte Interamericana, entretanto, não é absoluta e eventualmente pode ser afastada pelo Estado. Há um método para verificação da obrigatoriedade ou não de vinculação. Tomando de empréstimo as lições de Ezequiel Malarino, o passo a passo para aplicação da jurisprudência e opiniões consultivas da Corte Interamericana pelo Estado brasileiro quando decide processos administrativos e judiciais é o seguinte: (i) identificação da jurisprudência, consistente na verificação acerca da existência ou não de casos internacionais que decidiram questão que pode contribuir para o deslinde do feito; (ii) identificação da *ratio decidendi* do caso internacional coletado, de modo a excluir os *obiter dicta* da sentença (ou opinião consultiva) da Corte como fundamentação vinculante; (iii) verificação da aplicabilidade da doutrina extraída do caso internacional ou opinião consultiva no caso concreto; e (iv) análise da compatibilidade da *ratio decidendi* da decisão internacional com a ordem constitucional e legal nacional. Neste quarto e último passo, o intérprete deve reconhecer a compatibilidade da jurisprudência internacional *ou* superar o ônus argumentativo por meio de *motivação exaustiva para afastá-la*. Seja como for, ao final do método, a vinculação à jurisprudência da Corte Interamericana só existirá nas hipóteses em que as decisões e posições internacionais forem mais favoráveis. Se a jurisprudência internacional for menos benéfica aos direitos humanos do que a jurisprudência nacional, de acordo com o princípio *pro persona* esta última será preferível. Esses são critérios básicos sugeridos para utilização da jurisprudência internacional que deverão ser sempre observados pela Administração Pública e Poder Judiciário, pois caso contrário haverá risco de utilização arbitrária ou inadequada de julgados ou opiniões consultivas da Corte Interamericana para justificar retoricamente uma opção do aplicador nacional ou ainda integração automática de posições ou orientações semânticas que não se aplicam aos casos ou com falhas de adaptação.

17. Se o princípio *pro persona* não presta solução definitiva ou satisfatória, se a interpretação convencionalmente adequada não é suficiente e se a harmonização das normas é impossível, o conflito então se converte em insanável. Quando isso acontece, surge a

necessidade de exercer o *controle de convencionalidade*. A teoria do controle de convencionalidade não está definida em norma positiva do sistema brasileiro ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ela é produto jurisprudencial da Corte Interamericana, que desde a sentença do Caso Almonacid Arellano vs. Chile em 2006 (§ 124) a fundamentou expressamente no consenso estabelecido em torno da necessidade de dar efetividade aos dispositivos da Convenção tal como interpretada pela Corte. Fundamentalmente, a teoria indica a necessidade de verificação de compatibilidade material de atos normativos internos com tratados internacionais de direitos humanos, com a consequente invalidade destes em caso negativo. Geralmente, o parâmetro de controle é o Pacto de São José, mas nada impede que *qualquer* tratado internacional de direitos humanos sirva de base para verificação de compatibilidade de uma lei, ato administrativo ou a própria Constituição com uma convenção de direitos humanos. O controle de convencionalidade, factível em nível mínimo desde que assumida a hierarquia supralegal de tratados internacionais de direitos humanos, lembra o controle de constitucionalidade, mas com ele não se confunde.

18. O controle de convencionalidade classifica-se em concentrado e difuso. O controle de convencionalidade concentrado é realizado pela Corte Interamericana no exercício de sua competência jurisdicional (controle autêntico). Conquanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos declare a incompatibilidade de normas com o Pacto de São José, a declaração de inconvenção não as anula de pleno direito, nem faz cessar seus efeitos no plano interno. Os efeitos da declaração de inconvenção em sentença internacional da Corte Interamericana dependem de como cada sistema jurídico nacional regulamenta o tema, sem prejuízo das obrigações de fazer, não fazer e pagar em que a sentença pode condenar um Estado. Se entre as obrigações de fazer um Estado for condenado a anular alguma norma jurídica interna, a eficácia da imposição dependerá do cumprimento estatal voluntário da sentença internacional pelos Poderes estatais em conjunto. São reiteradas e convincentes as críticas à legitimidade democrática da Corte Interamericana para decidir pela invalidade de normas legitimamente produzidas pelo Legislativo e Executivo (e por vezes confirmadas pelo Judiciário) e à sua postura incisiva e impositiva. Mas essas críticas devem ser respondidas levando em conta o caráter contramajoritário da Corte e a necessidade de invalidar normas contrárias a direitos humanos considerados como piso mínimo de proteção dos seres humanos. Ao internalizar a Convenção Americana em seu ordenamento, o Brasil acatou a competência contenciosa e consultiva da Corte, bem como sua prerrogativa interpretativa. Dado que o Estado brasileiro reconheceu a competência interpretativa da Corte

Interamericana, a lógica do sistema de precedentes deve guiar as decisões do Legislativo, da Administração e do Judiciário no plano interno. O estímulo ao diálogo jurisdicional e o aprofundamento de critérios para dissociação (*distinguishing*) entre as razões de decidir em casos julgados no plano internacional e em casos decididos no âmbito nacional contribuem para o enfrentamento daquelas mesmas críticas e aperfeiçoamento do sistema, que *não pode funcionar na base da prevalência absoluta de posições de um tribunal interno ou externo*. Afinal de contas, nem os tribunais nacionais, nem a Corte Interamericana são infalíveis.

19. De outra banda, o controle de convencionalidade difuso é aquele realizado por todo agente público, juiz ou não, no exercício cotidiano de suas funções típicas e atípicas. *Todo agente estatal, de todos os Poderes*, tem o dever de verificar *ex officio* a compatibilidade da Constituição, leis e atos administrativos com os tratados de direitos humanos. Assim foi expressamente decidido de forma inaugural e expressa pela Corte Interamericana no Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso *vs.* Peru em 2006 (controle *ex officio*) e Caso Guelman *vs.* Uruguai em 2011 (controle por todo agente público). No exercício do controle difuso de convencionalidade se aplica o passo a passo acima mencionado para verificação da vinculação estatal ou não ao posicionamento da Corte Interamericana em controle concentrado de convencionalidade. O controle difuso tem base normativa convencional no art. 1 e art. 2 do Pacto de São José da Costa Rica, dispositivos que obrigam os Estados a adotarem "as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades [previstas na Convenção]". Posto isso, por disposição expressa do Pacto de São José, medidas de "qualquer natureza" que contribuam para a eficácia dos direitos previstos na Convenção são fomentadas e autorizadas abertamente pela norma internacional, o que inclui a reorganização de competências estatais. Ao outorgar aos órgãos administrativos o dever de controlar a convencionalidade das normas internas está-se contribuindo para a promoção dos direitos humanos da Convenção Americana e de outros tratados. A razão de fundo que justifica o exercício do controle difuso de convencionalidade por todo agente público é, mais uma vez, o princípio da subsidiariedade. Uma vez que o sistema internacional funciona apenas após o esgotamento das medidas e recursos internos, não haveria porque negar a realização do controle de convencionalidade e a declaração de invalidade de normas a todos os agentes públicos no exercício de suas atividades, seja ele servidor público da Administração direta ou indireta, seja ele magistrado. O sistema de proteção internacional só funciona em caso de falha estatal no cumprimento do piso mínimo de direitos humanos previsto nos tratados, e, deste modo, *reservar a todo agente público competência para invalidar normas inconventionais é a maneira mais eficaz de dar efetividade aos direitos*

humanos e de evitar o acionamento internacional do Estado e evitar responsabilização em Cortes de direitos humanos. Uma vez que as regras inerentes ao regime do controle de convencionalidade não se confundem com as regras do controle de constitucionalidade, quando o Judiciário pratica aquele controle no exercício de sua função típica ele não está sujeito a regras como a cláusula de reserva de plenário: todo juiz, órgão fracionário ou plenário de tribunal ou Corte superior pode declarar a inconvenção de norma atentatória a tratado de direitos humanos e invalidá-la com efeitos *inter partes* em processos judiciais. A declaração judicial *erga omnes* de inconvenção de norma só é possível quando for declarada em controle abstrato de constitucionalidade/convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal ou quando esta mesma Corte assim o fizer em decisões proferidas em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida.

20. Ao lado da função judicial, não há dúvidas, portanto, de que a Administração Pública pode declarar inconvenção de normas internas em processos administrativos, desde que o faça motivadamente e à exaustão. É a motivação subjacente à declaração de inconvenção de norma que impede a responsabilização administrativa, civil, penal e por improbidade administrativa do agente público que exercitou a competência invalidadora de norma contrária a tratado de direitos humanos. O temor dos agentes públicos de declarar normas inválidas é falha institucional carente de combate e de mudança de postura de órgãos fiscalizadores, como Ministério Público e Tribunais de Contas. Desde que haja por parte do agente público motivação congruente e demonstração de que buscou aplicar de boa-fé o Direito conforme convenções internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, seguindo ainda a jurisprudência da Corte Interamericana, não se pode sancionar o agente em nenhum dos âmbitos de responsabilização. Quanto às consequências da declaração de inconvenção de norma por parte da Administração Pública, até que sobrevenha lei que regulamente a matéria, os efeitos da declaração de inconvenção de norma pela Administração valerão a princípio *inter partes*. Nada impede, porém, em nome da tutela administrativa efetiva, que a Administração estenda a declaração de nulidade para terceiros em situações fáticas análogas, e desde que isso não signifique a limitação de direitos. A modulação dos efeitos da declaração de inconvenção de norma pela Administração Pública é possível para preservação da proteção da confiança dos cidadãos nos atos estatais e do princípio da segurança jurídica (aplicação analógica do art. 27 da Lei n. 9.868/1999). Não há inconveniência alguma em reconhecer competência invalidadora de leis e atos normativos de outra natureza à Administração Pública para proteção de normas de tratados de direitos humanos, pois eventuais abusos estarão sujeitos sempre à reforma por meio de recursos

administrativos hierárquicos e ao controle judicial. A moldura constitucional brasileira concede ao Poder Judiciário a competência para dar a última palavra sobre o sentido do Direito vigente e resolver conflitos com força de coisa julgada. Obviamente, essa competência não o isenta de respeitar a orientação de Cortes internacionais que interpretam tratados de direitos humanos de modo autêntico.

21. Com base na tese de Daniel Wunder Hachem sobre o direito fundamental implícito à tutela administrativa efetiva é possível resumir as considerações acima tecidas em um direito implícito de todo cidadão a uma tutela administrativa efetiva dos direitos humanos. Esse direito implica deveres que guiam a atuação da Administração Pública nos seus processos decisórios. De modo geral, a tutela administrativa efetiva dos direitos humanos impõe atuação da Administração Pública em prol de uma tutela espontânea, integral e igualitária dos direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos, de modo a dar máxima eficácia às finalidades normativas, prevenir conflitos e evitar responsabilização judicial nacional e internacional do Estado. E como se depreende das considerações anteriores, esse direito dos cidadãos passa pelo dever do Poder Público de verificação da compatibilidade de normas internas, ações e omissões administrativas com os tratados internacionais de direitos humanos, e assim se desdobram resumidamente em alguns *efeitos* da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos. Esses efeitos servem didaticamente à compreensão do que pode e do que não pode a Administração Pública no Estado Constitucional e Convencional de Direito em nome da máxima proteção do ser humano e satisfação de seus direitos básicos. Além disso, sintetizam todos os pressupostos acima delineados para uma atuação administrativa condizente com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esses efeitos, para melhor exposição, são classificados em efeitos (a) negativos e (b) positivos.

22. São efeitos *negativos* da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos, cogentes para o Estado brasileiro no exercício de todas as suas funções, e especialmente da função administrativa: (a.1) Não agir contrariamente aos tratados internacionais de direitos humanos, tal como interpretados pelos tribunais internacionais de direitos humanos. O que implica, em última instância, reconhecer a força normativa dos tratados de direitos humanos e decidir conforme a orientação das Cortes internacionais de direitos humanos, segundo os critérios de verificação de vinculação. (a.2) Recusar-se a aplicar normas violadoras dos tratados de direitos humanos, o que enseja o dever de, após tentar harmonizar as normas mediante uma interpretação convencionalmente adequada, exercer o controle difuso de convencionalidade e invalidar normas constitucionais, legais e infralegais inconciliáveis com

tratados de direitos humanos. O exercício do controle difuso de convencionalidade segue os critérios orientadores anteriormente detalhados, sendo suas principais características a competência invalidadora outorgada a todos os agentes públicos e a desnecessidade de requerimento dos interessados (deve ser exercido *ex officio*).

23. Os efeitos *positivos* derivados da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos são: (b.1) A redução da discricionariedade administrativa, acarretando o estreitamento da margem de oportunidade e conveniência da Administração Pública para aplicar normas de direitos humanos e para tomar decisões, as quais doravante deverão sempre considerar a orientação imanente às convenções internacionais segundo a interpretação das Cortes internacionais. Desse modo, se houver duas ou mais escolhas, a Administração deverá optar por aquela que atende melhor ao conteúdo e finalidade dos tratados de direitos humanos aos quais o Brasil aderiu, ou seja, aquela compatível com a jurisprudência internacional e com o princípio *pro persona*. (b.2) A possibilidade de o agente integrante da Administração Pública agir na ausência de lei para atender a norma convencional vigente, efeito justificado pela característica de autoexecutoriedade das normas de tratados de direitos humanos. Essas normas independem de intermediação legislativa para surtir efeitos, o que se justifica pelo reconhecimento jurisprudencial dominante de que são *self-executing* e pelo fato de que no Brasil estão sujeitas ao regime do art. 5º, §1º da Constituição. Se assim o é, o agente público (inclusive o juiz em hipóteses de ressubjetivação da dimensão objetiva dos direitos) pode agir na ausência de lei desde que isso se faça necessário para dar efetividade à norma convencional de direitos humanos. Assim como o segundo efeito negativo acima explicado, este segundo efeito positivo revela as falhas da utilização do princípio da legalidade administrativa *sempre* segundo o sentido próprio da primeira metade do século XX (o equívoco, portanto, da tese segundo a qual a Administração só poder agir quando houver lei formal que o permita). A ressalva está nos casos em que a Administração *restringe* direitos do cidadão, ocasião em que o princípio da legalidade em seu sentido clássico ainda é válido. Como a finalidade primária do princípio da legalidade administrativa é evitar investidas arbitrárias e injustificadas do Poder Público, quando algum ato administrativo buscar a limitação da esfera jurídico-patrimonial do sujeito será inevitável que a Administração se apoie em autorização formal do Poder Legislativo por via de lei, criada pelos representantes eleitos do povo para editar normas que restrinjam direitos.

24. O conjunto das proposições acima resumidas para a atuação do Poder Público nos efeitos da tutela administrativa efetiva dos direitos humanos condicionam mudanças mais ou menos salientes no regime jurídico-administrativo de Direito Público. A força normativa

dos tratados de direitos humanos e o reconhecimento de hierarquia privilegiada de suas disposições orientam, em primeiro lugar, a fundamentação originária do regime de prerrogativas e sujeições que ilumina o Direito Administrativo brasileiro. É totalmente válido apoiar-se nos princípios do art. 37 da Constituição para explicar as bases do Direito Administrativo e levar em conta a normativa constitucional e infraconstitucional para justificar o regime jurídico daquela disciplina. No entanto, *a fonte primária da qual o Direito Administrativo extrai sua validade não é a Constituição, mas os tratados internacionais de direitos humanos*. O sentido e a finalidade do Direito Administrativo é o ser humano e o meio ambiente do qual faz parte indissociável. Essa disciplina jurídica guia-se pelas normas básicas de direitos humanos e prescinde de interpretação constante segundo o Direito Internacional dos Direitos Humanos e de acordo com o vetor hermenêutico *pro persona*.

25. Os deveres estatais estão todos condicionados à melhoria das condições de vida da população e à preservação da dignidade humana. Não à toa, o art. 2 do Pacto de São José da Costa Rica obriga os Estados signatários a implementarem por meio de medidas legislativas e de todas outras naturezas o que for necessário para tornar efetivos os direitos humanos previstos na Convenção. Agora, de modo radical, constata-se que o Estado e todas suas funções, especialmente a função administrativa (mais próxima do cidadão em comparação com as outras funções), existem *para o cidadão e para a melhoria e desenvolvimento paulatino das condições de vida do ser humano na sociedade em que habita*. Logo, o regime de *sujeições* do Direito Administrativo deriva integralmente do Direito Internacional dos Direitos Humanos de normativa convencional e costumeira de *jus cogens*. A seu turno, o regime de *prerrogativas* complementar também tem base convencional. No Sistema Interamericano, foco deste estudo, tal regime é estabelecido no art. 30 do Pacto de São José, cujo teor permite restrições a direitos dos particulares segundo as leis "que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas". A limitação a um direito é autorizada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos para assegurar o pleno cumprimento dos direitos humanos do cidadão que habita em sociedade, o que corrobora com a tese de quem nenhum direito é absoluto. De fato, mesmo que os tratados fundamentem um regime de sujeições ao Estado em prol do ser humano, concedam novos direitos aos cidadãos, e ordenem novas interpretações dos institutos de Direito Administrativo, fato é que esse novo contexto de existência do Direito na ordem jurídica internacional dos direitos humanos também limita as posições jurídicas titularizadas por pessoas que vivem em sociedade e até mesmo direciona deveres ao ser humano. Em conjunto com o Estado, o cidadão e as organizações civis por ele constituídas são

responsáveis pela promoção da igualdade, sendo corresponsáveis pela consecução do bem comum e pela gestão dos assuntos e bens públicos. Não menos importante, compartilham deveres de cuidado com o meio ambiente e prevenção do dano ambiental inclusive para as gerações futuras.

26. Posto isso, não passa despercebido de uma leitura normativa atenta das convenções que os tratados de direitos humanos são a fonte primária do regime jurídico de Direito Administrativo, e só num segundo momento lógico é que esse ramo jurídico está encerrado na Constituição e legislação nacional. Transversalizado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Administrativo definitivamente deixa de ser disciplina autoritária ou mesmo identificada com um regime usualmente definido como *exorbitante*. A lógica convencional que informa o regime jurídico-administrativo estabelece uma postura da Administração Pública voltada à satisfação das necessidades do cidadão e uma leitura convencionalmente adequada das regras de Direito Administrativo que obriga de agora em diante, como regra, *a horizontalidade das relações entre particular e Poder Público, e só como exceção sua verticalização e o exercício desigual de prerrogativas*, sempre motivado e justificado pelo atendimento do interesse público dos cidadãos (e não do Estado como ente abstrato).

27. Qualquer discriminação carente de justificação legítima nas relações entre particular e Estado é contrária aos tratados internacionais de direitos humanos. Por isso, de modo a evitar o arbítrio, qualquer limitação a direitos do cidadão precisa obedecer a critérios formais e materiais. Colhendo as lições de Daniel Wunder Hachem, esses critérios de exercício de prerrogativas que implicam a prevalência do interesse público sobre outros interesses protegidos pelo ordenamento jurídico são: (i) estar previsto em lei editada pelos representados do povo de acordo com o processo legislativo constitucional; (ii) estar exaustivamente motivado, com a demonstração dos fatos e de direito que justifiquem a restrição; (iii) respeitar o princípio da proporcionalidade, pois nenhuma restrição deve ser maior do que o estritamente necessário para o atendimento do interesse público a ela subjacente; e (iv) compensar limitações e exercícios de prerrogativas necessários, adequadas e proporcionais inevitáveis para o atendimento do interesse público, reparando os prejuízos experimentados por aquele que sofre uma restrição jurídico-patrimonial legítima. O ônus de demonstração do cumprimento desses requisitos cabe sempre ao Estado, eis que a prioridade segundo a lógica convencional é o exercício desembaraçado dos direitos humanos e não sua limitação. Entregar o ônus argumentativo ao cidadão nos casos de limitação seria inverter os termos e priorizar a satisfação de um interesse estatal em detrimento da liberdade humana.

Caso a Administração não logre êxito em justificar racionalmente a limitação jurídica ou patrimonial, prevalecerá a posição favorável ao indivíduo. Não existe um interesse estatal abstrato e que seja, *a priori*, prevalente ao do cidadão. Acima de tudo, não existe um interesse público exclusivo da Administração Pública, nem deverá sua posição jurídica sempre prevalecer em nome da supremacia do interesse público. Como exposto, a prevalência dos direitos humanos e sua limitação apenas nos casos autorizados por razões de interesse público e segundo os critérios formais e materiais consentâneos com o art. 30 da Convenção Americana muitas vezes fará com que a Administração reste legitimamente vencida em pleitos administrativos e judiciais.

28. Os princípios jurídicos presentes no art. 37 da Constituição brasileira sofrem influências do Direito Internacional dos Direitos Humanos e devem ser interpretados segundo os tratados internacionais. O princípio da legalidade administrativa, já se viu, não subsiste segundo uma leitura retrógrada de que a Administração só pode agir se for expressamente autorizada por lei editada pelo Poder Legislativo. Embora isso continue verdadeiro para *limitações* de direitos, é uma proposição falsa quando se trata de dar cumprimento à normativa internacional de direitos humanos de aplicabilidade direta e imediata e quando se trata de se recusar a aplicar leis, atos normativos (e até mesmo normas constitucionais) contrários à Constituição e aos tratados de direitos humanos. Uma leitura convencionalmente adequada do princípio da legalidade permite ao Poder Público em certas situações agir *praeter* e *contra legem*. Por sua vez, o princípio da impessoalidade, compreendido a partir da jurisprudência internacional, subdivide-se em duas dimensões de análise. A dimensão (i) *subjativa* vincula-se à inexistência de impedimentos de ordem pessoal dos agentes públicos em trato com o cidadão, sem que exista por parte do Estado a entrega de privilégios ou tentativas de prejudicar quem quer que seja. A dimensão (ii) *objetiva* diz respeito ao dever de condução imparcial da atividade administrativa sob o ângulo estrutural e funcional. Sob a perspectiva objetiva do princípio da impessoalidade, haverá violação à ordem jurídica quando houver simples *aparência* de ultraje à impessoalidade. Nas atividades administrativas não basta ser impessoal (sentido subjetivo), há também o dever de *parecer impessoal* (sentido objetivo), conclusão que ao fim contribui para a efetivação do princípio da moralidade administrativa. Naturalmente, a análise concreta dependerá da verificação do modo como outros princípios, como por exemplo o da legalidade, irradiam seus efeitos. Acerca do princípio da publicidade administrativa, este obriga transparência na atividade administrativa e divulgação espontânea da informação pública. O ser humano e cidadão tem garantida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos a liberdade de buscar e receber informações e

ideias de toda natureza, no que estão englobadas principalmente aquelas detidas pela Administração Pública, que deverá facilitar ao máximo o acesso de todo interessado a documentos e dados públicos em prazo razoável sem que o cidadão precise justificar o motivo do pedido. A negativa do acesso respaldada no interesse público definido e detalhado em lei deverá obrigatoriamente ser motivada e estará sujeita ao controle judicial. O agente público que criar embaraço ao acesso viola a publicidade e está sujeito à responsabilização individual. Não só essas consequências se verificam no princípio da publicidade. O art. 102 da Carta de São Francisco impõe a publicidade aos tratados internacionais, o que se efetiva mediante o registro. Em conjunto com o princípio da publicidade regente da atuação administrativa, essa norma é o fundamento jurídico do dever da Administração Pública de dar ampla publicidade aos tratados internacionais ao público e *entre os seus servidores*, mormente os tratados de direitos humanos, o que de resto é fomentador de uma *cultura favorável aos direitos humanos dentro e fora do Estado*. Por último, em relação ao princípio da eficiência, a diretriz convencional obriga o empreendimento de todos os esforços e técnicas que contribuam para uma Administração Pública eficiente e simplificadora das rotinas estatais, que ao fim de um processo planejado e com metas definidas racionalmente atinja os objetivos auto-impostos e determinados pela Constituição e legislação sem que direitos e projetos se resumam aos expedientes empoeirados das repartições públicas. A atividade administrativa burocrática, não controlada, permeada de atos inúteis, morosos e protelatórios desrespeita tratados internacionais como o Pacto de São José e sujeita o Brasil à responsabilização internacional.

29. A organização administrativa brasileira está sujeita a alterações respaldadas em norma internacional de direitos humanos. O Pacto de São José da Costa obriga a reorganização das competências administrativas estatais direcionada ao cumprimento efetivo da Convenção, pelo que a criação e a extinção de órgãos, entidades e pessoas jurídicas administrativas precisam estar afinadas com a lógica do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A organização de competências deve obedecer um critério de eficiência administrativa voltado à melhoria das condições de vida *da população*. Todos os órgãos e entidades da Administração direta e indireta, inclusive as empresas estatais, estão obrigados a dar cumprimento aos tratados de direitos humanos vigentes. Pode-se cogitar ou teorizar outras modificações. Muito especialmente o princípio da igualdade e a cláusula federal previstos no art. 24 e art. 28.3 do Pacto de São José, respectivamente, interpretados segundo o princípio *pro persona*, sugerem mudanças profundas na organização e autonomia da Administração Pública, traduzidas na "teoria do melhor direito", formulada pelo jurista argentino Jorge Luis Salomoni. Caso acatada, a teoria relativiza o sistema federativo com o propósito de proteger

isonomicamente seres humanos vinculados por algum laço comum. Ainda que carente de aperfeiçoamento doutrinário, a teoria em sua essência defende proibição de normas de Direito Administrativo afetas aos direitos humanos com graus desiguais de proteção entre entes da federação e, em sua versão radicalizada, entre Estados integrantes de um mesmo sistema comunitário (por exemplo, o Mercosul) ou de um mesmo sistema de proteção de direitos humanos (por exemplo, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos).

30. *A tese do melhor direito desconsidera hierarquias normativas para normas de Direito Administrativo.* Lembre-se, nesse sentido, que no âmbito americano houve reconhecimento recente de que os direitos humanos são essenciais para a construção do bloco comunitário, o que aconteceu mediante assinatura do Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul (integrado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 7.225/2010). A cláusula federal do Pacto de São José veda a invocação do modo de organização interna e da autonomia dos entes para livrar-se de responsabilização internacional, o que por si só já demonstra a relativização do princípio federativo para fins de aplicação de tratados de direitos humanos. Essa norma do art. 28.3 sistematicamente interpretada com o princípio da igualdade do art. 24 privilegia a aplicação da norma mais favorável de outras entidades federativas e de outros Estados ao cidadão que assim solicitar. Não só essas duas normas fundamentam a teoria. Afinal, os Estados que incorporaram a Convenção reconheceram no preâmbulo que pouco importa a nacionalidade de um cidadão para reconhecer-lhe a titularidade dos direitos humanos essenciais positivados no tratado. O único critério de fruição daquelas posições jurídicas em face dos Estados é o pertencimento à espécie humana. Forçosamente, o Estado que incorporou a Convenção reconhece a aplicação de um mínimo comum entre seu ordenamento e o ordenamento dos demais Estados que a incorporaram. Quer dizer, então, que a harmonização de normas de direitos humanos e de Direito Administrativo entre diferentes entes da federação e Estados é um dever conjunto de todas as nações, o que daria força à teoria do melhor direito. Efeitos práticos notáveis poderiam ser verificados caso a teoria fosse adotada no Brasil, como exemplificativamente a incorporação de normas processuais e materiais de Direito Administrativo em ente da federação que não dispõe de regulamentação específica sobre algum tema da disciplina ou que o regulamenta de modo menos benéfico ao cidadão, servidor público ou não. Não há ilusão: levada ao extremo, a teoria do melhor direito poderia não só terminar com a noção de federação estatal, mas também tumultuar a tomada de decisões de entidades e Estados que em tese são autônomos e soberanos para decidir dentro de alguma margem de apreciação. Posto assim, apesar do fascínio provocado pela teoria do melhor

direito, é preciso aperfeiçoá-la com o fim de traçar os limites da aplicação da norma mais favorável.

31. A atividade administrativa desenvolvida pelo Poder Público materializa a função administrativa exercida por todos os Poderes de Estado de modo típico ou atípico. Tal atividade, exercida das mais diversas formas, deve ser conduzida segundo a hermenêutica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e por isso não pode negar a aplicação de tratados de direitos humanos vigentes. Isso significa que razões de Estado devem ser colocadas em segundo plano quando contrastadas com a finalidade dos tratados, que é garantir a máxima efetividade dos direitos humanos existentes para garantir a dignidade dos cidadãos e a coesão social. Não há mais espaço para a atividade administrativa autoritária, desinteressada e voltada de costas ao cidadão. Os fundamentos do Direito Administrativo irradiam dos tratados de direitos humanos, o que por consequência obriga que a atividade administrativa concretizada pelos agentes públicos brasileiros seja orientada *para o cidadão e comprometida com o atendimento dos interesses da sociedade*. Essa constatação aliada à interpretação convencionalmente adequada do sistema jurídico brasileiro, levando em conta principalmente o art. 2 do Pacto de São José da Costa Rica, permite construir parâmetros de atuação do Poder Público, condensados em nove orientações para o exercício da atividade administrativa compatível com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

32. As nove orientações ou parâmetros para o exercício da atividade administrativa segundo o Direito Internacional de Direitos Humanos, detalhadamente explicadas no corpo do trabalho, são as seguintes: (i) decidir os pleitos e controvérsias administrativas a partir do princípio *pro persona*; (ii) simplificar ao máximo a rotina e os processos administrativos; (iii) não relativizar a legalidade ou utilizar de expedientes informais quando praticar restrições a direitos dos cidadãos; (iv) atuar espontaneamente em favor da satisfação dos direitos e dos pedidos administrativos dos cidadãos; (v) relativizar a teoria da presunção de legalidade e veracidade dos atos administrativos; (vi) regulamentar ao máximo a utilização de competências discricionárias; (vii) identificar e privilegiar as situações em que é possível a composição administrativa de conflitos e transação; (viii) levar em consideração os requisitos formais e substanciais para o exercício do poder de polícia, previstos em tratados e na jurisprudência internacional; (ix) privilegiar de forma absoluta a boa-fé administrativa e a prevenção do conflito com a Administração, de forma a evitar a judicialização das decisões administrativas.

33. Evitar a judicialização das decisões administrativas é um dever exercido no curso da atividade administrativa. Apesar disso, da perspectiva do Pacto de São José, o direito

de ação do cidadão em face de decisões administrativas é amplíssimo. Todo sujeito que se sinta lesado por ato comissivo ou omissivo do Poder Público pode socorrer-se do Judiciário por meio de um recurso simples e efetivo. O controle judicial das decisões administrativas está garantido pelo art. 25 do Pacto de São José como um direito humano do cidadão que se sentir lesado por ato administrativo. Dita norma prevista em tratado internacional de direitos humanos, supraconstitucional, incrementa a disposição constitucional brasileira do art. 5º, XXXV de que *qualquer* ato administrativo e *qualquer parcela* do ato estão sujeitos a controle judicial. Posições retrógradas como aquelas segundo as quais o Poder Judiciário não poderia invadir o mérito de atos administrativos, ou seja, que não poderia controlar o conteúdo da decisão administrativa, cedem definitivamente aos impactos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Do mesmo modo, assim como os atos vinculados, os atos discricionários também estão sujeitos ao controle judicial. A discricionariedade administrativa não deixa de existir, mas cabe ao Judiciário verificar se aquela competência foi adequadamente manejada pela Administração. Se o Judiciário se convencer de que houve a escolha de uma entre duas ou mais opções *válidas* perante o Direito, preserva-se o ato administrativo tal como editado. Caso constate que não houve escolha válida, anula-se o ato discricionário. Em todo caso, o que não se pode admitir é que o Judiciário negue a verificação da adequação dessa escolha, pois assim estará negando jurisdição e sujeitando o Brasil à responsabilização internacional por afronta ao art. 25 do Pacto de São José da Costa. Assim interpretou a Corte Interamericana, por exemplo, no Caso Barbani Duarte e outros vs. Uruguai em 2011 (§ 204). *O Judiciário brasileiro pode, sim, analisar o mérito de atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários.* Defender o contrário seria ignorar de forma antijurídica o regramento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, especialmente o art. 25.1 e 25.2.

34. O regime jurídico das licitações, contratos administrativos e serviços públicos sofre impactos de tratados internacionais de direitos humanos. Leis nacionais que tratam desses temas, como por exemplo a Lei n. 8.666/93 e a Lei n. 8.987/95, passam por interpretação convencionalmente adequada e devem ser, naquilo que incompatíveis com os tratados de direitos humanos, invalidadas mediante controle de convencionalidade. A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (incorporada ao sistema brasileiro e publicada por meio do Decreto n. 5.687/2006) prevê normas supraconstitucionais de escolha de parceiros transparentes e eficazes, mandamento no qual está implícito um sistema simplificado de escolha licitatória e que dê segurança aos agentes contratantes, de modo a diminuir os níveis de corrupção no campo das contratações públicas. Assim sendo, regras que

o tempo já demonstrou serem óbices para a boa contratação pública, como por exemplo aquela da habilitação prévia a que sujeita os participantes (art. 27 da Lei n. 8.666/93), são inconventionais por afronta ao dever de eficácia do art. 9.1 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. O afastamento de dispositivos legais de leis sobre licitação com base em sua contrariedade a um tratado de direitos humanos ou mesmo a partir de uma interpretação convencionalmente adequada só pode acontecer motivadamente e previamente à publicação do edital de licitação, de modo a conferir segurança jurídica ao processo de escolha. De outro lado, todo processo licitatório deverá, em função do art. 13 da Convenção Americana, ser público e possibilitar amplo acesso à informação, o que torna inconventionais, por exemplo, os artigos 34 da Lei n. 13.303/2016 e 6º da Lei n. 12.462/2011. De *lege ferenda*, propõe-se a edição de lei de licitações debatida em atenção às regras e lógica do Pacto de São José da Costa Rica e de outros tratados de direitos humanos, o que em conformidade com estudos empíricos concederá simplicidade e eficiência ao processo licitatório naquilo que a legislação atualmente vigente não é capaz de fazer.

35. A teoria e prática dos contratos administrativos deve ser revista à luz dos tratados internacionais de direitos humanos. A lógica humanista dos tratados incorpora no tema a visão contemporânea do Direito Administrativo, que se afasta de um regime jurídico autoritário em matéria de contratações. Uma vez que o interesse público protegido pelo Direito Administrativo é o interesse dos cidadãos conforme os direitos previstos em tratados de direitos humanos e de acordo com um conjunto de restrições que exige lei em sentido formal para qualquer limitação, não se pode mais admitir que a teoria dos contratos administrativos incorpore na *essência* de *todo* ajuste dessa espécie as chamadas “cláusulas exorbitantes”. A modificação e rescisão unilaterais do contrato, aplicação de sanções e suspensão temporária de pagamentos com a inaplicabilidade da exceção do contrato não cumprido *não se justificam como prerrogativa pública* aplicável indistintamente a *todo* contrato administrativo. Não é essencial, nem desejável, que o contrato administrativo seja caracterizado *per se* por um regime de prerrogativas. Aliás, nem é essa a nota caracterizadora da natureza do contrato administrativo, ajuste como qualquer outro que visa a garantir a palavra empenhada e os compromissos assumidos entre Administração e particular. Os tratados de direitos humanos incorporam o paradigma consensual nos contratos administrativos, em que Poder Público e agentes privados dispõem de maior dose de autonomia para regular as cláusulas de seus contratos, inclusive para pactuar, se for pertinente, *cláusulas exorbitantes* (pois é possível convencionar nas tratativas contratuais prerrogativas da Administração). Abandona-se a lógica da supremacia administrativa absoluta

em *todos* os contratos e força-se o cumprimento da avença mediante o uso de instrumentos de garantia e coativos. O princípio da igualdade e não discriminação do art. 24 do Pacto de São José fundamenta normativamente esta conclusão, pois veda o estabelecimento de assimetrias *abstratas* entre particular e Poder Público não baseada em justificativa concreta de sua necessidade para atender o interesse geral, conforme também estatuído pela Convenção Americana em seu art. 30. Por esta razão, também, *afirmar em abstrato que conflitos contratuais que envolvam a Administração devem ser resolvidos em prol dela para atender o interesse da coletividade é afirmação equivocada*. Os conflitos devem ser decididos pela Administração e Judiciário de acordo com o pactuado e com vistas a dar cumprimento ao contrato firmado e punir quem o descumpre, com aplicação das penalidades contratuais e legais cabíveis. Não raro, quem será o sujeito passivo dessas punições será, de forma legítima, a Administração. Nessa linha, qualquer limitação à autonomia contratual da Administração e previsão de prerrogativa deve ser estabelecida em lei formal específica, e desde que justificada para o justo atendimento do interesse público, o que no mais das vezes levará a uma análise do *objeto* contratual de cada avença. É o caso, por exemplo, dos contratos de concessão de serviço público, os quais exigem um regime diferenciado. Assim, os dispositivos normativos brasileiros que preveem a existência de cláusulas exorbitantes *não se aplicam necessariamente em todos os contratos administrativos*.

36. O regime diferenciado do serviço público é necessário por conta da natureza dessa atividade titularizada pelo Estado e com fundamento convencional explícito no art. XXI.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 36 da Declaração Americana de Direitos Humanos e no art. 11.1 do Protocolo de São Salvador, entre outros tratados que mencionam o direito. O serviço público, antes de ser um instituto local de Direito Administrativo é, nas palavras de Jorge Luis Salomoni, uma *técnica de garantia de direitos humanos*. Seu fundamento supraconstitucional impossibilita, inclusive, a negativa de prestação de serviços públicos pelo Estado, e mesmo que a Constituição não os previsse seriam impositivos ao menos aos países integrantes do Sistema Interamericano. Ainda, o direito humano ao serviço público sujeita-se ao regime de aplicação direta e imediata, o que torna prescindível a existência de lei para exigí-lo. Prestar serviços públicos não é uma discricionariedade dos Estados, mas um dever que se descumprido sujeita o Estado a responsabilização internacional (Opinião Consultiva n. 18/2003, voto concorrente do Juiz Cançado Trindade). Mais que isso, concretamente a recepção dos tratados de direitos humanos obriga que na prestação desses serviços pelo Estado ou por delegatários, as normas de direitos humanos sejam respeitadas e *o usuário do serviço seja enxergado como a razão de*

ser da atividade. O usuário, antes de ser um cliente, é um *cidadão* do Estado protegido por normas convencionais. A lógica de prestação do serviço público é orientada para privilegiar o usuário na edição de editais de concorrência, na condução normal do serviço e também quando existir algum conflito a ser decidido sobre o modo de prestação ou sobre o contrato de concessão ou permissão. *A norma e a interpretação que atendam melhor aos interesses do usuário prevalecem sobre quaisquer outras*, em função da orientação hermenêutica do princípio *pro persona* aplicável em matéria de serviços públicos. Para atender o melhor interesse do usuário, em contratos de serviço público é permitida a rescisão unilateral do contrato administrativo ou a prorrogação compulsória em favor do contratado, orientação a ser seguida pelo Poder Judiciário quando chamado a resolver impasses. Igualmente, nos contratos de prestação do serviço público, a readequação do equilíbrio econômico-financeiro afetado por motivos de ordem interna ou externa ao contrato deverá ser realizada administrativa ou judicialmente de modo que privilegie e beneficie o usuário. Destarte, eventual sobreproduto da equação deverá se voltar à melhoria do serviço e redução de tarifas, e não ao aumento do benefício do concessionário ou redução pura e simples do repasse da Administração. Concretamente, essas decisões exigirão a participação processual de representantes dos usuários, estudos técnicos e a satisfação de ônus da prova para comprovar de que modo os usuários sairão mais beneficiados. De outra mão, é possível cogitar a aplicação da teoria do melhor direito na regulamentação nacional e federativa dos serviços públicos, tema que merece aprofundamento.

37. A inovações tecnológicas do século XXI fizeram surgir recentemente grande controvérsia sobre o regime jurídico de atividades materialmente similares ou idênticas àquelas de serviço público, mas realizadas por meio de plataformas eletrônicas guiadas por pressupostos de economia compartilhada (Uber, Cabify, BlaBlaCar, Airbnb, por exemplo). Diversas posições assolam de dúvidas o intérprete, que se vê obrigado à difícil escolha entre aplicar o regime jurídico de atividades econômicas em sentido estrito, abertas às regras de livre iniciativa, ou o regime jurídico mais restrito do serviço público. Entretanto, a utilização de classificações moldadas para regulamentar outros cenários, caso este dos serviços públicos, desestimula as inovações tecnológicas e não parece adequada frente aos desafios que esse modo inovador de prestar serviços reserva para o presente e para o futuro. É preciso, por conseguinte, distinguir o regime dos serviços públicos impactado pelos tratados de direitos humanos e o *regime jurídico das atividades de economia compartilhada*, área ainda em desenvolvimento e reservada ao campo de estudos do Direito Administrativo e do Direito Econômico.

38. O Estado atua por meio de seus agentes públicos, pessoas físicas selecionadas para o relevante exercício da função pública. Para isso, são agraciadas com certos bônus e honras e sujeitas a tantos outros ônus e limitações. Os servidores públicos ingressam no Estado de acordo com esquemas rígidos de seleção e a eles está garantida por tratado de direitos humanos uma remuneração condizente com a importância das funções que exercem (Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.687/2006). Por outro lado, estão obrigados à capacitação constante e a suportar um nível mais elevado de críticas pertinentes às suas funções se comparados com particulares (Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile de 2005 - § 254). Todos os agentes públicos devem exercer sua atividade à luz dos tratados internacionais de direitos humanos, e aqueles que desviarem desse dever e violarem direitos humanos estão sujeitos à responsabilização, e até mesmo afastamento do cargo, função ou emprego, por recomendação do Conselho Nacional de Direitos Humanos (art. 6º, III da Lei n. 12.986/2014).

39. Os tratados de direitos humanos reconhecem direitos aos servidores públicos. O direito de greve dos servidores está previsto no art. 8, "b" do Protocolo de São Salvador e art. 8º, "d" do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esses dispositivos garantem o direito de greve inclusive às forças armadas e à polícia, ainda que faculte ao Estado *limitá-lo* para essas duas categorias. Sendo assim, existe uma incompatibilidade entre os tratados e o art. 142, IV da Constituição, o qual proíbe *totalmente* o direito de greve aos militares. A mesma incompatibilidade existe no posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal, que em abril de 2017, proibiu *totalmente* a greve aos policiais civis e servidores da segurança pública (Agravo em Recurso Extraordinário n. 654.432-GO). Concordar que a expressão "limitações e restrições" prevista nos tratados supraconstitucionais abarca a erradicação *total* do direito de greve (como faz a Constituição em relação aos militares e o Supremo Tribunal Federal em relação às polícias civis), seria *anular* indevidamente um direito humano desconsiderando ainda o princípio da proporcionalidade, o que é inconveniente e inconstitucional.

40. É inconveniente, por afronta ao direito humano de greve dos servidores e ao direito humano à liberdade de expressão e manifestação de pensamento, o desconto nos vencimentos dos servidores públicos pelos dias não trabalhados durante paralisações, entendimento este predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 693.456-RJ, em novembro de 2016. Conforme já decidiu a Corte Interamericana no Caso Tristán Donoso *vs.* Panamá, de 2009, condutas análogas ao desconto nos vencimentos pelos dias de greve exercem um *efeito inibitório* ao

exercício de um direito humano, e por isso terminam por violar o Pacto de São José da Costa Rica. Se o Poder Público está autorizado a descontar os dias parados ele *desestimula* por inteiro o exercício de um direito humano. Por essa razão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal neste ponto é contrária à lógica e à hermenêutica convencionalmente adequada do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O mesmo se diga a respeito da jurisprudência nacional que desde 1992 proíbe o exercício de negociação coletiva por servidores públicos (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492-DF). O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema viola o art. 8 da Convenção n. 151 da OIT sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, a qual garante a negociação coletiva a servidores e se encontra inequivocamente vigente no Brasil desde a publicação do Decreto n. 7.944/2013. Viola, ainda, a Convenção n. 154 da OIT, sobre o incentivo à negociação coletiva vigente por força do Decreto n. 1.256/1994. A força vinculante dos tratados de direitos humanos e a aplicabilidade direta e imediata dos direitos neles previstos permitem invocar diretamente as Convenções n. 151 e n. 154 da OIT para *desde logo possibilitar acordos coletivos entre sindicatos e associações de classe com os entes da Administração Pública*. Pontos negociados que dependerem de lei por ordem constitucional (como, por exemplo, criação de cargos, aumento remuneratório, gratificações, etc.) terão o projeto de lei imediatamente enviado pelo Chefe do Poder Executivo ao Poder Legislativo. Aqueles que independerem de lei (como, por exemplo, adaptação do ambiente de trabalho, aumento ou diminuição de jornada, distribuição territorial de agentes, etc.) poderão desde logo ser aplicados, nos termos do acordo coletivo. O Supremo Tribunal Federal deve, nesse cenário, rever sua jurisprudência sobre o tema de negociação coletiva de servidores públicos, de modo que afine seus julgados com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e evite a responsabilização em tribunais internacionais.

41. No mesmo sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a relação empregatícia entre particulares e Administração Pública merece revisão. O Supremo Tribunal Federal entende desde 2013 que o desligamento de empregados públicos para ser válida necessita apenas de decisão administrativa *motivada* (Recurso Extraordinário n. 589.998-PI). O entendimento contraria os direitos humanos previstos no art. 8 da Convenção Americana, especialmente o direito de comunicação prévia e pormenorizada ao trabalhador que terá sua esfera jurídico-patrimonial de alguma maneira limitada (art. 8.2, "b") e o direito à concessão de tempo e dos meios adequados para a preparação de manifestação ou defesa (art. 8.2., "c"). A *instauração de processo administrativo* para efetivação de desligamento ou demissão de empregado público, no bojo do qual, *além de motivação*, seja-lhe facultado o

exercício de contraditório prévio e ampla defesa contra ato que romperá o vínculo de trabalho, é um direito convencional que assegura, ademais, o devido processo legal e a ampla defesa previstos como direitos fundamentais pela Constituição brasileira no art. 5º, LIV e LV. Não é necessário que a extinção do vínculo esteja baseada em razões disciplinares para que o direito ao contraditório prévio e tempo razoável para manifestação sejam garantidos, porque *basta que a decisão final potencialmente limite um direito*, como no caso o direito ao trabalho do empregado público, para que o regime processual da Convenção Americana seja aplicável (como no Caso dos Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros vs. Peru, de 2017). A mesma orientação consta no Comentário Geral n. 32 do Comitê de Direitos Humanos da ONU a respeito da interpretação do art. 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, vigente no Brasil por força do Decreto n. 592/1992 e análogo ao art. 8 do Pacto de São José.

42. Vez ou outra há quem relacione o vínculo de trabalho de servidores públicos com a Administração Pública como uma relação especial de sujeição. O mesmo quanto à relação estabelecida entre Administração e presidiários, militares, alunos e outras categorias que se caracterizam pelo maior contato e proximidade no relacionamento com o Poder Público. É importante esclarecer que o Direito Internacional dos Direitos Humanos *não se concilia com a teoria das relações especiais de sujeição*. Qualquer peculiaridade de um vínculo entre Poder Público e cidadão deve ser justificada e regulada em lei, tanto mais quando se trata de restrições e limitações a direitos desses cidadãos. *Não existem categorias de pessoas vinculadas em caráter "especial" com o Estado a ponto de sujeitá-las a restrições anômalas de direitos e à imposição de sanções*. O bom desempenho das atividades administrativas não pode depender da relativização da legalidade e dos direitos dos servidores e dos sujeitos em relação dita especial com a Administração, como presos, estudantes, militares e delegatários de serviço público. Ao contrário, sua relação, naquilo que limita direitos, deve estar regulada em lei. As relações especiais de sujeição contrariam a lógica *pro persona*, fazendo do ser humano, servidor público ou não, instrumento de ação estatal arbitrária, posição incompatível com o Estado Constitucional e Convencional de Direito.

43. O processo administrativo exterioriza a função administrativa. As decisões administrativas tomadas pelo Poder Público se desenvolvem no bojo de um processo, sequência de atos destinada a um fim regulado por um regime jurídico especial. Esse regime jurídico do processo administrativo brasileiro tem fundamento básico em tratados internacionais de direitos humanos e é complementado pela Constituição e legislação infraconstitucional. A costura das normas integrantes desse regime revela um direito mais amplo, o *direito ao devido processo administrativo*, de base convencional. Integram o devido

processo administrativo: (i) princípio *pro persona*; (ii) direito à duração razoável; (iii) dever de imparcialidade da Administração; (iv) direito ao conhecimento prévio e pormenorizado do objeto processual pelo interessado; (v) direito à disposição de prazo razoável para manifestações; (vi) direito de se fazer representar procurador habilitado; (vii) direito à ampla defesa e ao contraditório; (viii) direito à presunção de inocência e vedação à auto-incriminação; (ix) dever de publicidade; (x) dever de motivação das decisões; (xi) dever de previsão de infração e sanção em lei e irretroatividade; (xii) direito à paridade de armas; (xiii) direito ao formalismo moderado; (xiv) dever de efetividade; (xv) direito ao duplo grau de julgamento e (xvi) vedação ao *bis in idem*. Alguns dos direitos integrantes do regime jurídico do devido processo administrativo se aplicam apenas aos processos punitivos, o que mesmo assim não diminui a utilidade de tratá-los todos em conjunto para explicação didática do direito ao devido processo administrativo.

44. O que permite a aplicação aos processos administrativos de boa parte desses direitos previstos em dispositivos de tratados que fazem referência literal a garantias judiciais (especialmente de processo penal) é o método de *interpretação evolutiva* dos tratados de direitos humanos, instrumentos vivos que não podem ser limitados ao sentido empregado na época em que foram redigidos. Os tratados para serem úteis à finalidade que lhes justifica – a proteção dos direitos humanos – precisam adaptar-se aos tempos vividos, o que está respaldado pelas normas dos arts. 1, 2 e 29 da Convenção Americana. Por isso, as disposições dos arts. 8, 9 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, bem como os direitos previstos no art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, *aplicam-se a processos administrativos* (Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá de 2001 – § 122). Desde que haja um processo administrativo que potencialmente reduza a esfera jurídico-patrimonial de um sujeito, aplicam-se as regras do devido processo administrativo, sejam eles processos punitivos disciplinares, fiscalizatórios ou de *qualquer outra espécie* que ao final impliquem uma redução dos direitos do interessado ou modificação da situação jurídica em que se encontra. Afinal, o Pacto de São José da Costa Rica garante direitos mínimos nos processos em que se *determine os direitos do cidadão* de algum modo, e não só nos processos em que o cidadão detenha condição de *acusado* (art. 8.1). Diante disso, o critério final de aplicação do art. 8 e art. 25 da Convenção Americana pela Administração em processos administrativos, e de outros direitos humanos processuais previstos em outros tratados internacionais, é a *interferência de uma decisão na esfera jurídico-patrimonial do sujeito*. Caso alguma lei ou ato normativo negue esses direitos processuais previstos em tratado de direitos humanos, caberá à autoridade condutora do processo administrativo declará-los nulos por meio do

exercício de controle de convencionalidade, o que só poderá ocorrer após tentar a conciliação daqueles atos normativos com os tratados mediante interpretação convencionalmente adequada. O mesmo deverá fazer o juiz, caso provocado, no exercício da função jurisdicional.

45. Não cabe falar em saneamento dos vícios processuais administrativos contrários ao devido processo administrativo pelo controle judicial, no sentido de que tais nulidades seriam irrelevantes pelo fato de que poderiam ser corrigidas posteriormente pelo Poder Judiciário. O desrespeito por parte do Poder Público a algum dos direitos e garantias do regime jurídico do devido processo administrativo implica *nulidade irremediável do ato que exterioriza a decisão administrativa* (Caso Castillo Patruzzi e outros vs. Peru de 1999 – § 219). Presume-se que as nulidades processuais invocadas pelo cidadão e comprovadas acarretam prejuízo, pelo que e faz desnecessária sua demonstração pelos interessados e pelo que se torna equivocada a jurisprudência que assim o exige. Negar a doutrina da remediação, como feito pela Corte Interamericana, tem caráter pedagógico e auxilia o fortalecimento das garantias processuais disponíveis ao cidadão em face do Poder Público. O exercício da potestade pública jamais prescinde do respeito absoluto dos meios adequados, motivo pelo qual a obediência ao devido processo administrativo não pode ser relativizada contra o cidadão.

46. Não existe presunção de legalidade ou veracidade de atos que atingem direitos humanos e fundamentais. Desde que um ato administrativo seja impugnado administrativa ou judicialmente, a comprovação de sua pertinência em relação aos fatos e adequação ao Direito transmuda-se em questão de ônus probatório. Ao mesmo tempo que, por imposição prevista em normas processuais, cumpre a quem alega satisfazer seu ônus probatório, igualmente cumpre à Administração desincumbir-se do ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito alegado. Compete à Administração provar que a medida intentada é lícita quando o cidadão questiona a existência dos fatos que justificaram a edição do ato administrativo ou quando ele questiona a compatibilidade do ato com o ordenamento jurídico. Se a Administração visa a limitar um direito, não se pode presumir *de antemão* que essa limitação é legal e que são existentes os fatos que o agente afirma existirem. Ser agente público não é garantia por si só de que seu ato é jurídico e que os fatos que levaram à sua edição efetivamente se passaram como ele afirma. O Direito Administrativo impactado pelos tratados de direitos humanos não é compatível com presunções de veracidade e legalidade *a priori* de todos os atos editados pelo Poder Público.

47. No processo administrativo, o princípio *pro persona* se irradia durante a interpretação e aplicação de todas as normas processuais, as quais deverão ser mais benéficas

ao ser humano ou menos prejudiciais quando a sanção ou a redução da esfera jurídico-patrimonial for inevitável em decorrência do que impõe o ordenamento. Uma vez que todos os direitos acima identificados integram o devido processo administrativo, constatou-se a existência de normas e entendimentos jurisprudenciais nacionais contrários ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e por isso nulos. São *inconvenções*, pelos motivos detalhados no corpo do trabalho: (i) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que corrobora com a postura corriqueira da Administração Pública de não detalhar na portaria inaugural de processos administrativos disciplinares a conduta supostamente infracional e o tipo em tese violado (afrenta ao art. 8.2 "b" da Convenção Americana); (ii) toda infração e sanção administrativa excessivamente aberta ou indeterminada prevista em norma legal, por ofensa ao princípio da taxatividade, cujo desrespeito impede o conhecimento prévio e certo das condutas das quais o cidadão tem o direito de se defender previamente (afrenta ao art. 8.2 "b" e art. 9 da Convenção Americana); (iii) toda infração ou sanção administrativa não prevista em lei formal editada pelo Poder Legislativo, como por exemplo punições dirigidas contra alunos e servidores públicos em estatutos editados por conselhos universitários (afrenta ao art. 30 da Convenção Americana e Opinião Consultiva n. 06/86 da Corte Interamericana); (iv) toda norma, despacho ou conduta que concede prazo curto para apresentação de defesa, resposta, documentos, provas, recursos e manifestações de qualquer natureza em processo administrativo (afrenta ao art. 8.2, "c" da Convenção Americana); (v) a Súmula Vinculante n. 05 do Supremo Tribunal Federal, que torna desnecessária a participação de advogado em processos administrativos punitivos e entende dispensável o exercício de defesa técnica por advogado quando o acusado não tenha habilitação (afrenta ao art. 8.2, "e" da Convenção Americana e art. 14.3 "d" do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos); (vi) normas legais ou infralegais que concedam prerrogativas e benefícios processuais injustificados à Administração, como prazos diferenciados ou presunções de veracidade e legalidade de seus atos, sem considerar a igualdade de armas no processo (afrenta aos arts. 1, 8, 24 e 25 da Convenção Americana); (vii) o art. 61, *caput* e parágrafo único da Lei n. 9.784/99 e qualquer outra norma legal ou infralegal que estabeleça como regra a inexistência de efeito suspensivo automático a recursos administrativos, em claro desrespeito à igualdade de armas no processo administrativo (afrenta aos arts. 1, 8, 24 e 25 da Convenção Americana); (viii) o art. 63, I da Lei n. 9.784/99 que veda a interposição de recursos administrativos intempestivos, sem levar a sério o regime de preclusões processual *flexível* suportado em regras de simplificação e eficácia dos atos processuais administrativos (afrenta ao art. 25 da Convenção Americana); (ix) normas legais ou infralegais que proíbam a interposição de recurso administrativo efetivo

perante autoridade administrativa de maior hierarquia ou pedido de reconsideração para a autoridade de máxima hierarquia (afronta ao art. 8.2, "h" da Convenção Americana); (x) normas legais ou infralegais que limitem, dificultem ou desestimulem a interposição de recursos administrativos, a exemplo da previsão claramente antijurídica que admite a *reformativo in pejus* no art. 64, parágrafo único da Lei n. 9.784/99 (afronta ao art. 8.2, "h" da Convenção Americana).

48. Merece crítica o entendimento predominante no Brasil acerca da independência absoluta de instâncias de responsabilização, respaldado em normas como por exemplo o art. 37, §4º da Constituição e em outras regras legais, como por exemplo o art. 136 da Lei n. 8.112/90 e o art. 12 da Lei n. 8.429/92. Uma leitura convencionalmente adequada do ordenamento jurídico nacional, em conformidade com a proibição do *bis in idem* tal como regulado no art. 8.4 do Pacto de São José da Costa Rica, dá subsídios para combater a tese de que seria lícito cumular simultaneamente ações penais com ações de improbidade e processos administrativos disciplinares (ou em órgãos de controle, como os Tribunais de Contas). Se não se admitir uma defesa definitiva de que é impossível cumulá-los, ao menos é plausível obrigar que o mesmo resultado proclamado em uma dessas esferas seja vinculante às demais em certas ocasiões. Afinal de contas, a regra convencional é muito clara ao proibir o processamento de um cidadão por mais de uma vez pelos *mesmos fatos* já apurados em processo, seja administrativo ou judicial. A interpretação ampla que a Corte Interamericana dá ao dispositivo, conjugada com as inconsistências da teoria da autonomia de instâncias (que leva a resultados contraditórios em vários processos e afronta a segurança jurídica), demanda a revisão do entendimento majoritário do tema no Brasil, e, de *lege ferenda*, a reestruturação das competências processuais punitivas.

Os pressupostos interpretativos e de aplicação de um regime jurídico dos direitos humanos no Direito Administrativo e os impactos identificados no trabalho abrem o caminho para verificação de outros mais, tanto ou mais relevantes. O importante é demonstrar que todas as condições estão postas no sistema jurídico para que, finalmente, seja estreitada a distância ainda grande entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos (da teoria e da prática) e o Direito Administrativo (dos livros e do dia-a-dia).

REFERÊNCIAS

AIMAR, José Sebastián Kurlat. La relación de sujeción especial: Una noción a abandonaren materia de servicios públicos. Parte I. **Diario Derecho Público Internacional - Administrativo**, n. 127, 20 set. 2016.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. **Revista de Derecho Político**, n. 93, p. 321-381, maio/ago. 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2015.

ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración: três estudos**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C - Revista de Direitos Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALMEIDA, Fernando Menezes de. Organização da Federação brasileira: noções gerais. In: PONTES FILHO, Valmir; GABARDO, Emerson (Coord.). **Problemas emergentes da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 119-129.

ALMEIDA, João Guilherme Walski; GUSSOLI, Felipe Klein Gussoli. A necessidade de instauração de processo administrativo disciplinar para apuração de faltas funcionais e dispensa de empregados nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida (Coord.). **Direito Administrativo e suas transformações atuais: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Curitiba: Íthala, 2016. p. 663-664.

ALVES, Roberta Emanuelle Rosa. A Corte Interamericana de Direitos Humanos na defesa das liberdades fundamentais. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2013.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Uber: a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 271, p. 409-416, jan./abr. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O conceito de serviços públicos no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n.17, fev./abr. 2009.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação Coletiva dos Servidores Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A integração regional: perspectivas e aspirações. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 3, n. 11, jan./mar. 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Considerações críticas sobre as licitações e contratos administrativos. **A&C - Revista de Direitos Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 3, n. 14, p. 77-85, out./dez. 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 107, a. 29, p. 155-167, dez. 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, a. 9, n. 37, Belo Horizonte, Fórum, p. 11-55, jul./set. 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O procedimento e o processo administrativo no sistema jurídico brasileiro. In: SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo J. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006. p. 33-55.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Tratados - integração regional: Mercosul - perspectivas e desenvolvimento. In: **Fuentes del derecho administrativo: tratados internacionales, contratos, como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo**. MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana *et alli* (Coord.). Buenos Aires: RAP, 2010. p. 121-125.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 39, p. 27-64, jan./mar. 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na República Federativa do Brasil. **Ópera Prima de Derecho Administrativo - Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, Ciudad de México, v. 10, p. 59-114, 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo e procedimento administrativo. In: **Tratado de Direito Administrativo**. v. 5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, a. 14, v. 58, p. 11-47, 2014.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; CAMPOS, Thiago Yukio Guenka. Para além do debate em torno da hierarquia dos tratados: do duplo controle vertical das normas internas em razão da incorporação dos tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ (RFD)**, Rio de Janeiro, v.1, n. 19, p. 1-39, jun./dez. 2011.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BATISTA, Emanuel Pedro Fernandes. Apontamentos sobre greve no serviço público brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Altas, 2013. p. 211-225.

BAZARRA, Javier Indalecio. Los principios del procedimiento administrativo. **Administración & Derecho - Revista de doctrina y jurisprudencia**, Buenos Aires, a.1, n.1, p.131-158, set. 2009.

BELLOCCHIO, Lucía; STRINGHINI, Antonella. El impacto de los medios tecnológicos en las contrataciones públicas. **Diario DPI**. Suplemento Derecho y Tecnologías. n. 29. nov. 2016.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **Revista Internacional de Direitos Humanos - SUR**, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 135-155, dez. 2011.

BICALHO, Luís Felipe. A análise comparativa dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: particularidades sistêmicas e o delineamento de uma racionalidade uniforme. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, n. 14, v. 1, p. 42-64, 2011.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Fabris, 2013.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Controle da transparência na contratação pública no Brasil - o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da Administração Pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller; AYMERICH CANO, Carlos. (Coord.). **La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España**. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 77-101.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 133-66, maio/ago. 2015.

BORGES, Alice Gonzales. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 107, a. 29, p. 16-24, dez. 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8.279-4-Argentina. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 17/06/1998. Publicado em 10/08/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 32.263-RJ. Relator Min. Herman Benjamin. Julgamento em 20 nov. 2012. Publicado em 18 dez. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 16.121. Primeira Seção. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Julgado em 25 fev. 2016. Publicado em 06 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 21.219. Primeira Seção. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 14 dez. 2016. Publicado em 02 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Mandado de Segurança n. 21.985/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves. Julgado em 10 maio 2017. Publicado em 19 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.919-PR. Rel. Min. Moura Ribeiro. Julgado em 08 out. 2013. Publicado em 14 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.640.084-SP. Quinta Turma. Relator Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em 15 dez. 2016. Publicado em 01 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 27.072-DF. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 29 mar. 2016. Publicado em 30 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 418-DF. Relator Min. Alexandre de Moraes. Decisão Monocrática. Publicada em 18 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 72.131-RJ. Tribunal Pleno. Relator para acórdão Min. Moreira Alves. Julgamento em 23/11/1995. Publicado em 28/11/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante n. 58. Tribunal Pleno. Julgamento em 30 nov. 2016. Ata de julgamento publicada em 14 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004-SE. Tribunal Pleno. Relator Min. Xavier de Albuquerque. Julgamento em 01/06/1977. Publicado em 29/12/1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo em Recurso Extraordinário n. 647.436-PA. Relator Min. Ayres Britto. Julgado em 03 abr. 2012. Publicado em 26 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492-DF. Relator Min. Carlos Velloso. Julgamento em 12 nov. 1992. Publicado em 12 mar. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo em Recurso Extraordinário n. 654.432-GO. Relator para acórdão Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em 05 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 4.398. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 19 ago. 2015. Publicado em 17 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 631.240/MG. Relator Min. Luis Roberto Barroso. Julgamento em 03 set. 2014. Publicado em 10 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 693.456-RJ. Relator Min. Dias Toffoli. Julgamento em 27 out. 2016. Publicado em 08 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 589.998-PI. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 mar. 2013. Publicado em 12 set. 2013.

BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

CAMARGO, Monica Ovinski de. **Princípio da presunção de inocência do Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMPOS, Germán J. Bidart. **Teoría general de los derechos humanos**. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2004.

CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: **El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo**. México: UNAM, 2013. p. 67-98.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Versão eletrônica.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punições disciplinares de servidores públicos: uma paralela reflexão crítica sobre os conceitos de tipicidade e discricionariedade das faltas administrativas para os fins do art. 142, §2º, da Lei nº 8.112/90. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 6, n. 26, p. 161-198, out./dez. 2006.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Processo administrativo e controle da atividade regulatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./mar. 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Loren Laroye Riebe Star e outros vs. México. Informe n. 49/1999. Resolução de 13 abr. 1999.

COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. Comentário Geral n. 32. ago. 2007. p. 5. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11>. Acesso em 07 out. 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta**. Documentos de trabalho n. 003/2015. Brasília, dez. 2015.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. Agenda item 3. 32ª Sessão. Jun. 2016. Disponível em: <https://www.article19.org/data/files/Internet_Statement_Adopted.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

CONTESSÉ, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 15, n. 2, p. 414-435, abr. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Piersack vs. Bélgica. Publicado em 01 out. 1982.

CORTE INTEAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Caso Gelman vs. Uruguai . Supervisão de cumprimento de sentença. Publicado em 20 mar. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A associação obrigatória de jornalistas (arts. 13 e 29 da Convenção Inteameriana de Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-5/85. Publicada em 13 nov. 1985.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso A Última Tentação de Cristo *vs.* Chile. Publicado em 5 fev. 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano *vs.* Chile. Relator Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. Publicado em 26 set. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo e outros *vs.* Panamá. Sentença de 02. fev. 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barbani Duarte e outros *vs.* Uruguai. Publicado em 13 out. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Boyce e outros *vs.* Barbados. Publicado em 20 nov. 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Cabrera García *vs.* México. Publicada em 26 nov. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Caesar *vs.* Trinidad e Tobago. Publicado em 11 mar. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Camba Campos e outros (Tribunal Constitucional) *vs.* Equador. Sentença de 28 ago. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Castillo Patruzzi e outros *vs.* Peru. Sentença de 30 maio 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Claude Reyes e outros *vs.* Chile. Sentença de 19 det. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguai. Publicada em 17 jun. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya *vs.* Paraguai. Publicado em 29 mar. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Dacosta Cadogan *vs.* Barbados. Publicado em 24 set. 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas *vs.* República Dominicana. Publicado em 28 ago. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso dos Trabalhadores Demitidos da Petroperu e outros *vs.* Peru. Sentença de 23 nov. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Sentença de 20 jun. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Forneron e filha vs. Argentina. Sentença de 27 abr. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua. Sentença de 29 jan. 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentença de 24 nov. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Guelman vs. Uruguai. Publicado em 24 fev. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago. Publicado em 27 nov. 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Publicado em 30 jan. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo vs. Peru. Sentença de 17 set. 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentença de 01 fev. 2006. Voto do Juiz Garcia Ramírez.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentença de 1 set. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru. Sentença de 25 nov. 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Publicado em 30 nov. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana. 08 set. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentença de 22 nov. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Rosendo Cantú e outra vs. México. Publicado em 31 ago. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero vs. Equador. Sentença de 12 nov. 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Tibi vs. Equador. Sentença de 07 set. 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Sentença de 26 nov. 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Trabajadores Cessados do Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru. Publicado em 24 nov. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Publicada em 27 jan. 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia. Sentença de 27 nov. 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 4 jul. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicarágua. Sentença de 23 jun. 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 06/1986. A expressão "Leis" no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Publicada em 09 maio 1986.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 05/1985. A filiação obrigatória de jornalistas. Publicada em 13 nov. 1985.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 18/2003. Condição jurídica e direitos dos migrantes sem documentos. Publicada em 17 set. 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 16/1999. O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. Publicado em 01 out. 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 21/2014. Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto de migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Publicada em 19 ago. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 9/87 - Garantias judiciais em estado de emergência (art. 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Publicada em 06 out. 1987.

CORTE INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentença de 17 nov. 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Sentença de 22 jun. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no Sistema Interamericana de Direitos Humanos (interpretação e alcance do art. 1.2, em relação com os arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, e 62.3 da

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como o art. 8.1 A e B do Protocolo de São Salvador). Opinião Consultiva n. 22/16. Publicada em 26 fev. 2016.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, Porto Alegre, a. 27, n. 57, p. 33-75, 2004.

COUTO E SILVA, Altamiro do. Os princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 20, n. 84, p.46-63, out./dez. 1987.

CUNHA, José Ricardo *et al.* Direitos humanos globais e Poder Judiciário: uma análise empírica sobre o conhecimento e a aplicação das normas dos sistemas ONU e OEA no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **NEJ - Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 13, n. 2, p. 133-176, jul./dez. 2008.

CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. **RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro**, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017.

DAMSKY, Isaac Augusto. Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 52, p. 77-101, abr./jun. 2013.

DEZAN, Sandro Lucio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. O processo administrativo disciplinar e os pressupostos processuais sob a égide da nova processualidade civilista (Lei 13.105/2015). **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 11, v. 18, p. 516-545, maio/ago. 2017.

DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DI PIETRO, Maia Sylvia. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da utilização de princípios do processo judicial no processo administrativo. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, jul./dez. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. **Servidores públicos na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e Cultura Popular**. São Paulo: Perspectiva, 1973.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Contencioso administrativo**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Derechos de los usuarios de los servicios de interés económico general desde la perspectiva de los derechos humanos. **A&C - Revista de Direitos Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 42, p. 27-44, out./dez. 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, v.1, n.2, p. 103-130, maio/ago. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, p.1-34, abr./maio, 2008.

ESTEVES, Luiz Alberto. Uber: o mercado de transporte individual de passageiros - regulação, externalidades e equilíbrio urbano. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 325-361, set./dez. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. Notas para um ensaio sobre a posição jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil após a reforma constitucional. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 153-163.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, H; VALADÉS, D. (Org.). **Formación y perspectiva del Estado mexicano**. Ciudad de Mexico: El Colegio Nacional-UNAM, 2010. p. 151-188.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. In: **Opus Magna Constitucional Guatemalteco**. Tomo III. Guatemala. Instituto de Justicia Constitucional, 2010. p. 291-333.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e devido processo legal. In: **Caderno de soluções constitucionais**. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 136-149.

FINGER, Ana Cláudia. O princípio da boa-fé e a supremacia do interesse público: fundamentos da estabilidade do ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 307-346.

FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo a los tratados internacionales de derechos humanos. **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, Ciudad de México, a. 8, n. 16, p. 353-382, jul./dez.2014.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa Camarão. **Processo Administrativo: Comentários à Lei n. 9.784/1999**. 3. ed. Belo Horizonte Fórum, 2012.

FRAGA, Mirtô. A obrigatoriedade do tratado na ordem interna. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 162, p. 311-328, abr./jun. 2004.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993.

FRANCO, Enrique Rojas. Los tratados internacionales como fuente de derecho. In: **Fuentes del derecho administrativo: tratados internacionales, contratos, como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo**. In: MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana *et alli* (Coord.). Buenos Aires: RAP, 2010. p. 295-312.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **As normas imperativas do Direito Internacional Público: Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FUNGHI, Luís Henrique Baeta. Da dogmática autoritária à administração pública democrática. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 213-239, maio/ago. 2011.

GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: breve estudo sobre o princípio da insignificância. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 12, n. 134, p. 9-17, abr. 2012.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 6, n. 6, p. 121-131, 2005.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GANHO, Luciano Giambarresi; BRANDT, Rafael Weiss. Organização política regional na América-Latina: necessidade específica ou escolha caprichosa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 113-135, jul./dez. 2014.

Garantido tratamento equânime entre advogado e MP no Projudi. **Revista da Ordem**, Curitiba, n. 39, p. 14, jul. 2017.

GARCÍA, Luz Marina Gil; CORONADO, Gloria García; GARCÍA, Raúl Hernando Esteban. Relaciones especiales de sujeción: aproximación histórica al concepto. **Prolegómenos - Derechos y Valores**, Bogotá, v. XII, n. 23, p. 177-192, jan./jun. 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. **Ius - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, Puebla, a. 5, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011.

GARGARELLA, Roberto. **Sin lugar para la soberanía popular**: democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. 2012. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf>

GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração - democracia e Mercosul (a construção de uma tese). **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 52, p. 231-245, abr./jun. 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Pacto de San José da Costa Rica. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Supraconstitucional**: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El régimen del servicio público en los ordenamientos públicos globales. In: ACUÑA, Edgardo Tobías *et al.* **Estudios de Derecho Público**. Buenos Aires: Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013. p. 827-865.

GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La internacionalización del Derecho Administrativo argentino. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, a. XXIX, n. 348, Ediciones RAP, p. 15-53, set. 2007.

GONZÁLEZ MORAS, Juan M. Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo argentino. **Documentación Administrativa**, n. 267-268, set. 2003/abr. 2004.

GONZÁLEZ MORAS, Juan M. El concepto de servicio público en los ordenamientos públicos globales. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, n. 361, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 395-425, abr. 2009.

GORDILLO, Agustín Alberto *et al.* **Derechos humanos**. 6. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

GORDILLO, Augusto. **IT y la modernización de la administración pública**. Disponible em: <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmnda/ponencias/AgustinGordillo.pdf> Acesso em 16 dez. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 183, p. 9-18, jan./mar. 1991.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUSSOLI, Felipe Klein. A coisa julgada administrativa no Direito brasileiro: Administração Pública e o princípio constitucional da segurança jurídica. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 3, n. 1, jan./jun. 2016.

GUSSOLI, Felipe Klein. A natureza como sujeito de direito na constituição do Equador: considerações a partir do caso Vilacamba. **Anais da XVI Jornada de Iniciação Científica de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 5, 2014. p. 1-27. Disponível em: <<http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-Felipe-Gussoli-classificado-em-1%C2%BA-lugar-.pdf>>. Acesso em 05 dez. 2017.

GUSSOLI, Felipe Klein. Os direitos econômicos, sociais e culturais na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: diálogos jurisdicionais com a ordem jurídica brasileira em favor do desenvolvimento nacional. No prelo.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. El derecho administrativo argentino y su desafío frente al régimen americano de derechos humanos. **Derecho Administrativo Iberoamericano**: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007. p. 123-154.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Tratados de derechos humanos e internacionalización del Derecho Administrativo. **Revista Argentina del Régimen de la**

Administración Pública, a. XXIX, n. 348, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 63-80, set. 2007.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Democracia, derechos humanos y administración pública. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: O desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 589-610, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Restrições ao direito fundamental à liberdade de exercício da advocacia pelos servidores do Ministério Público. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 334-350, 2015.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**, San José, v. 39, p. 71-99, 2004.

HERNÁNDEZ, Jesús M. Casal. El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina. **Rechtsgeschichte**, Munique, v. 16, p. 212-241, 2010.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 137-168, set./dez. 2015.

HESPANHA, Antonio Manuel. **O caleidoscópico do Direito: o Direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, Geraldo E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos. **Estudios constitucionales**, Talca, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015.

HORTA, Raul Machado. O federalismo no Direito Constitucional contemporâneo. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n.1, p. 713-740, jan./jun. 2003.

HUNGARO, Luis Alberto. As transformações da gestão pública e o governo por contratos: a contratualização das políticas públicas. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 3, n.2, p. 367-383, 2016.

IVANEGA, Miriam Mabel. Procedimiento disciplinario: influencia de las decisiones da la CIDH. **Opera Prima de Derecho Administrativo - Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA)**, Ciudad de México, a. 8, n. 16, p. 529-554, jul/dec. 2014.

JINESTA, Ernesto. La construcción de un Derecho Administrativo común interamericano: Reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. **Revista Iberoamericana de derecho público y administrativo**, San José, a. 11, n. 11, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 122-131, dez. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Entrevista concedida a Renata Teodoro. 3 ago. 2014. **Consultor Jurídico**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-ago-03/entrevista-marcal-justen-especialista-direito-administrativo>>. Acesso em: 05 out. 2017.

KNOP, Karen. Here and there: International law in domestic courts. **New York University Journal of International Law and Politics**, New York. v. 32. n. 2, p. 501-535, 2000.

KREUZ, Letícia Regina Camargo. Negociação coletiva do servidor público sob a ótica das Convenções n. 151 e 154 da Organização Internacional do Trabalho. In: **XXIII CONPEDI - A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI**, João Pessoa, 2014. p. 482-506.

KREUZ, Letícia Regina Camargo. O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a possibilidade de negociação coletiva do servidor público no Brasil: uma análise das Convenções n. 151 e 154 da Organização Internacional do Trabalho. **Revista Jurídica Themis**, v. 1, p. 147-163, 2013.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

LASCALA, Maria Carolina Florentino. A relativização da soberania em prol dos direitos humanos. **Revista de Direito Público**, Londrina, v.6, n. 2, p.87-102, ago./set. 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Conta. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n.1, p. 109-129, jan./abr. 2017.

LEAL, Rogério Gesta. Controle da Administração Pública no Brasil: Anotações Críticas. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 5, n. 20, p. 125-143, abr./jun. 2005.

LUZ, Denise. Os múltiplos processos punitivos brasileiros e a Convenção Americana de Direitos Humanos: uma necessária reflexão sobre a cumulação da ação civil de improbidade administrativa com a ação penal e o princípio do 'non bis in idem'. **Revista e Boletim Informativo IBRASPP**, a. 2, v. 3, p. 9-11, 2012.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Tratado, Governo e Congresso: a referenda de tratados e a possibilidade de sua alteração legislativa no direito público brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, p. 195-206, jan./mar. 2009.

MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ESLNER, Gisela (Org.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional**. Tomo II. Berlin: Konard Adenauer, 2011. p. 435-455.

MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 2, p. 113-124, jul./dez. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 293-315.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92. 3.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **Revista Internacional de Direitos Humanos - SUR**, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 215-235, jun. 2013.

MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais: sentenças paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 76-112, jan./jul., 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Versão eletrônica.

MAZZAROPPI, Fabianne; GUSSOLI, Felipe Klein . Licitação e nova lei das estatais federais: caminhos para o desenvolvimento e sustentabilidade na Administração Pública Indireta. In: FURIATTI, Luiza de Araújo; SOUZA, Maria Augusta; BETTES, Janaína. (Org.). **O Direito entre o desenvolvimento e a sustentabilidade**. Curitiba: CRV, 2017. p. 91-106.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. **Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais**, Cuiabá, a. 1, n. 1, p. 169-196, jan./jun. 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Poder Legislativo e os tratados internacionais: o *treaty making power* na Constituição brasileira de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38 n. 150, p. 27-53, abr./jun. 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? **Revista de Direito**, v. 12, n. 15, p. 7-20, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2016. p. 445-471.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEILÁN GIL, José Luis. El Derecho Administrativo Global. In: MARTÍN-RETORTILLO, María del Carmen Rodríguez (Coord.). **Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano**. Editorial Comares: Granada, 2015. p. 147-181.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio da legalidade e algumas de suas consequências para o Direito Administrativo Sancionador. **Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n.1, p. 61-75, jan./jun. 2003.

MELLO, Celso D Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-33.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Juliane Andréa de Mendes Hey; BONATO, Ariadne da Silveira. Cláusula de abertura dos direitos fundamentais e status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, a. 5, n. 9, p. 274-305, jan./jun. 2017.

MENDES, Fernando Marcelo. O dever de decidir e a motivação dos atos administrativos (arts. 48 a 50). In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 189-217.

MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 221-253.

MESQUITA, Rogério Garcia. A processualidade do Direito Administrativo contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado - RPGE**, Porto Alegre, v. 33, n. 69, p. 203-230, 2012.

MESSA, Ana Flávia; FRANCISCO, José Carlos. Tratados internacionais sobre direitos humanos e poder constituinte. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 241-275.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 254, p. 95-107, maio. 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 571-592.

MOREIRA, João Batista Gomes. Controle judicial das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos. In: FORTINI, Cristiana. (Coord.). **Servidor público**: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal: EDUFRN, 2015.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira; ROCHA, Felipe José Nunes. O direito fundamental dos servidores públicos à negociação coletiva em face da Convenção 151 da OIT. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 16, n. 2, p. 267-294, maio/ago. 2016.

NASSER, Salem Hikmat. *Jus cogens*: ainda esse desconhecido. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.1, n. 2, p. 161-178, jun./dez. 2005.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. A volta do regime jurídico único: algumas discussões inadiáveis sobre a função pública brasileira. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 9, n. 37, p. 201-240, jul./set. 2009.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, v. 93, p. 201-232, 2014.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência Latino Americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica**: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 255-284.

NOHARA Irene Patrícia, MARRARA Thiago. **Processo administrativo**: Lei n. 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOWAK, Bruna. O (quase) diálogo do STF com o Direito Internacional: o debate sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no julgamento da Extradicação 1.362. In: MENEZES, Wagner. (Org.). **Tribunais internacionais e a relação entre o direito internacional e o direito interno**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 108-120.

OLCOS, Consuelo Sarria. Derecho internacional y derecho administrativo colombiano. In: ULBA, Jorge Eduardo Londoño (Org.). **Derecho Internacional y Derecho Interno**. Tunja: Ediciones UniBoyacá, 1999. p. 629-656.

OLIVEIRA, Douglas Henrique de; TACLA, Silvia Regina. Reflexões acerca da possibilidade da Prisão Civil do Depositário Judicial Infiel e tutela jurisdicional efetiva. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.8, n. 1, p.189-214, jan./abr. 2013.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ORDÓÑEZ, Jorge Danós. Los tratados internacionales y la jurisprudencia como fuentes del derecho administrativo en el ordenamiento jurídico administrativo peruano. In: MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana *et alli* (Coord.). **Fuentes del derecho administrativo: tratados internacionales, contratos, como regla de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2010. p. 621-638.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e Direito Internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 25-48.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PEREIRA, Danilo Moura; SILVA, Gislane Santos. As tecnologias de informação e comunicação (TICs) como aliadas para o desenvolvimento. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, Vitória da Conquista, n. 10, p. 151-174, 2010.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. O controle jurisdicional das sanções disciplinares no mandado de segurança. **Interesse Público**, Belo Horizonte, a. 9, n. 45, p. 69-75, maio/jun., 2007.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-204, jan./abr. 2017.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini de. Considerações sobre um ano de vigência do Sistema de Contratação na Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016). **Revista de Contratos Públicos - RCP**, Belo Horizonte, n. 11, mar./ago. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Belo Horizonte, n. 19, jan./jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Justiça Internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia; MUÑOZ, Lucien. Internet e direitos humanos. **O Globo**. 10 nov. 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/internet-direitos-humanos-20442000>>. Acesso em 12 nov. 2017.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. O princípio constitucional da publicidade da Administração Pública: o dever de informar e o direito de proteção à imagem e à intimidade à luz da teoria dos papéis sociais. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 4, p. 151-164, 2009.

PRIEBE, Victor Saldanha; SPENGLER, Fabiana Marion. A razoável duração do processo na jurisdição brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 11, v. 18, p. 165-191, maio/ago. 2017.

RAMINA, Larissa. A Convenção Interamericana contra a corrupção: uma breve análise. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v.6, n.6, jul./dez. 2009.

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 (Coords.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RAMINA Larissa. Tratamento jurídico internacional da corrupção: a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais da OCDE. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 39, 2003.

RAMÍREZ, María Lourdes. Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. **Vniversitas**, Bogotá, n. 118, p. 273-291, jan./jun. 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez., 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez., 2009.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1980.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 83-116, jan./abr. 2015.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O que UBER, AIRBNB e outros negócios da economia compartilhada ensinam ao direito administrativo. **Direito do Estado**, a. 2016, n. 207, 07 jul. 2016. Disponível em: < <https://goo.gl/XsZiSn>>. Acesso em: 06 out. 2017.

RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**. São Paulo: M. Books, 2016.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul./set.1997.

RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 266, p. 89-123, maio/ago. 2014.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 157-195.

SADDY, André. Visitando a definição de discricionariedade administrativa. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, a. 16, n. 64, p. 149-175, abr./jun. 2016.

SALDANHA, Renata Torri. Princípio da vedação à autoincriminação, a mentira e seus reflexos processuais e penais. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**, v.17, n. 32, p 235-258, jan./jun. 2017.

SALOMONI, Jorge Luis. Impactos de los tratados de derechos humanos sobre el derecho administrativo argentino. In: SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo J. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales**: jerarquía, impacto y derechos humanos. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006. p. 13-32.

SALOMONI, Jorge Luis. **Teoría general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2004.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Madrid, 2016. 638 f. Tese pós-doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **O impacto dos direitos humanos fundamentais no Direito Administrativo**. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 16, n. 66, p. 267-282, out./dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço jurídico**, Joaçaba, v. 12, n.2, p. 325-344, jul./dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago (Org.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do *tempus regit actum*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2006, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf>.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As partes do processo administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 11, n. 46, p. 115-135, out./dez. 2011.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Os princípios do processo administrativo. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 4, p. 440, abr. 2009.

SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual.

Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 80, a. 29, n. 3, p. 69-95, jul./set., 2011.

SILVA, Caíque Tomaz Leite da. Do realismo à constitucionalização do direito internacional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.9, n. 1, p.135-162, jan./abr. 2014.

SILVA, Caíque Tomaz Leite; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Sindona de. O décimo aniversário da emenda 45 e a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.11, n. 1, p.137-162, jan./abr. 2016.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Clarissa Sampaio; GOMES Ana Virginia Moreira (Org.). **A Convenção n. 151 da OIT sobre o direito de sindicalização e negociação na Administração Pública: desafios na realidade brasileira**. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVEIRA, Lisilene Mello da; PETRINI, Maira; SANTOS, Ana Clarissa Matte Zanardo dos. Economia compartilhada e consumo colaborativo: o que estamos pesquisando? **REG-Revista de Gestão**, São Paulo, v. 23, n. 4, p. 298-305, 2016.

SLOSS, David; ALSTINE, Michael Van. **International Law in Domestic Courts**. 2015. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/889>>

SOTELO DE ANDREAU, Mirta Gladis. El nuevo paradigma del Estado: su impacto en el derecho interno - la globalización, las normas supranacionales y el Derecho Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, a.1, n. 1, p. 49-89, 1999.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. De como a natureza foi expulsa da modernidade. **Revista Crítica do Direito**, n. 5, v. 66, p. 88-106, ago./dez, 2015.

SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de; LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. Considerações sobre a coisa julgada administrativa. In: In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 377-406.

STÜRMER, Gilberto. O trabalho, o direito do trabalho e o Protocolo de San Salvador. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 6, n. 1, p. 104-110, jan./jun. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (direito de certidão, vista e intimação). **RDA- Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 199, p. 97-100, jan./mar. 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 6, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord). **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-36.

SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord). **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SWEET, Alec Stone. A cosmopolitan legal order: constitutional pluralism and rights adjudication in Europe. **Global Constitutionalism**, Cambridge, v. 1, n. 1, p. 53-90, 2012.

SWEET, Alec Stone. On the constitutionalisation of the Convention: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court. **Faculty Scholarship Series**. Paper 71, Yale Law School, p. 1-14, 2009. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1070&context=fss_papers>.

KELLER, Hellen; SWEET, Alec Stone. Assessing the impact of the ECHR on National Legal Systems. **Faculty Scholarship Series**. Paper 88. Yale Law School, p. 677-712, 2008. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/88/>.

SWEET, Alec Stone; KELLER, Helen. **The reception of the ECHR in National Legal orders**. Yale Law School. Selected Works. 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/14/>

TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, 1952.

TEIXEIRA, Anderson Vichikesnki. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez. 2016.

TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 321-353, 2017.

TORELLY, Marcelo. Gomes Lund vs. Brasil cinco anos depois: histórico, impacto, evolução jurisprudencial e críticas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2016. p. 525-560.

TORELLY, Marcelo. **Governança transversal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TOYODA, Hisashi. Supraconstitucionalidade dos tratados internacionais e direito interno: o diálogo das fontes e a ética das virtudes. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 27, n. 2, p. 95-132, jul./dez. 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais contemporâneos**. Brasília: FUNAG, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

VALLE, Vivian Lima López. Autoridade e consenso nos contratos administrativos: um reposicionamento do regime jurídico contratual brasileiro à luz da doutrina europeia dos contratos administrativos. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Eficiência e ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015. p. 315-335.

VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos- reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 175-184, jul./dez. 2012.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Visita íntima a detentos em presídios: possibilidade de condicionamento e de restrição para evitar contágio de doenças sexualmente transmissíveis. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 159-183, jan./abr. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La Pachamama y el humano**. Buenos Aires: Colihue, 2011.