

CONTROLE JUDICIAL AMPLO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E SEUS LIMITES SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

WIDE JUDICIAL REVIEW OF THE ADMINISTRATIVE FUNCTION AND ITS LIMITS UNDER THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Felipe Klein Gussoli¹

Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento (PUCPR, Curitiba/PR, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; direito administrativo; direito internacional dos direitos humanos.

RESUMO: O artigo busca identificar, na relação entre Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Internacional dos Direitos Humanos, as possibilidades e os limites do controle jurisdicional sobre a função administrativa. Identifica o paradigma contemporâneo de Estado Convencional de Direito, a força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e de que modo normas da Convenção Americana sobre Direitos

Humanos e jurisprudência da Corte Interamericana interferem na atuação dos agentes públicos e na compreensão do controle judicial no Brasil. O trabalho demonstra ainda os impactos que o regime convencional produz na limitação da discricionariedade administrativa, bem como na limitação da própria atuação do Poder Judiciário. Ao fim, sugere mecanismos de contenção do subjetivismo do julgador e de deferência do Judiciário para com as decisões da Administração Pública.

ABSTRACT: *The article seeks to identify in the relationship between Administrative*

¹ Coordenador Adjunto e Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba/PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba/PR, Brasil). Professor do Curso de Especialização em Licitações e Contratos Administrativos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED) da PUCPR. Advogado. *E-mail:* gussoli@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2411511051334038>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2585-6548>.

Law and International Human Rights Law the possibilities and limits of judicial control over administrative function. It identifies the current paradigm of the Conventional Rule of Law, the normative force of international human rights treaties, and how the American Convention on Human Rights and jurisprudence of the Inter-American Court interfere with the performance of public agents and the understanding of judicial control in Brazil. The article also demonstrates the impacts that the conventional regime produces on the limitation of administrative discretion, as well as on the limitation of the Judiciary itself. In the end, it suggests mechanisms of containment of the subjectivism of the judge and deference of the Judiciary to the decisions of the Public Administration.

PALAVRAS-CHAVE: controle de convencionalidade; interpretação convencionalmente adequada; Pacto de São José da Costa Rica; controle jurisdicional; limites ao controle jurisdicional.

KEYWORDS: *control of conventionality; interpretation; Pact of San José of Costa Rica; judicial control; limits to judicial review.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aplicação de tratados internacionais de direitos humanos no exercício da função administrativa: dificuldades e resistências; 2 Controle jurisdicional amplo da função administrativa: artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e jurisprudência da Corte IDH; 3 Limites à interferência judicial na decisão administrativa: aumento do ônus argumentativo do julgador, distribuição adequada do ônus da prova processual e deferência; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Application of international human rights treaties in the exercise of the administrative function: difficulties and resistance; 2 Extensive jurisdictional control of the administrative function: article 25 of the American Convention on Human Rights and jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights; 3 Limits to judicial interference in administrative decision: increase of the argumentative burden of the judge, adequate distribution of the burden of procedural evidence and deference; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Este estudo busca compreender, na intersecção do Direito Constitucional, do Direito Administrativo e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, quais as possibilidades e os limites da interferência do Poder Judiciário nas escolhas do Poder Público. Mesmo sem fazer uma classificação sobre os diversos modos de atuação do Poder Público em diferentes áreas, a partir de uma perspectiva dogmática o artigo visa chamar

atenção para a existência de tratados internacionais de direitos humanos que, em tese, alteram o modo de compreensão do Direito interno e levam a alterações no exercício das funções administrativa e judicial.

Nesse sentido, a estrutura normativa do atual modelo de Estado Convencional de Direito contempla, além da Constituição e das leis inferiores, também os tratados internacionais como paradigma do exercício de controle de convencionalidade². Eles são parte essencial da regulamentação da ordem jurídica mundial, para a qual soluções locais não são suficientes para o enfrentamento de problemas globais. 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 internas³.

Entre as espécies de tratados internacionais⁴ 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”⁵. A importância desses tratados aloca-se na relevância da proteção do ser humano, finalidade precípua do Direito⁶.

² GOMES, Eduardo Biacchi; ZANCHI, Deborah Maria. O controle de convencionalidade como instrumento de proteção aos direitos sociais: desdobramentos da Convenção nº 158 da OIT. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 207-253, jun. 2018, p. 211 e ss.

³ 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.

⁴ 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).

⁵ 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.

⁶ “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: o princípio da dignidade do ser humano, principal justificativa para a existência

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 paz⁷. 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”⁸. Ao positivá-lo, o Constituinte originário “está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal”⁹.

Segundo posicionamento jurisprudencial atualmente prevalecente, a vigência do tratado no ordenamento interno só se inicia após a promulgação pelo Chefe do Poder Executivo Federal. Essa é a posição acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, exemplificada no julgamento do Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 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 vigência dos tratados no plano interno¹⁰. Até que se estabeleça posição diversa, como, por exemplo, a que acolhe como data de início da vigência do tratada o momento do depósito do instrumento de ratificação, é válido o entendimento segundo o qual é necessário

de qualquer norma.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 15)

⁷ MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRRN, 2015. p. 54.

⁸ Constituição Federal, art. 4º: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos”.

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 107.

¹⁰ “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 nº 8.279-4-Argentina, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em 17.06.1998, Publicado em 10.08.2000)

o Decreto Presidencial para fazer valer a norma internacional no plano interno¹¹. Portanto, 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 particulares¹².

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. Apesar das críticas na doutrina especializada que majoritariamente defende hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos¹³, o Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de que a hierarquia desses diplomas normativos é *supralegal*¹⁴. Isto é, as leis e os atos administrativos só serão válidos no ordenamento brasileiro quando passar pelo teste de dupla compatibilidade vertical com a Constituição e com as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos¹⁵.

Sem reduzir a importância de outros tratados, para esse breve estudo calha bem lembrar do principal tratado de direitos humanos incorporado no Brasil: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica. A Convenção Americana, incorporada pelo Decreto Executivo nº 678/1992, é o principal instrumento de proteção de direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹⁶. Cabe

¹¹ Tal posicionamento foi defendido pelo Ministro Luiz Edson Fachin no Processo de Registro de Candidatura nº 0600903-50.2018.6.00.0000-TSE, no qual Luiz Inácio Lula da Silva buscava candidatar-se à presidência, não obstante a suspensão de seus direitos políticos. O voto contém considerações importantes sobre o início da vigência dos tratados, defendendo que basta a aprovação congressual por Decreto Legislativo para garantir publicidade à normativa.

¹² “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.” (MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados...*, p. 155).

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito...*, p. 118.

¹⁴ Esse posicionamento consolidado na Súmula Vinculante nº 25, proibitiva da prisão civil por dívidas, originou-se no julgamento do Recurso Extraordinário nº 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 nº 349.703/RS e os *Habeas Corpus* nº 92.566/SP e nº 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.

¹⁵ MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. *Tratados internacionais...*, p. 19.

¹⁶ 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;

à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), sediada na Costa Rica, interpretar a Convenção Americana e resolver litígios dentro de sua esfera de competência. O Brasil, aliás, declarou expressamente o reconhecimento da competência da Corte IDH para interpretação e aplicação do tratado, e, no art. 1º do Decreto Executivo nº 4.463/2002, reconheceu-se expressamente a competência interpretativa e contenciosa da Corte¹⁷.

Desse modo, não há dúvida de que o Brasil: (i) reconhece a força normativa de tratados internacionais de direitos humanos incorporados; (ii) reconhece hierarquia privilegiada a esses tratados, que, por sua vez, devem orientar a hermenêutica de todo o ordenamento jurídico para uma legítima *interpretação convencionalmente adequada* das normas; (iii) incorporou como um dos principais tratados a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e (iv) reconhece formalmente a competência consultiva e contenciosa da Corte IDH, de sorte que deve respeito às suas decisões e à sua jurisprudência.

Diante disso, cabe, então, questionar se a normativa e jurisprudência convencional extraídas da Convenção Americana refletem no exercício da função administrativa e no seu controle pelo Poder Judiciário brasileiro.

1 APLICAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: DIFICULDADES E RESISTÊNCIAS

De modo a atender o interesse público e para garantir e implementar os direitos convencionais previstos em tratados internacionais de direitos humanos, é dever de todo aparato estatal atuar em respeito ao regramento internacional, incluídos, portanto, os agentes públicos na aplicação do Direito e

(iii) Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969; 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 (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. 114).

¹⁷ 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”.

nas suas condutas materiais¹⁸. 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. Comparativamente, entre funções legislativa, judicial e administrativa, esta última “é aquela que se encontra mais próxima ao cidadão”¹⁹. O exercício de atividades próprias do Estado, a satisfação e garantia de exercício dos direitos fundamentais, a 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.

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. Assim, em decorrência da força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, espera-se que o Poder Público aja por meio de seus agentes de acordo com os princípios e as regras de Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente aqueles previstos de modo expresso em tratados que o Brasil incorporou na forma definida constitucionalmente. É dever dos entes e órgãos estatais que o integram, não importa de qual Poder, respeitar e fazer valer os tratados internacionais de direitos humanos.

¹⁸ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 11.

¹⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014. p. 554.

No entanto, existe notória resistência dos agentes públicos brasileiros em aplicar os tratados e reconhecer a jurisprudência internacional, fator impeditivo de uma cultura de direitos humanos no País²⁰ 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 humanos²¹. Talvez por ignorância, talvez por recusa indevida em reconhecer a normatividade dos tratados, o que se verifica é *resistência* em relação ao paradigma da convencionalidade.

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”²².

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”²³. Mas a par 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 breve estudo opta pela demonstração daquilo que a atividade administrativa se obriga a incorporar por força *normativa* dos

²⁰ 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. 140.

²¹ 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. 136.

²² HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais, p. 325.

²³ BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos..., p. 136.

tratados de direitos humanos vigentes. Pratica-se aqui, portanto, um exercício teórico de “dever-ser” cujo objetivo é a reflexão no sentido de alterar os rumos do que a disciplina administrativa ordinariamente indica aos agentes públicos brasileiros na rotina das repartições. Afinal de contas, nenhuma nação firma um tratado para descumprir-lo²⁴, e, não obstante a prática dissolva a obviedade da afirmação²⁵, é papel do jurista expor os equívocos da praxe de modo a chamar atenção para as mudanças necessárias. E nesse cenário, inclusive de descumprimento do regime de convencionalidade adotado pelo Brasil, é que exsurge a importância de considerar as possibilidades e os limites de interferência da função jurisdicional na atividade administrativa de modo a corrigi-la. De que modo, então, o Direito Internacional dos Direitos compreende o espaço de atuação do Poder Judiciário?

2 CONTROLE JURISDICIONAL AMPLO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: ARTIGO 25 DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

O paradigma da juridicidade²⁶ altera a compreensão das bases do Direito Administrativo e permite ampliar o espectro normativo que serve de parâmetro de atuação. 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 agentes²⁷. A totalidade das atividades estatais deve ser voltada à realização do interesse público, em conformidade com a Constituição, mas também em conformidade com os tratados de direitos humanos.

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Tese Pós-Doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia. Madrid, 2016. p. 288.

²⁵ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: *El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo*. México: Unam, 2013. p. 67-98. p. 68.

²⁶ Paulo Otero explica o fenômeno inicialmente a partir da inserção de normas principiológicas nas Constituições a partir da segunda metade do século XX: “Um sistema tendencialmente fechado de legalidade é substituído por um sistema predominantemente aberto: a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional [...], torna-se predominantemente principialista em certos sectores de actividade” (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 164-167).

²⁷ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad..., p. 70.

Cabe ao Legislativo editar normas que orientem a função administrativa de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, seja nas leis que sugerem atuação vinculada ou discricionária do Poder Público na atividade administrativa. Por outro lado, a interpretação do ordenamento jurídico conforme os tratados de direitos humanos, ou *interpretação convencionalmente adequada*, restringe inclusive a discricionariedade administrativa²⁸. Repita-se: 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 Interamericana de Direitos Humanos (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”²⁹. 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 de oportunidade e conveniência³⁰. 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 a ponto de conceder ampla e irrestrita discricionariedade a servidores públicos, o que leva a arbitrariedades e discriminações³¹. Os entendimentos

²⁸ 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.

²⁹ FLAX, Gregorio. La submisión 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. 362.

³⁰ “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, 02.02.2001, §126)

³¹ “De acordo com a obrigação derivada do art. 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

demonstram a impossibilidade de decisões puramente discricionárias desprovidas de motivação³², e, portanto, atreladas ao arbítrio.

Algumas situações concretas, aliás, podem também reduzir a discricionariedade 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 pelo caminho que melhor atende à finalidade legal. Por isso mesmo que algumas vezes se interpreta expressões verbais do tipo “poderá” como “deverá”. Em alguns casos, a discricionariedade abstrata pode se tornar uma vinculação *in concreto*. A seu turno, a adoção da solução pela Administração que não é ótima para a situação concreta acarreta, sempre, a possibilidade de controle judicial do ato³³. Isso é, a redução da discricionariedade do ato e decisão administrativa está acompanhada pela ampliação da margem de controle pelo Poder Judiciário.

Por isso mesmo que a clássica lição de Seabra Fagundes, repetida sem reflexão em todos os Tribunais do Brasil³⁴, já não corresponde ao que impõe

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, 08.09.2005, §191)

³² FLAX, Gregorio. *La sumisión del Derecho Administrativo...*, p. 363-364.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 9-48.

³⁴ 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, Mandado de Segurança nº 21.985/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Julgado em 10.05.2017, Publicado em 19.05.2017).

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, sob o prisma da legalidade”³⁵ não constitui afirmativa correta sob o ponto de vista do Direito Internacional dos Direitos Humanos³⁶.

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”³⁷. 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 provocado³⁸.

A ideia central, diante do paradigma convencional vivenciado pelo Direito Administrativo atual, é de que, como afirma Rogério Gesta Leal,

³⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 179.

³⁶ 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).

³⁷ 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.

³⁸ 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.

há no País hoje a possibilidade de exercitar 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 motivação, objeto, forma, oportunidade e conveniência para a prática do ato, suas bases fundantes de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade.³⁹

Nesse sentido, *o amplo controle* do conteúdo do ato administrativo pelo Judiciário foi analisado no Caso Barbani Duarte e outros *vs.* Uruguai pela Corte IDH. A Corte naquele caso 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”⁴⁰. 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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 *v.* Uruguai, Publicado em 13.10.2011, § 204).

Esse é, aliás, o conteúdo expresso do art. 25 do Pacto de São José da Costa Rica⁴¹. A norma, ao prever o direito a um recurso⁴² “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 Constituição⁴³, sobre a inafastabilidade do controle judicial de todo ato administrativo. Afinal, nem mesmo a norma constitucional previu reservas ao controle judicial⁴⁴. Nesse sentido, não cabe ao intérprete posicionar exceção onde a norma, além de não a contemplar, a afasta.

Concorda-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.⁴⁵

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

⁴¹ 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”.

⁴² “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 Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 217)

⁴³ Constituição Federal, art. 5º: “[...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴⁴ MOREIRA, João Batista Gomes. *Controle judicial...*, p. 146.

⁴⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de direito administrativo disciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008. p. 53.

mérito do ato administrativo não está sujeito ao controle judicial⁴⁶. Como se verá, deve haver limites a esse controle, notadamente nas questões técnicas⁴⁷, 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 administrativo⁴⁸. Toda afirmação desse jaez estará eivada de vício de *inconvencionalidade* por afronta à norma do art. 25.1 do Pacto de São José.

3 LIMITES À INTERFERÊNCIA JUDICIAL NA DECISÃO ADMINISTRATIVA: AUMENTO DO ÔNUS ARGUMENTATIVO DO JULGADOR, DISTRIBUIÇÃO ADEQUADA DO ÔNUS DA PROVA PROCESSUAL E DEFERÊNCIA

Reconhecer a existência de norma convencional que garante o controle amplo da Administração no Brasil não afasta as críticas à ampla recorribilidade ao Poder Judiciário, que no Brasil dos últimos anos incorreu em evidentes excessos no exercício de suas competências⁴⁹. Tanto as deficiências técnicas do Judiciário quanto o déficit democrático inerente à escolha dos seus membros são

⁴⁶ Germana de Oliveira Moraes chega à conclusão semelhante, mas a partir de classificação que leva em conta os elementos do ato administrativo. Ao mencionar um controle de legalidade sobre os aspectos vinculados do ato administrativo, defende ao mesmo tempo a possibilidade de controle dos demais aspectos discricionários à luz dos princípios. De igual forma o posicionamento contrapõe a corrente dominante na jurisprudência e permite enveredar no mérito. Cf. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

⁴⁷ “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 da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-204, jan./abr. 2017, p. 174)

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Para uma abordagem elucidativa sobre a questão, cf. GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

pontos importantes que devem ser equacionados na defesa do alargamento do controle judicial decorrente da juridicidade⁵⁰. Nada afinal garante que a decisão judicial será melhor que a administrativa⁵¹, e muitas vezes parece ser o contrário verdadeiro.

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. A boa dogmática jurídica e o respeito à juridicidade são garantias da continuidade do Estado de Direito. E a ordem jurídica impactada pelos tratados internacionais de direitos humanos leva, em uma perspectiva dogmática que precisa ser respeitada, à ampliação do controle judicial da atividade administrativa e extinção da replicada (e inconventional) ideia de impossibilidade de controlar o mérito do ato administrativo. Todavia, como frear os excessos e conter a invasão ilegítima do controle jurisdicional na esfera administrativa? Quais os limites?

Em primeiro lugar, não se ignora o papel relevante do legislador na busca do ponto ótimo do controle jurisdicional, no qual reine a (utópica, é verdade) harmonia entre os Poderes. A Lei nº 13.655/2018 que incorporou novos dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) é exemplo dessa atuação desejada, na medida em que estabelece condicionantes à atuação judicial e exige maior ônus argumentativo do órgão de controle para fins de invalidação da decisão administrativa.

Em segundo lugar, como forma de barrar interferências excessivas do Judiciário nas escolhas da Administração Pública, outra solução é regulamentar ao máximo a utilização de competências discricionárias, o que auxilia a completar o quadro necessário de redução de discricionariedade e erradicação absoluta do

⁵⁰ “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 - RDA*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017, p. 197)

⁵¹ Para uma análise da legitimidade do *judicial review* e da necessidade de uma teoria adequada da decisão judicial, cf. MONTEIRO, Fernando Luiz. Controle judicial de constitucionalidade x legitimidade do Poder Judiciário - Desatando nós. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, p. 197-231, dez. 2014.

arbítrio⁵². 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 exaustiva quanto possível das competências discricionárias é o modo por excelência de efetivar a diretriz jurídica convencional e efetivar um controle judicial amplo, mas *contido*, da função administrativa.

Não se ignora o fato de que é impossível prescindir totalmente das competências discricionárias, pois delas dependem em muitos casos as decisões voltadas à melhor tutela dos interesses públicos⁵³. De fato, 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, contribuir para a redução do espectro de escolhas discricionárias e estabelecer critérios objetivos de controle judicial, 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 contribuí para a facilitação do controle judicial dos atos administrativos, uma garantia convencional prevista no art. 25 do Pacto de São José como inafastável. Não se trata, portanto, de eliminar a discricionariedade, 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. A regulamentação das competências facilita

⁵² Deixa-se de tratar das competências vinculadas, uma vez que se a competência vinculada prevista na lei estiver em desacordo com tratados internacionais de direitos humanos não há dúvida alguma que compete ao Poder Judiciário invalidar o ato no controle de convencionalidade, quando provocado. As dúvidas e os problemas mais frequentes estão no âmbito das competências discricionárias.

⁵³ 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. 150.

a existência de um controle judicial deferente para com essas escolhas, e que se guia por critérios objetivos de decisão.

Em terceiro lugar, independentemente do caso (havendo ou não regulamentação exaustiva da competência discricionária), mesmo assim, perante os tribunais, o acerto da discricionariade será sempre uma questão de ônus da prova. Se o autor da ação judicial ou aquele a quem cabe o ônus da prova⁵⁴ 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. No entanto, o que não se pode admitir é que o Judiciário negue a verificação da adequação da escolha administrativa sob o fundamento de que não pode controlar certos aspectos ou elementos do ato.

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 dos arts. 25.1 e 25.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

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 estatais sob o fundamento da insindicabilidade de alguns atos administrativos, determinou aos Estados-partes que se comprometessem a

⁵⁴ O art. 373 do Código de Processo Civil prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

obrigar os juízes *a decidir quando provocados*. O *non liquet* é reforçado pela norma internacional, válido de modo específico para atos administrativos.

CONCLUSÃO

Do exposto, está claro que o Brasil aderiu ao regime convencional do Direito Internacional dos Direitos Humanos, incorporando tratados internacionais que obrigam a todos os Poderes de Estado. Normas de natureza convencional, especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, são congêntes e orientam todos os agentes públicos à realização de uma interpretação convencionalmente adequada. E embora o Estado caminhe a passos curtos em prol do reconhecimento da convencionalidade no Direito brasileiro, políticas públicas gestadas inclusive no âmbito do Poder Judiciário⁵⁵ já começam abrir espaço para o reconhecimento de uma cultura favorável aos direitos humanos e impactos dos tratados no ordenamento jurídico.

No que diz respeito o controle judicial dos atos administrativos, qualquer manifestação pela inatacabilidade do ato administrativo, inclusive da parcela do mérito do ato administrativo, viola normas de tratados de direitos humanos, notadamente o art. 25.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo conteúdo abrange a proteção judicial contra *qualquer* ato estatal que lesiona direitos. Portanto, inexistente no modelo de Estado Convencional espaço para defesa de atos estatais insensíveis a controle judicial. O exercício do poder estatal, e para o que aqui importa o exercício da função administrativa, está sempre sujeito à revisão por órgãos de controle do mesmo Poder ou de outros Poderes (art. 25 da Convenção Americana). A norma prevista em tratado internacional de direitos humanos incrementa a disposição constitucional de que *qualquer* ato está sujeito a controle judicial. O art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira não

⁵⁵ O Conselho Nacional de Justiça, em maio de 2019, apresentou estudo propositivo acerca da integração das metas de desenvolvimento sustentável no Poder Judiciário a partir da Agenda 2030 da ONU. Foi responsável pelo estudo o Comitê Interinstitucional instituído pela Portaria nº 133/2018-CNJ. A Agenda 2030 contém 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, entre eles “Paz, Justiça e Instituições Eficazes” (Objetivo 16). Entre as metas do Objetivo 16 está: “Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça, para todos”, de modo que interessa sua incorporação no Judiciário em matéria de controle. Cf., nesse sentido, BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório preliminar do Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/05/2337a99814bdccdaa8045a4a4b7f48cae.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2019.

faz qualquer exceção ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, e desde que interpretado à luz dos tratados de direitos humanos de que o Brasil faz parte, a norma constitucional também impõe a ampla sindicabilidade de toda manifestação estatal. Não poderia ser diferente, pois, acima de tudo, a contenção do arbítrio e de ilegalidades estatais é um dos objetivos precípuos das normas internacionais de direitos humanos.

O controle amplo da decisão administrativa pelo Poder Judiciário precisa, todavia, de limites, sob pena de excessos e interferências indevidas de aparato estatal julgador. A realidade brasileira indica a urgência de mecanismos propulsores desses limites, ou enfrentará níveis cada vez mais crescentes de insegurança jurídica e paralisia indesejável da Administração Pública pelo medo da atuação judicial *descontrolada*. Assim, na linha de uma interpretação convencional do ordenamento jurídico, são caminhos viáveis para contenção do controle judicial desmesurado: (i) a previsão de mecanismos legais de imputação de ônus argumentativos crescentes aos julgadores, constringendo-os a decidir mediante motivação exaustiva e de acordo com critérios objetivos; (ii) a regulação da discricionariedade administrativa, de forma diminuir tanto quanto possível o espaço de decisão subjetiva do administrador e oportunizar critérios normativos objetivos no momento de eventual atuação jurisdicional; (iii) a distribuição adequada do ônus da prova no processo judicial; (iv) a deferência à decisão administrativa pelo Poder Judiciário quando pelos critérios de distribuição de ônus da prova não for identificada violação à juridicidade.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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.

BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Fabris, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório preliminar do Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

(ODS), Agenda 2030, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/05/2337a99814bdcdaa8045a4a4b7f48cae.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental em Carta Rogatória nº 8.279-4-Argentina, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, Julgado em 17.06.1998, Publicado em 10.08.2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Mandado de Segurança nº 21.985/DF, 1ª Seção, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Julgado em 10.05.2017, Publicado em 19.05.2017.

CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: *El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo*. México: Unam, 2013. p. 67-98.

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, vs. 16, n. 61, p. 113-152, jan./mar. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Baena Ricardo vs. Panamá, 02.02.2001.

_____. Caso Barbari Duarte e outros vs. Uruguai, Publicado em 13.10.2011.

_____. Caso Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana, 08.09.2005.

CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FLAX, Gregorio. La submisión 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.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

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.

GOMES, Eduardo Bicchí; ZANCHI, Deborah Maria. O controle de convencionalidade como instrumento de proteção aos direitos sociais: desdobramentos da Convenção nº 158 da OIT. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 207-253, jun. 2018.

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.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014. 604 p.

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.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de direito administrativo disciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.

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.

MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. *Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?* *Revista de Direito*, v. 12, n. 15, p. 7-20, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONTEIRO, Fernando Luiz. *Controle judicial de constitucionalidade x legitimidade do Poder Judiciário – Desatando nós*. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 41, n. 136, p. 197-231, dez. 2014.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

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.

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.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 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.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

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.

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.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Tese Pós-Doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia. Madrid, 2016. 638 f.

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.

Submissão em: 22.10.2018

Avaliado em: 03.06.2019 (Avaliador B)

Avaliado em: 04.06.2019 (Avaliador C)

Aceito em: 13.08.2019

