



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Dez parâmetros básicos de atuação da Administração Pública segundo os tratados internacionais de direitos humanos

Ten basic parameters of the public administration's activities under the international human rights treaties

Felipe Klein Gussoli

Resumo: A função administrativa de Estado é constantemente criticada pela ineficiência e desrespeito aos direitos dos cidadãos. Não faltam exemplos de violações estruturais em matéria de serviços públicos, políticas públicas, atividade fiscalizadora e várias outras áreas de atuação do Poder Público inseridas no campo de estudo do Direito Administrativo. Nesse contexto, e com o objetivo de fornecer subsídios para revertê-lo, o trabalho indica dez parâmetros básicos de atuação da Administração Pública no exercício de sua função típica a partir dos impactos provocados por tratados internacionais de direitos humanos. Comumente negligenciado, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é ramo transversal aos demais campos jurídicos, e tem o potencial incomparável de reformular o modo de atuação do Estado no Direito brasileiro. O trabalho em questão verticalizou o estudo na análise do Pacto de São José da Costa, o mais importante tratado do sistema regional de proteção de direitos humanos. Todavia, as conclusões alcançadas aproveitam todos os outros tratados internacionais de direitos humanos incorporados no Brasil.

Palavras-Chave: controle de convencionalidade; tratado internacional de direitos humanos; Administração Pública; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Pacto de São José da Costa Rica.

Abstract: *The state administrative function is constantly criticized for inefficiency and disrespect for citizens' rights. There are plenty examples of structural violations of public service, public policies, inspection activities and several other areas of activity of the Public Power within the field of study of Administrative Law. In this context, and with the objective of providing subsidies to reverse it, the paper indicates ten parameters of Public Administration performance in the exercise of its typical function based on the impacts caused by international human rights treaties. Commonly neglected, International Human Rights Law is a branch that transcends other legal fields, and has the unparalleled potential of reformulating the State's way of acting in Brazilian Law. The work in question verticalized the study in the analysis of the Pact of São José da Costa, the most important treaty of the regional system of protection of human rights. However, the conclusions reached take advantage of all the other international human rights treaties incorporated in Brazil.*

Key-Words: *conventionality control; international human rights treaty; Public administration; Inter-American System of Human Rights; Pact of San José of Costa Rica.*

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v6i2p46-70>

DEZ PARÂMETROS BÁSICOS DE ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SE- GUNDO OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Felipe Klein GUSSOLI*

1 Introdução; 2 De que modo os tratados internacionais de direitos humanos impactam o exercício ineficiente da função administrativa?; 3 Parâmetros básicos de atuação da Administração Pública à luz dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados; 3.1 Decidir os pleitos e controvérsias administrativas a partir do princípio pro persona; 3.2 Simplificar ao máximo a rotina e os processos administrativos; 3.3 Não relativizar a legalidade ou utilizar de expedientes informais quando praticar restrições a direitos dos cidadãos; 3.4 Atuar espontaneamente em favor da satisfação dos direitos e dos pedidos administrativos dos cidadãos; 3.5 Inutilizar no trato com o cidadão a teoria da presunção de legalidade e veracidade dos atos administrativos; 3.6 Regular ao máximo a utilização de competências discricionárias; 3.7 Identificar e privilegiar as situações em que é possível a composição administrativa de conflitos e transação; 3.8 Levantar em consideração os requisitos formais e substanciais para o exercício do poder de polícia, previstos em tratados e na jurisprudência internacional; 3.9 Privilegiar de forma absoluta a boa-fé administrativa e a prevenção do conflito com a Administração, de modo a evitar a judicialização das decisões administrativas; 3.10 Conceder automaticamente efeito suspensivo a recursos administrativos; 5 Conclusão; 6 Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (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 simplificada 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 (RAMOS, 2009, p. 114). Apesar desses quatro instrumentos, pode-se

* Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano - NUPED, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro associado da Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo (RIJDA). Assessor Editorial da A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional (Área de Direito/CAPES). Coordenador Adjunto e professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto Romeu Felipe Bacellar. Advogado em Curitiba. Email: gussoli@hotmail.com

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 (FACHIN 2009, p. 194). O Pacto de São José é o mais importante tratado internacional de direitos humanos do SIDH.

O Pacto de São José da Costa está inquestionavelmente incorporado no Direito brasileiro desde a publicação do Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992. O Decreto Presidencial "*inova* a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado no plano interno" (RAMOS, 2015, p. 384). Após a publicação do decreto "o tratado deve ser observado pelos particulares e aplicado pelos Tribunais" (FRAGA, 2004, p. 317). Internalizado, o tratado validamente incorporado ostenta força normativa irrecusável.

Segundo a posição atual do Supremo Tribunal Federal, o Pacto de São José da Costa Rica e outros tratados internacionais de direitos humanos ostentam hierarquia *supralegal*. Isto é, 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 (MAZZUOLI; GOMES, 2009, p. 19). O mesmo se diga a respeito de atos administrativos inferiores à lei produzida pelo Legislativo.

Esse posicionamento consolidado na Súmula Vinculante n. 25, proibitiva da prisão civil por dívidas, 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. Ressalve-se, todavia, que o entendimento da supralegalidade encontra severas críticas da doutrina internacionalista, que defende em sua maioria o *status* constitucional dos tratados (TRINDADE, 2003) (LAFER, 2005) (SARLET, 2011) (FACHIN, 2011) (PAGLIARINI, 2012) (GOMES, 2013) (MAZZUOLI, 2014) (PIOVESAN, 2015) (RAMOS, 2015) (MOREIRA, 2015), ou ainda supraconstitucional (MELLO, 2001).

Seja como for, desde que se reconheça ao menos a hierarquia supralegal dos tratados e assumam-se como impositiva a lógica principiológica que respalda o Direito Internacional dos Direitos Humanos, há impactos relevantes provocados pelos tratados incorporados em todo o ordenamento jurídico brasileiro, o que infelizmente é ignorado pelos agentes públicos no cotidiano das atividades da Administração Pública. Essa lamentável constatação impulsiona o presente estudo, cujo objeto é a identificação de parâmetros básicos da atuação do Poder Público diante dos reflexos provocados pela recepção de tratados internacionais de direitos humanos na

ordem jurídica brasileira. Em virtude de sua importância e incorporação como norma jurídica, o recorte escolhido foi a análise dos impactos a partir do Pacto de São José da Costa Rica.

2. De que modo os tratados internacionais de direitos humanos impactam o exercício ineficiente da função administrativa?

Às fontes legislativas do Direito Administrativo, amplamente reconhecidas, como a Constituição e as leis em sentido estrito (MARRARA, 2014, p. 30-34), devem ser integrados também os tratados internacionais de direitos humanos. Afinal, se incorporados são válidos e vigentes com hierarquia privilegiada. Por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos devem ser estudados, lidos, interpretados e aplicados segundo a lógica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujos pilares são a centralidade da pessoa humana e a cooperação entre os povos em torno da paz (MOREIRA, 2015, p. 54). 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".

De modo a atender o interesse 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 da Administração Pública na aplicação do Direito e nas suas condutas materiais (GUTIÉRREZ COLANTUONO, 2009, p. 11). 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 Administração Pública brasileira obriga-se, portanto, ao conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos em sua atividade administrativa.

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. 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" (HACHEM, 2014, p. 554).

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. 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 integrado por tratados internacionais. 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 direitos humanos no país (CEIA, 2013, p. 140), e que torna o Direito Administrativo da prática deslocado do conteúdo dos tratados vigentes e distante do compromisso constitucional com a primazia dos direitos humanos (BERNARDES, 2011, p. 136). Ao atuar, a Administração ignora 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 (GUTIÉRREZ COLANTUONO, 2009, p. 2).

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" (2014, p. 325).

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" (BERNARDES, 2011, p. 136). Os limites deste trabalho impedem 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 (SANTOFIMIO GAMBOA, 2016, p. 288), e não obstante a prática dissolva a obviedade da afirmação (CARBONELL, 2013, p. 68) é papel do jurista expor os equívocos da praxe de modo a chamar atenção para as mudanças necessárias.

Conquanto a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) sobre Direito Administrativo esteja em construção (DURÁN MARTÍNEZ, 2014, p. 104), percebe-se que os tratados de direitos humanos indicam a releitura de alguns institutos da disciplina. Em suma, cumpre ressaltar as principais modificações que o Direito Internacional dos Direitos Humanos provoca na dinâmica da atividade administrativa dos entes, órgãos e agentes públicos. Essas alterações serão traduzidas a seguir em alguns parâmetros básicos de atuação compatível com os tratados de direitos humanos pela Administração Pública.

3. Parâmetros básicos de atuação da Administração Pública à luz dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados

As normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos e os princípios adjacentes ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, de força obrigatória na ordem interna, tornam possível traçar alguns parâmetros básicos de atuação pela Administração Pública. Ela assim se obriga, sob pena de responsabilização internacional do Estado e descumprimento da juridicidade pelos agentes públicos, sujeitos a sanções no plano interno.

Com fundamento nos tratados em vigor no Brasil e especialmente no Pacto de São José da Costa Rica, é possível extrair *dez orientações básicas para a Administração Pública obrigatórias por força dos tratados de direitos humanos*. O fundamento convencional do que se expõe é o art. 2 do Pacto de São José da Costa Rica, 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 outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades*" (grifou-se). As 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 ao incorporar o Pacto de São José da Costa Rica.

3.1. Decidir os pleitos e controvérsias administrativas a partir do princípio pro persona

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 seu favor. Este é o fundamento para a existência do critério interpretativo *pro persona*, que encontra fundamento em diversos tratados inter-

nacionais (HENDERSON, 2004, p. 89-91). Entre eles, no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica.¹

Por outro lado, o princípio *pro persona* foi reconhecido como critério de interpretação pela Corte IDH no Caso A Última Tentação de Cristo vs. Chile, em 2001 (CORTE, 2001). Como critério hermenêutico, 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" (GUTIÉRREZ COLANTUONO, 2007, p. 77). 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 (HENDERSON, 2004, p. 91).

Assim, 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. Os tratados de direitos humanos conduzem o exercício hermenêutico do agente público que desempenha a atividade administrativa (JINESTA, 2011, p. 13). 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" (ORDÓÑEZ, 2010, p. 631) face a uma conduta autoritária abusiva das prerrogativas que a missão de efetivação do interesse público lhe concede. Portanto, quando se depara com escolhas em diversos graus, a decisão administrativa do agente público 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, tomando de empréstimo as reflexões de Romeu Felipe Bacellar Filho, "faz-se necessário uma reformulação do Estado para o enfrentamento dos desafios de-

¹ (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.

correntes da integração, notadamente no pertinente 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" (2010, p. 124). 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" (GUTIÉRREZ COLANTUONO, 2007, p. 23). 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, em razão do princípio *pro persona* 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.

3.2. Simplificar ao máximo a rotina e os processos administrativos

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.

Ressalta-se aqui o fomento e utilização de tecnologias da informação e comunicação (PEREIRA; SILVA, 2010), responsáveis pelo acréscimo em transparência e 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 pelo Decreto n. 1.023/2001 e permite que os contratos administrativos sejam firmados digitalmente, dando valor legal aos documentos e notificações digitais (BELLOCCHIO; STRINGHINI, 2016). 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 Direitos Humanos contribuem 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 (BERNARDES, 2011, p. 151). São especialmente as garantias do art. 8 da Convenção Americana que outorgam ampla legitimação ativa administrativa e judicial, individual ou coletiva, "desligada das tradicionais categorias de legitimação subjetiva (direito subjetivo, interesse legítimo, interesse simples)" (GONZÁLEZ MORAS, 2007, p. 47). 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 precisam se encarregar não só os cidadãos individualmente, mas toda a sociedade civil.

3.3. Não relativizar a legalidade ou utilizar de expedientes informais quando praticar restrições a direitos dos cidadãos

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 o prejuízo 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 (GUTIÉRREZ COLANTUONO, 2009, p. 80).

3.4. Atuar espontaneamente em favor da satisfação dos direitos e dos pedidos administrativos dos cidadãos

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 racionalizada 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 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 Constitucional e Convencional de Direito. 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 administrativa (2006, p. 44-45) 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 necessitarem 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, o princípio guia *pro persona* garante sua expansão para todos os entes estatais, afastando considerações de ordem federativa. E mesmo que assim não fosse, a inexistência de normas no âmbito de outros entes federais permite a aplicação analógica da regra federal em benefício do cidadão.

3.5. Inutilizar no trato com o cidadão a teoria da presunção de legalidade e veracidade dos atos administrativos

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 (GUTIÉRREZ COLANTUONO, 2007, p. 128-129). 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" (2010, p. 146).

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 ou norma alegados. 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 público 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 executoriedade ínsitas à função administrativa, e pretende o atendimento imediato do interesse público pela Administração Pública. A exigibilidade e auto executoriedade, porém, 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 expressamente 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" (ARAÚJO, 2005, p. 51).

O que se diz aqui é simplesmente que uma vez impugnado o ato administrativamente ou judicialmente (MELLO, 2016, p. 431), aplicam-se as regras gerais de distribuição de ônus da prova (ARAÚJO, 2005, p. 52). 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, porém, que não passa pelo crivo da convencionalidade (DURÁN MARTÍNEZ, 2014, p. 116). O cidadão está no mesmo pé de igualdade para com a Administração, 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 administrativa ou 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.

3.6. Regularizar ao máximo a utilização de competências discricionárias

Um dos impactos da convencionalidade é a redução da discricionariedade administrativa, com ampliação do controle judicial da atividade administrativa e extinção da replicada (e inconveniente) ideia de impossibilidade de controlar o mérito do ato administrativo. Regularizar 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 limitação da discricionariedade já encontra uma série de fundamentos, como por exemplo a boa-fé do cidadão (MARRARA, 2012, p. 240-243). Mas há outros modos de contê-la, como por exemplo a regulamentação das rotinas administrativas em documentos formais e disponíveis ao público, o que ainda por cima facilita o controle judicial dos atos administrativos, uma garantia convencional prevista no art. 25 do Pacto de São José como inafastável.

Não se trata de eliminar a discricionariedade, pois a Administração Pública depende da competência discricionária para o desenvolvimento eficiente de suas missões constitucionais (SADDY, 2016, p. 150). A discricionariedade administrativa não deixa de existir, mas é obrigatória sua regulamentação exaustiva sempre de acordo com os tratados internacionais.

Por outro lado, 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. O que não se pode admitir, e infelizmente esse é quadro ainda comum no Brasil atual, é que o Judiciário negue a verificação da adequação dessa escolha. Ao invés de negar a competência jurisdicional na apreciação do mérito do ato administrativo, o impacto da convencionalidade garante que perante os tribunais o uso lícito da discricionariedade seja 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.

Em suma, 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 aplicar o controle judicial.

3.7. Identificar e privilegiar as situações em que é possível a composição administrativa de conflitos e transação

Identificar e privilegiar as situações em que é possível a composição administrativa de conflitos significa o fim da interpretação reducionista do princípio 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" (BACELLAR FILHO, 2007, p. 193).

Desde que de forma transparente e aberta ao público, o administrador é autoridade competente e pode definir o melhor resultado ao interesse público, renunciando inclusive a valores pecuniários em prol do melhor atendimento aos cidadãos. Qualquer abuso ou desvio de finalidade, obviamente, deverá ser 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 (FERRER MAC-GREGOR, 2010, p. 177). 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.² 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" (FLAX, 2014, p. 382).

² (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.

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 (MELO; OLIVEIRA, 2018, p. 108). Atrai-se, assim, uma lógica de busca de uma solução mitigadora das insatisfações em busca da manutenção do bem comum e da prevenção de danos (FARIA, 2017, p. 129). 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" (FUNGHI, 2011, p. 236). Nesse sentido, os direitos humanos previstos em tratados revelam a necessidade de reforma do Direito Administrativo e contribuem para a legitimação da noção contemporânea de consensualidade, acabando definitivamente com todo tipo de decisão "arbitrária e unilateral de uma administração pública intangível e alheia aos anseios dos cidadãos" (FUNGHI, 2011, p. 236). O protagonismo do povo, protegido pelos direitos humanos reconhecidos na arena internacional, contribui para a derrocada do paradigma do Estado autoritário (TRINDADE, 2006, p. 127).

3.8. Levar em consideração os requisitos formais e substanciais para o exercício do poder de polícia, previstos em tratados e na jurisprudência internacional

Os tratados de direitos humanos incorporados introduzem mudanças no exercício do poder de polícia administrativa, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello é a "atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos designa-se 'poder de polícia'" (MELLO, 2016, p. 851). 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" (TÁCITO, 1952, p. 8). Este seria o conceito estrito do poder de polícia.

O Pacto de São José da Costa Rica dá fundamento ao poder de polícia na norma do art. 30,³ o que tem seu análogo no art. 4º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.⁴ O poder de polícia pertencente à Administração Pública permite a restrição de direitos dos particulares em nome da segurança,

³ (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.

⁴ (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.

saúde, tranquilidade social, circulação no trânsito livre de desembaraços, proteção da ordem econômica e proteção ao meio ambiente (MEDAUAR, 2014, p. 385). O poder 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 (a) formais e (b) substanciais do poder de polícia.

(a) 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 (DI PIETRO, 2014, p. 124).

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 (GONZÁLEZ MORAS, 2007, p. 43). Limitações à liberdade e propriedade dos cidadãos dependem de autorização legislativa, mediante debate dos representantes do povo que obedeça ao processo legislativo. Posição diversa resultaria contrário ao posicionamento da Corte IDH, segundo a 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.

(b) 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 (FLAX, 2014, p. 382). A Corte IDH já se manifestou na Opinião Consultiva n. 18/2003 e Caso Yatama vs. Nicarágua sobre restrições de poder de polícia e sua ilegitimidade frente o princípio da não discriminação (GONZÁLEZ MORAS, 2007, p. 44). 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 (CORTE, 2003, §84). 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 (CORTE, 2005, § 206).

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. De resto, o art. 8 da Convenção Americana é elucidativo.

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 ordenação de ações".(2011, p. 229). 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 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.

3.9. Privilegiar de forma absoluta a boa-fé administrativa e a prevenção do conflito com a Administração, de modo a evitar 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 (COUTO E SILVA, 1987) (COUTO E SILVA, 2004) (FINGER, 2010) (MARRARA, 2012). 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" (2009, p. 263). 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 derrogam regras ou orientações hierarquicamente inferi-

ores, não deve temer fazê-lo nem *jamaís* 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. É 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 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 (PERLINGEIRO, 2017, p. 193). Poderá postular diretamente ao Poder Judiciário seu direito (GONZÁLEZ MORAS, 2003, p. 70), como por exemplo já decidiu o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 631.240-MG em face do Instituto Nacional do Seguro Social (BRASIL, 2014).

3.10. Conceder automaticamente efeito suspensivo a recursos administrativos

A convencionalidade 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 administrativa ou judicial (GUTIÉRREZ COLANTUONO, 2007, p. 73). Da leitura conjunta dos arts. 8 e 25 da Convenção Americana extrai-se um direito do cidadão à paridade de armas com a Administração. O princípio da igualdade de armas 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 (SALOMONI, 2006, p. 30). Disso resulta que a força executória de decisões administrativas deve obrigatoriamente ser suspensa quando há a interposição de recursos por parte do interessado (ou até o esgotamento do prazo recursal). Pouco importa se alguma norma legal nega o efeito suspensivo automático, pois tal previsão da legislação seria contrária à norma convencional (FLAX, 2014, p. 372). Por essa ra-

ção, o art. 61, *caput* e parágrafo único da Lei n. 9.784/99,⁵ se interpretados literalmente, são contrários à Convenção Americana.

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 (GUTIÉRREZ COLANTUONO, 2009, p. 93).

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 (GONZÁLEZ MORAS, 2004, p. 64-65).

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" (BACELLAR FILHO, 2013, p. 354). De fato, o direito humano ao duplo grau de julgamento previsto no art. 8 da Convenção Americana 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 (GUSSOLI, 2017). Nesses casos, mais que nunca é válido o brocardo *melius est jura intacta servare quam vulnera causa remedium quaerere* ("é melhor conservar intactos os direitos do que procurar remédio para uma causa lesada").

⁵ (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.

4. Conclusão

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, bem como proteger a Natureza do qual o ser humano é parte indissociável.

No paradigma da convencionalidade não há mais espaço para a atividade administrativa autoritária, desinteressada e voltada de costas ao cidadão. A rigor, os fundamentos do Direito Administrativo irradiam dos tratados de direitos humanos (o ser humano é o fundamento e razão de ser da ordem jurídica), 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 e do meio ambiente em que habita. Essa constatação, derivada do art. 2 do Pacto de São José da Costa Rica, permitiu revelar os dez parâmetros básicos de atuação do Poder Público no exercício da atividade administrativa.

Os dez parâmetros para o exercício da atividade administrativa segundo o Direito Internacional de Direitos Humanos não esgotam outros impactos gerais ou específicos 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. São eles, afinal, os responsáveis pela cada vez mais necessária compatibilização do Direito Administrativo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos na ordem global do século XXI.

5. Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- 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.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- 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.
- BELLOCCHIO, Lucía; STRINGHINI, Antonella. El impacto de los medios tecnológicos en las contrataciones públicas. *Diario DPI*. Suplemento Derecho y Tecnologías. n. 29. nov. 2016.
- 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.
- 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.
- CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: *El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo*. México: UNAM, 2013.
- 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.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso A Última Tentação de Cristo vs. Chile. Publicado em 5 fev. 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Yatama vs. Nicarágua. Sentença de 23 jun. 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva n. 18/2003. Condição jurídica e direitos dos migrantes sem documentos. Publicada em 17 set. 2003.
- 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.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

- 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 Investigaciones Constitucionais*. Curitiba, v.1, n.2, p. 103-130, maio/ago. 2014.
- 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.
- FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- FARIA, Luzardo. A ineficiência do atual modelo de responsabilização civil do estado no Brasil e a necessidade de prevenção de danos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 4, n. 2, p. 117-136, 2017.
- 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.
- 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.
- 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.
- FRAGA, Mirtô. A obrigatoriedade do tratado na ordem interna. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 162, p. 311-328, abr./jun. 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.
- 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.
- 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.

- 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.
- 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. 4, n. 1, jan./jun. 2017.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.
- 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.
- 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.
- 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.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. p. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014.
- 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.
- 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.
- LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

- MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012
- MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 1, n. 1, p. 23-51, 2014.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? *Revista de Direito*, v. 12, n. 15, p. 7-20, 2009.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- 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.
- MELO, Luiz Carlos Figueira; OLIVEIRA, Marcella Rosiére. O perfil da Administração Pública no século XXI: uma releitura à luz dos direitos fundamentais. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 5, n. 2, p. 97-118, 2018.
- MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015.
- 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.
- 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.
- 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.

- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- 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.
- TÁCITO, Caio. O poder de polícia e seus limites. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 27, p. 1-11, 1952.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.