

O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: FUNDAMENTOS E DIRETRIZES PARA SUA REALIZAÇÃO

THE DIFFUSE CONVENTIONALITY CONTROL BY PUBLIC ADMINISTRATION: PRINCIPLES AND GUIDELINES FOR ITS APPLICATION

TIAGO FUCHS MARINO

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), com ênfase em Direitos Humanos. Especialista em Direitos Difusos e Processo Coletivo pela Escola de Direito do Ministério Público (EDAMP). Assessor-Chefe na Procuradoria da República em Mato Grosso do Sul (Ministério Público Federal). Atualmente é professor substituto na Faculdade de Direito da UFMS, com atuação nas disciplinas de Ciência Política e Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Teoria dos Direitos e Deveres Fundamentais. ORCID iD <http://orcid.org/0000-0001-6360-0757>; URL <http://lattes.cnpq.br/4556057075183321>

LUCIANI COIMBRA DE CARVALHO

Professora Associada da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Editora da Revista Direito UFMS. Presidente do Conselho de Curadores da Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura (FAPEC). ORCID iD <http://orcid.org/0000-0001-8511-3060>; URL <http://lattes.cnpq.br/5525412512514279>

RESUMO:

Objetivo: O presente artigo tem por objetivo geral analisar a possibilidade de realização do controle difuso de convencionalidade pela Administração Pública.

Problema de pesquisa: Por conseguinte, a problemática enfrentada refere-se à necessidade de se averiguar se e como a atividade administrativa pode contribuir com o cumprimento das obrigações internacionais em direitos humanos.

Objetivos específicos: como objetivos específicos: apresentar as noções gerais sobre o referido controle a partir da jurisprudência interamericana, identificar os fundamentos para a modalidade administrativa e examinar as diretrizes para sua aplicação.

Metodologia: A pesquisa adota o método dedutivo e é realizada mediante revisão bibliográfica, de forma descritiva e exploratória.

Conclusão: Ao final, conclui-se que o exercício do controle de convencionalidade é um dever de todos os agentes públicos, que possui respaldo na natureza unitária da responsabilidade internacional do Estado e no princípio da juridicidade.



Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direito Administrativo; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Controle de convencionalidade.

ABSTRACT:

Objective: The general objective of this article is to analyze the possibility of diffuse control of conventionality by the Public Administration.

Research problem: Therefore, the problem faced refers to the need to ascertain whether and how administrative activity can contribute to the fulfillment of international human rights obligations.

Specific objectives: as specific objectives: to present the general notions of this control based on inter-American jurisprudence, to identify the foundations for the administrative modality, and to examine the guidelines for its application.

Methodology: The research adopts the deductive method and is carried out through a bibliographic review, in a descriptive and exploratory way.

Conclusion: In the end, it is concluded that the exercise of conventionality control is a duty of all public agents, which is supported by the unitary nature of the State's international responsibility and the principle of legality.

Keywords: International Human Rights Law; Administrative law; Inter-American Human Rights System; Inter-American Court of Human Rights; Conventionality control.

1 INTRODUÇÃO

O ato soberano e voluntário do Brasil de aderir ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e se submeter à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) lhe conferiu o natural dever de respeitar e aplicar as diretrizes protetivas emanadas pelo aludido sistema, o que exige o comprometimento de diversos atores estatais por meio das mais variadas medidas: legislativas, administrativas e jurisdicionais.

Nessa perspectiva, a Corte IDH já reconheceu, em múltiplas oportunidades, o dever dos Estados que integram o sistema em realizar a compatibilização de seus atos jurídicos internos com o *corpus juris* interamericano, por meio da técnica do controle difuso de convencionalidade, que permite o diálogo entre o ordenamento interno e o direito internacional e a aplicação das normas e interpretações mais favoráveis aos direitos humanos.



Embora, a princípio, o exercício do referido controle tenha sido identificado como obrigação dos juízes dos Estados que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em um segundo momento o tribunal regional estendeu sua operacionalização para todos os agentes públicos, tendo em vista o princípio da responsabilidade unitária do Estado na esfera internacional.

Há, ainda, uma utilização muito tímida das normas e jurisprudência internacional de direitos humanos na atividade administrativa, tanto pelo desconhecimento de seus agentes como por (pretensas) limitações impostas por dogmas tradicionais do Direito Administrativo – ramo do ordenamento jurídico que foi construído sob os pilares do poder de império, da insindicabilidade e da legalidade estrita.

Tais dogmas necessitam ser revisitados, notadamente a premissa de vinculação positiva da Administração Pública à lei em sentido estrito. Isso porque, em que pese a relevância da origem clássica do princípio da legalidade administrativa no pensamento liberal iluminista, os fenômenos contemporâneos da crise da lei formal, da ampliação do universo normativo vinculante do agir do Poder Público, da constitucionalização do direito e da crescente abertura da ordem jurídica estatal ao direito internacional dos direitos humanos não mais permitem a compreensão dos agentes públicos como meros repetidores da lei.

Ademais, sabe-se que, para o direito internacional, todas as funções desenvolvidas pelo aparato estatal – administrativas, jurisdicionais e legislativas – podem perpetuar violações aos compromissos assumidos convencionalmente no âmbito dos direitos humanos e têm o potencial, portanto, de ensejar a responsabilização internacional. Logo, não há qualquer justificativa para se ignorar o papel que a Administração Pública deve exercer, de ofício, no cumprimento das obrigações internacionais contraídas pelo Estado.

Diante desse cenário, a presente pesquisa tem por objetivo analisar os fundamentos e diretrizes para a realização do controle de convencionalidade pela Administração Pública. Com este propósito, o artigo é dividido em três seções: na primeira, busca-se apresentar noções gerais sobre o controle de convencionalidade a partir da jurisprudência da Corte IDH. Na segunda, pretende-se identificar os fundamentos que legitimam a compreensão do dito controle como um dever de todos os agentes públicos. Por fim, a terceira seção tem por escopo apontar as diretrizes para sua aplicação: finalidade, critério, formas de exercício, paradigma, alcance,



procedimentos e efeitos, além das particularidades da modalidade administrativa, quais sejam, a importância da participação da Advocacia Pública e a possibilidade de “controle do controle”, a ser empreendido de modo superveniente pelo Poder Judiciário.

Para alcançar sua finalidade, o trabalho adota o método dedutivo e é realizado mediante revisão bibliográfica, de forma descritiva e exploratória.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O termo “controle de convencionalidade” apareceu pela primeira vez no sistema interamericano por meio do voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez apresentado no caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (2003). Em abordagem sobre a responsabilidade estatal unitária no âmbito internacional, o magistrado sustentou que não seria possível “seccionar” o Estado nas demandas perante o tribunal, de forma a deixar a atuação de alguns órgãos estatais “*fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional*” (§ 27).

No precedente *Tibi v. Equador* (2004), o referido magistrado avançou seu raciocínio em novo voto concorrente e asseverou que, se as cortes constitucionais domésticas são encarregadas de realizar um controle de constitucionalidade dos atos praticados pelas autoridades públicas – e, porventura, de outros agentes sociais –, a Corte Interamericana, por seu turno, busca averiguar se tais atos são produzidos em conformidade com a ordem jurídica estabelecida pelo sistema interamericano, a qual foi aceita pelos Estados contratantes no exercício de sua soberania (§ 3).

Outros votos, com conteúdo semelhante, foram proferidos pelo citado juiz nos casos *López Álvarez v. Honduras* (2006) e *Vargas Areco v. Paraguai* (2006), tendo se ressalvado, neste último, que o controle de convencionalidade não convola a Corte Interamericana em uma “quarta instância” de jurisdição ordinária, mas apenas representa uma técnica voltada a identificar se há harmonia entre os atos jurídicos internos e a Convenção e a determinar, em última análise, se há ou não responsabilidade internacional do Estado por descumprimento de suas obrigações (§ 6).



A despeito desses votos isolados, a Corte de San José, enquanto órgão colegiado, somente veio a se referir, de modo expresso, à técnica do controle de convencionalidade no caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006), o qual teve por pano de fundo a invalidade do Decreto-Lei n. 2.191, de 18 de abril de 1978, que concedia anistia a crimes perpetrados durante o período da ditadura militar chilena.

No julgamento daquela demanda, a Corte assentou que:

quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo (§ 124).

A partir de então, seria possível concluir que a técnica do controle de convencionalidade pode ser realizada de forma “concentrada” pela Corte IDH, enquanto guardiã e intérprete final da CADH; e de forma “difusa” pelos agentes dos Estados que aderiram à Convenção e, mais intensamente, daqueles que aceitaram a competência do referido tribunal regional (MAC-GREGOR, 2011).

Conci (2014) adverte que o controle de convencionalidade não é estruturado por critérios hierárquicos, tal como ocorre com o tradicional controle de constitucionalidade. Ele se constrói, na verdade, a partir de três pressupostos: (i) efeito útil; (ii) princípio *pro persona*; e (iii) princípio da boa-fé ou *pacta sunt servanda*, daí por que a análise da compatibilidade entre normas nacionais e interamericanas se dá não por uma lógica formal, mas por meio de um processo substancial que faz prevalecer a norma de direitos humanos mais favorável ao indivíduo – isto é, que seja mais protetiva ou menos restritiva.

Essa constatação decorre da regra contida no artigo 29 da CADH, a qual impede que as disposições da convenção sejam interpretadas de modo a limitar o exercício de direitos e liberdades reconhecidos internamente pelo Estado ou garantidos por outros instrumentos internacionais. Nesse panorama, sendo a tutela da pessoa humana o fim último de qualquer sistema jurídico, importa mais o modo como se protege e a intensidade da proteção do que a fonte de onde esta é derivada. Por esse motivo, caso se conclua que um direito é protegido de modo mais eficiente



em âmbito nacional, deve-se se abster de declarar inconvencional a norma jurídica doméstica (CONCI, 2014).

O controle de convencionalidade constitui, portanto, um relevante instrumento para a aplicação harmônica e coerente da ordem jurídica em vigor, uma vez que integra suas fontes interna e internacional e permite a disseminação de padrões interpretativos pelo tribunal regional. Entretanto, seu exercício demanda que as autoridades estatais conheçam o bloco internacional de direitos humanos e o acervo jurisprudencial da Corte IDH, bem como que abandonem visões restritivas de soberania (BAZÁN, 2014).

Em avanço jurisprudencial, a Corte Interamericana esclareceu, na sentença de mérito do caso *Gelman v. Uruguai* (2011), que o exercício do controle “é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário” (§ 239). Ainda, ao proferir resolução de supervisão de cumprimento daquela sentença no ano de 2013, o tribunal assentou que a obrigação dos Estados concernente ao dito controle possui duas manifestações: a primeira, quando existe uma sentença internacional com caráter de coisa julgada que foi proferida contra o próprio Estado (§ 68); e a segunda, por sua vez, quando mesmo não tendo participado do processo internacional em que foi estabelecida determinada jurisprudência, o Estado deve realizá-lo simplesmente por ser parte da CADH, levando em conta “o próprio tratado e, conforme o caso, os precedentes e diretrizes jurisprudenciais da Corte Interamericana” (§ 69).

Ao utilizar a expressão “qualquer autoridade pública”, a Corte IDH reconheceu que o dever de realizar o controle de convencionalidade não se circunscreve à função judicial. Demanda, assim, uma reformulação das atividades jurisdicionais, legislativas e administrativas, a fim de que os Estados evitem uma condenação internacional e, ao mesmo tempo, se alinhem à formação de um direito comum interamericano pautado na tutela da dignidade humana.

3 FUNDAMENTOS: O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO UM DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto, desde o precedente *Gelman v. Uruguai* (2011), a Corte IDH atribuiu a todos os agentes públicos dos Estados que integram o SIDH o dever de realizar o



controle de convencionalidade para garantir o respeito aos compromissos assumidos internacionalmente em matéria de direitos humanos. Assim sendo, afigura-se necessário explorar os fundamentos jurídicos que respaldam o reconhecimento de tal dever, sob a ótica do direito internacional e, também, do ordenamento jurídico interno.

2.1 RESPONSABILIDADE UNITÁRIA DO ESTADO NAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Sob a perspectiva do direito internacional, o dever de realizar o controle de convencionalidade, atribuído à Administração Pública, encontra respaldo no princípio da responsabilidade unitária do Estado no âmbito internacional.

A responsabilidade é característica essencial de qualquer sistema jurídico e, no plano internacional, possui fundamento na igualdade soberana entre os Estados. Com efeito, a responsabilidade internacional do Estado compreende uma reação jurídica, qualificada como instituição, princípio geral do direito, obrigação ou situação jurídica, por meio da qual o direito internacional responde diante das violações de suas normas, demandando a preservação da ordem jurídica vigente por meio da reparação dos danos causados (RAMOS, 2005).

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), concluída em 23 de maio de 1969, estabelece o princípio *pacta sunt servanda*, dispondo que todo tratado internacional em vigor obriga as partes e deve ser cumprido de boa-fé (artigo 26), bem como que o Estado-parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (artigo 27).

Isso significa que, para os organismos internacionais, o direito interno não existe como uma ordem jurídica vinculante e compreende apenas um “fato institucional” que não deve contrariar as normas e princípios do direito internacional. Assim, os Estados não podem alegar disposições e repartições de competências de direito interno para se furtar ao cumprimento de obrigações internacionais, uma vez que, ao assumir tais obrigações, eles se comprometem a modificar suas leis domésticas para adequá-las aos tratados e convenções ratificados (QUEIROZ, 2009).

No caso do SIDH, o artigo 1.1 da CADH confere aos Estados partes a obrigação de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção; e o artigo 2, por sua vez, consubstancia um dever de adaptação dos ordenamentos jurídicos internos para assegurar o exercício dos referidos direitos. Este último dispositivo determina a



adoção de “medidas legislativas ou de outra natureza” e deve ser interpretado, portanto, em sentido amplo, alcançando não apenas a atividade legislativa, mas também as funções jurisdicionais, administrativas, políticas e, até mesmo, de revisão constitucional.

Por meio da Opinião Consultiva OC-14/94, a Corte ponderou que, ao mesmo tempo em que o artigo 2 determina a adoção de medidas positivas para assegurar a efetivação dos direitos contemplados na Convenção, ele demanda que leis contrárias ao objeto e finalidade da CADH não sejam adotadas (§ 33). Logo, o cumprimento por agentes estatais de uma norma manifestamente contrária à CADH acarreta responsabilidade internacional do Estado.

Para se compreender as repercussões desse posicionamento da Corte regional, é preciso considerar, ainda, que a jurisprudência interamericana entende que a responsabilidade internacional do Estado “pode ser gerada por atos ou omissões de qualquer poder ou órgão, independentemente de sua hierarquia, que violem a Convenção Americana” (Caso Olmedo Bustos e outros v. Chile, 2001, § 72). Em função disso, nenhum agente estatal, no exercício de qualquer função e independentemente da posição hierárquica, deve aplicar uma lei contrária à CADH.

Em suma, a partir da análise das aludidas disposições convencionais e da interpretação formulada pela Corte IDH, podem ser extraídas algumas proposições acerca da responsabilidade internacional no SIDH: (i) o artigo 2 da CADH estabelece um dever de adequação do ordenamento jurídico interno dos Estados, que implica a rejeição de leis contrárias à Convenção; (ii) a aplicação de uma lei que viole as disposições da Convenção por parte de agentes do Estado acarreta responsabilidade internacional; (iii) a responsabilidade pode se configurar a partir da atuação de qualquer órgão estatal, independentemente da hierarquia e funções exercidas; e (iv) uma vez configurada a responsabilidade internacional, a Corte IDH detém competência para adotar amplas medidas reparatórias contra o Estado.

Embora os órgãos administrativos tradicionalmente tenham desenvolvido suas funções sob uma limitada lógica de legalidade estrita, mediante presunção de validade das leis, fato é que, para o direito internacional, tal particularidade é irrelevante, pois a aplicação de uma norma jurídica contrária aos parâmetros internacionais de proteção de direitos humanos, no âmbito da atividade administrativa, acarreta, tal como no campo jurisdicional, a responsabilidade internacional. Assim, as



repercussões dessa responsabilidade recaem sobre o Estado como um todo, não se restringindo a alguns poderes, órgãos ou agentes.

Ressalva-se que, em razão da estrutura hierárquica da Administração Pública, alguns autores divergem na delimitação de quais agentes públicos seriam legitimados a realizar o controle de convencionalidade, notadamente na modalidade repressiva. Com efeito, Moroni Romero (2013) argumenta que, ao aduzir que o referido controle deve ser exercido pelas autoridades estatais no marco de suas respectivas competências e regras processuais correspondentes, a Corte IDH limitaria níveis de exercício do controle que podem ser exercidos a depender do órgão estatal e conforme a situação concreta analisada, deixando dúvidas sobre a possibilidade de as autoridades administrativas efetivamente afastarem a aplicação de uma norma doméstica inconveniente. Por sua vez, Sagüés (2016) propõe uma alternativa pautada no paralelismo entre os controles de convencionalidade e de constitucionalidade.

Entretanto, entende-se que tal posicionamento não se coaduna com o princípio da responsabilidade unitária do Estado nas relações internacionais, o qual demanda de qualquer ator estatal, seja qual for sua posição hierárquica, o respeito aos compromissos internacionais de proteção dos direitos humanos. Além do mais, os controles de constitucionalidade e de convencionalidade derivam de fluxos normativos e autoridades interpretativas distintas. Assim sendo, em que pese ambos constituam instrumentos de verificação da validade jurídica de normas, não se submetem aos mesmos parâmetros e não podem ser emparelhados como se fossem equivalentes e interdependentes.

Desse modo, Alianak (2015) defende que o controle de convencionalidade produz a modificação de parâmetros clássicos enraizados em muitas instituições do Direito Administrativo, inclusive sobre o tradicional aspecto da organização hierárquica, daí por que, assim como ocorre no âmbito do Judiciário, o dito controle deve ser realizado de maneira difusa por todos os órgãos administrativos, e não apenas por aqueles hierarquicamente superiores.

Isso não significa, necessariamente, um prejuízo à hierarquia dos órgãos da Administração Pública, mormente diante da possibilidade de reforma das deliberações administrativas por instâncias superiores. Nesse sentido, Gussoli (2020) sustenta que a decisão sobre convencionalidade adotada por um agente público – e exteriorizada



por um ato administrativo – estará sempre sujeita ao poder de autotutela e à reforma pelo recurso cabível.

Diante desse cenário, a obrigação de realizar o controle de convencionalidade pela Administração Pública, para fins de compatibilização com os compromissos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos e da jurisprudência interamericana, deriva da própria natureza unitária da responsabilidade internacional do Estado, que se mostra indiferente à divisão de competências consagrada no ordenamento doméstico, seja quanto às funções estatais (administrativa, legislativa ou jurisdicional), seja até mesmo quanto aos distintos níveis de governo (federal, estadual ou municipal) e posições hierárquicas.

2.2 PODER-DEVER DE AUTOTUTELA E REFORMULAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (OU JURIDICIDADE) ADMINISTRATIVA

Sob o prisma do direito interno, o controle difuso de convencionalidade pelos agentes públicos se justifica porque o ordenamento jurídico brasileiro reconhece o princípio da autotutela administrativa e impõe à Administração Pública o respeito à juridicidade para além da mera legalidade, o que lhe outorga o dever de observar também os tratados internacionais. Nesse aspecto, é preciso considerar que o “Estado Convencional” estabelece uma obrigação de reorganizar competências da estrutura estatal, decorrente do artigo 2 da CADH, para efetivação do direito internacional dos direitos humanos (GUSSOLI, 2018).

De acordo com Meirelles (2016), Administração Pública, no Estado de Direito, possui como pressuposto a definição de formas de controle de sua atuação. O controle, nesse contexto, é entendido como “a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro” (p. 795) e uma de suas modalidades compreende a análise da legalidade ou legitimidade, vale dizer, a verificação da conformação do ato ou processo administrativo com as normas legais que o regem, tendo em vista o princípio da legalidade administrativa inscrito no artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988.

O controle de legalidade ou legitimidade pode ser exercido, no ordenamento jurídico brasileiro, tanto pela Administração Pública como pelos Poderes Legislativo e Judiciário. Na primeira hipótese, que interessa ao presente estudo, ele decorre do poder-dever de autotutela administrativa, o qual se expressa na prerrogativa da



própria Administração em anular, revogar ou alterar seus atos administrativos e punir seus agentes com as penalidades estatutárias (MEIRELLES, 2016).

O poder-dever de autotutela está expressamente consagrado na Súmula n. 473 do STF e no artigo 53 da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, os quais determinam que a Administração Pública possui a prerrogativa de anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, ou de revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Tradicionalmente, o controle de legalidade da Administração Pública esteve relacionado à vinculação da atuação administrativa à lei em sentido formal, isto é, aos atos emanados do Parlamento. Explica Binjenbojm (2014) que isso se deve porque a lei, no pensamento liberal iluminista, era tida como produto da razão, derivada dos representantes da sociedade e capaz de regular os assuntos relevantes, constituindo-se na mais importante fonte do direito, notadamente no ambiente europeu pré-Segunda Guerra Mundial.

Na Europa, berço do Direito Administrativo, prevaleceu por muito tempo um positivismo legalista que conduziu a uma quase “divinização da lei”: não havia limites para a atuação do legislador e tanto os juízes como os administradores eram meros repetidores da lei, estes últimos atuando sob a máxima segundo a qual “administrar é aplicar a lei de ofício”. Por isso, a primeira concepção de legalidade administrativa, do ponto de vista cronológico, surgiu de uma analogia entre o ato administrativo e a sentença judicial, ou seja, à lógica de mera particularização dos mandamentos genéricos e abstratos veiculados na lei (BINENBOJM, 2014).

Sob influência do positivismo normativista kelseniano, assentou-se a doutrina da *positive Bindung* – vinculação positiva à lei –, segundo a qual a Administração Pública não poderia atuar senão *auf Grund der Gesetze*, isto é, tendo a lei por fundamento. Tal doutrina parte do fundamento de que a ideia de vinculação negativa à lei só se revela adequada para reger a vida dos particulares, para quem a autonomia – expressão da dignidade – deve ser a regra geral de sua conduta, apenas limitada externamente pela legalidade. O mesmo não se poderia dizer do Estado, que não existe como um fim em si mesmo e se revela como mero instrumento erigido por intermédio do direito para realizar as finalidades ditadas pela sociedade política (BINENBOJM, 2014).

Entretanto, modernamente percebe-se o fenômeno da crise da lei formal, em que a lei deixa de ser vista como expressão da vontade geral e principal padrão de



comportamento reitor da vida pública ou privada, o que culminou na reformulação da legalidade administrativa. Didaticamente, isso ocorre por cinco razões em particular: (i) a inflação legislativa, que provocou a banalização da lei e a perda do respeito que lhe foi conferido no período iluminista; (ii) a constatação histórica de que a lei poderia, muito além de veicular a injustiça, ser fundamento para a barbárie, tal como ocorreu com a legitimação das práticas nazi-fascistas; (iii) a perda do protagonismo em favor da Constituição, a qual passa a figurar como principal fonte do Direito Administrativo; (iv) a criação de atos normativos infraconstitucionais capazes de, por si próprios, servirem de fundamento à atuação administrativa; (v) o controle do processo legislativo pelo Poder Executivo (BINENBOJM, 2014).

Por todos esses motivos, sobretudo em decorrência da constitucionalização do Direito Administrativo, não se pode mais pretender explicar as relações da Administração Pública com o ordenamento jurídico a partir de uma estrita vinculação positiva à lei.

A Administração Pública não fica apenas “amarrada” à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que informam todo o ordenamento. Em consequência, o princípio da legalidade não significa mais a relação “lei-ato administrativo”, mas a dimensão larga “ordenamento-administração” (MEDAUAR, 2017). Em função dessa mudança paradigmática, Binjenjom (2014) sustenta que a vinculação da Administração não mais se limita à lei formal, mas a um “bloco de legalidade” (o ordenamento jurídico como um todo), o que encontra melhor enunciação no que se denomina de princípio da “juridicidade administrativa” (BINENBOJM, 2014).

O reconhecimento de um princípio da “juridicidade administrativa” representa o abandono de uma concepção positivista-legalista da legalidade administrativa e inaugura uma “legalidade mais exigente”, o que significa que “o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade deste mesmo poder” (OTERO, 2011, p. 15).

Há, assim, a ampliação do universo normativo vinculante do agir do Poder Público, uma vez que tal princípio abrange (i) o princípio da constitucionalidade – dever de conformidade com a Constituição; (ii) o princípio da convencionalidade – dever de conformidade com as convenções internacionais; (iii) o princípio da legalidade – dever de conformidade com a lei em sentido estrito; e (iv) o princípio da



autovinculação – dever de conformidade com os atos administrativos normativos (HACHEM, 2014).

Como acentua Medauar (2017), a extensão da legalidade (ou juridicidade) administrativa não se esgota nas fontes existentes no ordenamento nacional, aí incluída a Constituição do país, contemplando também a ascensão, de modo crescente, de normas originárias no âmbito comunitário e internacional/global. Assim, “a fonte normativa abrange também o nível externo aos Estados, não se podendo mais afirmar que a legalidade significa apenas a observância da lei votada pelo Parlamento do país” (p. 173), destacando-se que “a multiplicidade de fontes dificulta apreender, na era contemporânea, um modelo piramidal ou totalmente hierárquico da legalidade, daí a referência a um modelo em rede” (p. 174).

Essa reformulação da legalidade administrativa encontra eco no próprio ordenamento jurídico interno, citando-se como exemplo o artigo 2º, parágrafo único, inciso I da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que elenca como critério regente do processo administrativo a “atuação conforme a lei e o Direito” e representa, portanto, a superação da ideia clássica de legalidade como vinculação exclusiva à lei em sentido formal.

No âmbito do SIDH, o princípio da legalidade tem respaldo no artigo 9 da CADH. Apesar de forjado no domínio da responsabilidade criminal, seu alcance atual supera o campo penal e suas raízes formalistas e o converte em princípio transversal de toda a Convenção, pois, em última instância, ele traduz a necessidade de se controlar a “juridicidade” das atuações estatais em conformidade com o *corpus juris* de direitos humanos. Dito de outro modo, ele irradia objetivamente o conteúdo da CADH e impõe a todas as autoridades públicas o imperativo de ajustar sua atuação ao direito, concebido não sob a ótica formalista-positivista, mas com base em uma “*lectura desde el realismo jurídico que entiende el derecho como lo justo vigente en el contexto del derecho nacional e internacional de los derechos humanos*” (LONDOÑO LÁZARO, 2010, p. 763).

Nesse contexto, o desenvolvimento da técnica do controle de convencionalidade pela Corte IDH revela a transcendência da noção do controle de legalidade no marco das novas exigências do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo possível afirmar que o controle de convencionalidade nada mais é do que uma nova dimensão do princípio da legalidade, porquanto pressupõe a avaliação de uma conduta estatal conforme o direito. Assim, a “juridicidade” dos atos



que impactam os direitos humanos é determinada por sua adequação às exigências da dignidade essencial do ser humano (LONDOÑO LÁZARO, 2010).

De toda sorte, do ponto de vista do direito interno, o multicitado controle resulta do princípio da legalidade administrativa, de matriz constitucional, que hodiernamente vem sendo interpretado no sentido amplo de “juridicidade” e que legitima o exercício do poder-dever de autotutela pelos agentes públicos tendo como paradigma o *corpus juris* interamericano.

3 DIRETRIZES PARA REALIZAÇÃO DO CONTROLE PELOS AGENTES PÚBLICOS

Após a exposição dos fundamentos que justificam o exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública (o “porquê”), afigura-se necessário delimitar as diretrizes para sua operacionalização pelos agentes públicos (o “como”). Para tanto, passa-se a examinar quais são a finalidade, o critério, as formas de exercício, o paradigma, o alcance, o procedimento e os efeitos do dito controle, bem como suas peculiaridades no campo administrativo.

3.1 FINALIDADE

O controle de convencionalidade difuso tem por finalidade imediata a proteção dos direitos humanos em conformidade com os parâmetros protetivos definidos pelo *corpus juris* interamericano. Por conseguinte, sua finalidade mediata é promover a integração entre o direito interno e o direito internacional, conferir efetividade às obrigações assumidas na esfera internacional e evitar a responsabilização internacional.

A realização do controle difuso de convencionalidade “*implica una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del corpus iuris esencial en materia de derechos humanos, acerca del cual el Tribunal Interamericano ejerce competencia rationae materiae*” (BAZÁN, 2015, p. 41). Permite, assim, a antecipação da incorporação dos estândares definidos pelo SIDH, o que beneficia duplamente os titulares dos direitos consagrados nos tratados internacionais: por um lado, economiza o longo e enfadonho caminho de recurso perante a jurisdição interamericana para a



efetivação de um direito; por outro, propicia o enriquecimento mútuo das autoridades nacionais e internacionais que interpretam e aplicam as normas jurídicas a favor de uma maior eficácia dos direitos convencionais (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013).

O controle de convencionalidade pressupõe que os Estados-partes da CADH foram incumbidos de assegurar que as obrigações assumidas no âmbito do SIDH sejam efetivas, considerando o princípio do efeito útil (*effet utile*) (BAZÁN, 2015). O referido princípio, largamente utilizado no direito internacional, sempre foi entendido como um mero convite para que os Estados adaptassem, do modo e no momento que quisessem, suas normas internas em consonância com as disposições dos tratados internacionais. Não obstante, a doutrina do controle de convencionalidade, da forma como construída pela Corte IDH, passou a conferir ao efeito útil uma “operatividade compulsória”, consubstanciada em um verdadeiro dever de reforma e releitura do direito interno, inclusive das normas constitucionais (SAGÜÉS, 2016).

Assim sendo, considerando que o Brasil ratificou a CADH e se submeteu à jurisdição da Corte IDH, seus agentes públicos são instados a agir para promover a imediata efetivação dos direitos e garantias consagrados em nível regional e impedir que o mecanismo de reparação supranacional seja acionado.

3.2 CRITÉRIO

Diferentemente do tradicional controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade não é operacionalizado sob a lógica formal da hierarquia, isto é, a partir de um sistema jurídico supra infraordenado. Nesse sentido, o critério para determinar a validade de uma determinada norma jurídica, no âmbito do controle de convencionalidade, não depende da relação de ordenação desta norma com outras normas de hierarquia superior (CONCI, 2014).

Por essa razão, para o controle de convencionalidade não importa serem os tratados internacionais superiores às leis ou às constituições no plano interno ou internacional, segundo uma perspectiva estrutural ou formal. A relação de validade se dá com base em um critério material: da maior proteção da pessoa humana, mediante aplicação do princípio *pro persona* (CONCI, 2014).

A CADH expressamente incorpora o princípio *pro persona* em seu artigo 29.b, o qual veda qualquer interpretação de seus dispositivos que limite o exercício de direito reconhecido pelas leis dos Estados ou em outro tratado internacional. Acerca



do tema, a Corte IDH já teve oportunidade de se pronunciar na Opinião Consultiva OC n. 5/1985, esclarecendo que, na hipótese de incidência simultânea da Convenção e de outros instrumentos internacionais sobre uma mesma situação, deve prevalecer a norma mais favorável (§ 52).

Diante disso, ao realizar o controle de convencionalidade, o agente público não deve buscar uma solução que impreterivelmente resulte na prevalência dos parâmetros interamericanos de proteção dos direitos humanos. O esforço deliberativo é muito maior, uma vez que se exige a escolha da norma/opção hermenêutica que seja mais favorável para a efetivação de um direito, independentemente de sua origem normativa.

3.3 FORMAS DE EXERCÍCIO

O controle difuso de convencionalidade não abrange, apenas, o ato de deixar de aplicar uma norma nacional contrária ao parâmetro de convencionalidade. Ele requer, em um primeiro momento, a tentativa de harmonização da norma em questão face ao direito convencional, por meio da “interpretação conforme” à CADH, seus protocolos e a jurisprudência convencional, que constituem estândares mínimos protetivos. Dessa maneira, realiza-se, a princípio, um “controle da interpretação” para descartar as hipóteses interpretativas contrárias ao parâmetro convencional (MACGREGOR, 2011).

Nesse panorama, Sagüés (2016) explica que todos os agentes públicos devem exercer, inicialmente, um controle construtivo de convencionalidade, de ofício ou mediante provocação. Ou seja, devem aplicar as normas constitucionais, legais e supralegais em conformidade com o *corpus juris* interamericano, utilizando-se da doutrina da “interpretação conforme”. Para tanto, são necessárias as seguintes operações: em primeiro lugar, a seleção de interpretações, optando-se pelas exegeses do direito doméstico que sejam compatíveis com a CADH e com a jurisprudência interamericana; em segundo lugar, a construção de interpretações, mediante emprego das técnicas inerentes às sentenças constitucionais atípicas (manipulativas ou modulativas).

Caso o controle construtivo não seja suficiente para atender aos parâmetros interamericanos de proteção dos direitos humanos, os agentes públicos devem desenvolver um controle repressivo de convencionalidade, por meio do qual deixam



de aplicar uma norma jurídica doméstica que contraria a CADH e a jurisprudência regional (SAGÜÉS, 2016). A conclusão de que a norma (lei, regulamento, decreto, resolução, etc.) é “inconvencional” acarreta sempre um dever jurídico de afastar sua aplicação do caso concreto, sem que isso acarrete sua anulação, derrogação ou extirpação do ordenamento jurídico (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013).

Finalmente, vale observar que a Administração Pública exerce poder normativo, por meio do qual são emanados atos com efeitos gerais e abstratos, a exemplo das resoluções, portarias, deliberações, instruções e regimentos, que possuem alcance limitado no âmbito da atuação do órgão expedidor (DI PIETRO, 2020). No uso desse poder, o controle de convencionalidade pode ser realizado: de forma preventiva, a fim de que a norma seja emitida em conformidade o *corpus juris* interamericano; ou de forma reparadora, para aboli-la diante da constatação superveniente de sua inconvencionalidade (SAGÜÉS, 2016).

Também na emissão de normas, o controle deve se pautar no critério *pro persona*, circunstância que possibilita à Administração Pública ampliar o grau de proteção ou efetividade de um direito convencional para além do *standard* mínimo regional.

3.4 PARADIGMA

O paradigma do controle de convencionalidade não se esgota na CADH, abrangendo também outros instrumentos internacionais que integram o “corpo jurídico básico em matéria de proteção dos direitos humanos” e a interpretação produzida pela Corte IDH sobre esse plexo jurídico (BAZÁN, 2015). Segundo Conci (2014), a Convenção, além de seus protocolos e as sentenças da Corte, formam o que se denomina de “bloco de convencionalidade”, o qual constitui parâmetro de confronto para o controle de validade de atos em sentido lato (sentenças, leis, atos administrativos e constituições) expedidos pelos Estados nacionais.

Para Sagüés (2010), o controle de convencionalidade pode ter como referencial qualquer tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Estado, uma vez que, no paradigmático precedente *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006), a Corte de San José estabeleceu o dever dos juízes nacionais em realizar o dito controle “quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana”. O emprego da palavra “como”, nos fundamentos, demonstraria que a menção à CADH



foi usada apenas como exemplo do material normativo controlante. Em complemento, Nogueira Alcalá (2013) sugere que até mesmo tratados do sistema global poderiam subsidiar o exercício do controle.

Tal entendimento é reforçado diante da postura da Corte IDH em constantemente recorrer a outros instrumentos internacionais para delimitar o conteúdo e alcance de um direito. Além disso, na Opinião Consultiva OC 01/82, a corte declarou que sua competência consultiva abarca toda disposição, concernente à proteção dos direitos humanos, contida em qualquer tratado aplicável aos Estados americanos. Sendo assim, não raras vezes tratados e outros atos normativos e deliberativos do sistema global – e de outros sistemas regionais – são consideradas pela Corte e influenciam, direta ou indiretamente, a fixação dos seus parâmetros interpretativos.

Em razão da eficácia objetiva (*res interpretata*) das decisões interamericanas, igualmente constituem paradigma do controle difuso de convencionalidade as sentenças, opiniões e resoluções elaboradas pela Corte IDH. Isso significa que os agentes encarregados de realizar o controle devem levar em conta não apenas o texto do tratado ou da convenção, mas a interpretação produzida pelo tribunal regional, que oferece parâmetros mínimos acerca do conteúdo, alcance, meio de implementação e restrições dos direitos convencionais.

A interpretação da Corte IDH acerca das cláusulas convencionais possui eficácia *erga omnes* e se projeta para além da demanda específica analisada pelo tribunal, vinculando inclusive os demais Estados que não fizeram parte do processo. No entendimento de García Ramírez (2011), essa eficácia vinculante da interpretação normativa é atribuída tanto às sentenças de casos contenciosos como às opiniões consultivas e resoluções sobre medidas provisórias e cumprimento de sentença proferidas pela Corte de San José, de modo que todas estas se apresentam como parâmetro para o exame de convencionalidade.

Apesar dessa ponderação, a ausência de precedentes da Corte IDH que envolvam a análise de uma determinada norma convencional não retira dos agentes públicos o dever de realizar o controle de convencionalidade. No caso da inexistência de parâmetros definidos na jurisprudência interamericana, o agente deve desenvolver, ele próprio, uma interpretação razoável e adequada do texto convencional, a qual poderá ser eventualmente corrigida pela Corte em sede internacional (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013).



Enfim, nota-se a existência de um amplo bloco jurídico apto a orientar a atividade do agente público no exercício do controle de convencionalidade, o qual deve sempre permanecer atento para o propósito primordial de se buscar a solução interpretativa que seja mais protetiva ou menos restritiva para os direitos humanos em jogo, mediante a harmonização entre as ordens jurídicas nacional e internacional e o diálogo multinível.

3.5 ALCANCE

Conforme se extrai das diretrizes jurisprudenciais da Corte IDH, o controle de convencionalidade deve ser realizado sobre todas as normas jurídicas internas. Por derradeiro, ele alcança todos os atos normativos (leis, decretos, regulamentos, resoluções, etc.) expedidos pelo Estado nacional (SAGÜÉS, 2010), independentemente da espécie, hierarquia e origem.

Sendo assim, e em consonância com o dever geral de adaptação do direito interno decorrente do artigo 27 da CVDT e do artigo 2 da CADH, percebe-se que até mesmo as normas constitucionais do Estado devem se submeter a um controle de validade tendo como paradigma o *corpus juris* interamericano. Daí por que, como sustenta Bazán (2015), o intérprete-aplicador do direito pode deixar de aplicar uma disposição constitucional considerada como “anticonvencional”, desde que – e apenas nessa excepcional hipótese – não seja possível promover uma interpretação harmônica entre ambas as fontes jurídicas.

Esse acentuado potencial de impacto dos parâmetros interamericanos sobre a Constituição doméstica pode ser verificado na jurisprudência da Corte IDH, especialmente no precedente Olmedo Bustos e outros v. Chile (“A Última Tentação de Cristo”) (2001), que determinou a alteração das normativas constitucionais chilenas que ensejavam a censura prévia de produções cinematográfica em violação aos preceitos da CADH.

Não se ignora que tal constatação possa ser de difícil aceitação pelos agentes estatais, mormente considerando a premissa de supremacia da Constituição que norteia o Estado Constitucional de Direito e mais especificamente nos países que não reconhecem a hierarquia constitucional dos tratados internacionais (SAGÜÉS, 2010). Contudo, no caso brasileiro, a própria Constituição de 1988 contempla diversas cláusulas de integração ao direito internacional dos direitos humanos. Ademais, a



decisão soberana do Brasil de ratificar a CADH e reconhecer a competência da Corte IDH implica a redução da liberdade de atuação e deliberação do poder público, com reflexos sobre a ordem constitucional dotada de legitimidade democrática.

Pelos princípios do efeito útil e *pacta sunt servanda*, os órgãos estatais – inclusive no exercício da atividade administrativa – necessitam se adequar aos parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos reconhecidos pelo SIDH. Admitir que as disposições constitucionais constituem material normativo passível de controle de convencionalidade não significa o reconhecimento da superioridade do direito convencional sobre o direito interno. Ao revés, trata-se de manifestação clara do pluralismo constitucional¹, pois o aludido controle permite uma cooperação entre os intérpretes situados em diferentes níveis jurídicos em prol de objetivo comum dos distintos fluxos normativos: a efetivação dos direitos humanos.

3.6 PROCEDIMENTO E EFEITOS

Os agentes da Administração Pública devem exercer o controle de convencionalidade mediante motivação escrita em processo administrativo, considerando os princípios que regem a atividade administrativa contidos na Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Tal motivação deve ser explícita, clara e congruente, nos termos do artigo 50 da referida lei, e precisa desqualificar a norma reputada inconveniente, de modo a permitir a fiscalização da decisão e a proteção do agente público contra eventuais perseguições ou sanções (GUSSOLI, 2020).

Bitencourt Neto (2017) ressalta que as características da atividade administrativa contemporânea pressupõem uma relevância acrescida do processo administrativo, encarado mais como instrumento de direção da atuação administrativa do que propriamente de mera aplicação do direito. De fato, se a Administração Pública do século XXI prossegue múltiplos e concorrentes interesses públicos, o procedimento se consolida, para além de um itinerário formal voltado à tomada de decisão e à viabilização de contraditório em situações adversariais, como “a matriz principal de uma atuação racional, aberta, participativa e com meios de sopesamento dos distintos valores e interesses em jogo” (p. 212).

¹ Para aprofundamento sobre o tema, cf. WALKER, 2002.



Desse modo, na concepção atual, o processo administrativo configura não apenas meio de atendimento ao requisito de validade do ato administrativo: ele propicia o conhecimento do que ocorre antes de o ato repercutir seus efeitos jurídicos sobre os indivíduos, o que permite a verificação de como foi realizada a tomada de decisão (MEDAUAR, 2017).

Em suma, o processo administrativo se torna instrumental indispensável para o exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública, na medida em que proporciona: (i) a colheita e exposição de elementos jurídicos que possam subsidiar a deliberação; (ii) a possibilidade de manifestação do corpo jurídico; (iii) a participação de atores públicos e privados que possam contribuir com o tema ou que sejam afetados com a deliberação; e (iv) o posterior controle e fiscalização do ato, inclusive pelos órgãos jurisdicionais.

Em que pese ainda prevaleça na cultura administrativa um apego formal ao princípio da legalidade estrita, o que pode levar o agente público a temer responsabilização posterior por recusar a aplicação de uma lei inconveniente, a motivação suficientemente embasada no processo administrativo não acarreta nenhum descumprimento de deveres funcionais ou ato de improbidade. Pelo contrário, é justamente a ação ofensiva aos direitos humanos que torna a conduta do agente antijurídica (GUSSOLI, 2020).

O controle difuso de convencionalidade realizado pela Administração Pública produz efeitos para a situação concreta analisada. Ou seja, em regra são *inter partes* e incidem somente sobre o processo administrativo em que o controle foi promovido. Segue-se, sobre esse aspecto, a mesma lógica atribuída aos tribunais e juízes nacionais – que, segundo explica García Ramírez (2011), fixam parâmetros provisórios condicionados à revisão do tribunal regional.

Contudo, dadas as peculiaridades do controle em sede administrativa, entende-se que a declaração de inconveniente pode ter efeitos *erga omnes* no caso de publicação de atos normativos gerais e abstratos, aplicando-se para a generalidade de hipóteses fáticas idênticas, o que é condizente com a razoável duração do processo e a tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais e humanos (GUSSOLI, 2020).

Na tramitação dos processos administrativos acima referidos, afigura-se indispensável a atuação dos respectivos órgãos e agentes responsáveis pela consultoria e assessoria jurídica da Administração, como será exposto na sequência.



3.7 A PARTICIPAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

Considerando que o controle de convencionalidade se relaciona ao poder-dever de autotutela da Administração Pública e à vinculação da atuação administrativa à juridicidade em sentido amplo, é fácil presumir que a Advocacia Pública deve ocupar protagonismo no contexto da sua aplicação, de modo a direcionar a atuação “convencional” dos órgãos administrativos.

Com efeito, há uma imbricação lógica indissociável entre o Estado Democrático de Direito e a Advocacia Pública, na medida em que esta promove a comunicação entre os subsistemas sociais da política e do direito e detém a tarefa institucional de compatibilizar as políticas públicas legítimas, definidas pelos agentes públicos, ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico (BINENBOJM, 2010). No exercício de sua tarefa institucional, cabe aos advogados públicos aconselhar, persuadir e induzir os agentes públicos no sentido de adotarem, invariavelmente, as providências normativas ou concretas que se destinem à afirmação dos valores democráticos e jurídicos, dentro ou fora dos processos judiciais ou administrativos (MOREIRA NETO, 2009).

Por conseguinte, é papel da Advocacia Pública apontar quando os limites da juridicidade foram ultrapassados e opinar, inclusive, no sentido do reconhecimento dos direitos postulados pelos administrados, da desistência de ações judiciais, da realização de transação e da uniformização de entendimentos administrativos que abreviem litígios e contribuam para a redução de demandas que assolam o Poder Judiciário (BINENBOJM, 2010).

Como corolário desse controle de juridicidade, compete à Advocacia Pública provocar e subsidiar os órgãos administrativos para que estes promovam o exame de convencionalidade das normas jurídicas aplicáveis no exercício de suas funções, de maneira a respeitar os compromissos assumidos internacionalmente no campo dos direitos humanos, que fazem parte do ordenamento jurídico. Tal circunstância assegura que o controle de convencionalidade pela Administração tenha respaldo técnico-jurídico, o que evita o cometimento de arbitrariedades mediante o emprego de tal técnica, protege o agente público contra processos sancionadores e permite o aperfeiçoamento da motivação dos atos administrativos, inclusive para fins de fiscalização e possível judicialização.



Convém ressaltar que, no âmbito da consultoria jurídica, a Advocacia Pública emite pareceres: (i) facultativos, que podem ou não ser objeto de consulta pelos gestores; (ii) obrigatórios, os quais necessariamente devem ser solicitados, mas de cujas conclusões os gestores podem se afastar mediante fundamentação diversa; (iii) vinculantes, que obrigam na sua própria conclusão a decisão administrativa final; e (iv) normativos, que se projetam para todos os demais casos semelhantes (BINENBOJM, 2010). Estes últimos, quando em foco situações que devam ser solucionadas homoganeamente, estimulam não apenas um cuidado por parte dos agentes públicos com a juridicidade de seus atos, mas também a criação de uma jurisprudência administrativa que favorece os administrados (MOREIRA NETO, 2009).

Assim, seja por meio do regime de pareceres, seja pela arquitetura institucional cooperativa dos advogados públicos nos diferentes níveis federativos – com núcleos e setores especializados e mecanismos de capacitação que uniformizam suas atividades –, a atuação da Advocacia Pública contribui para conferir segurança jurídica e padronização nos controles construtivo e repressivo de convencionalidade.

3.8 “CONTROLE DO CONTROLE”

Por fim, é oportuno advertir que, conquanto a Administração Pública seja competente para realizar o controle difuso de convencionalidade, na engenharia institucional brasileira quem dará a última palavra sobre o tema, no âmbito interno, será o Poder Judiciário. É que, na configuração dos Poderes do Estado Brasileiro, a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos é ampla, razão pela qual “a Administração, embora livre para decidir nos marcos da juridicidade, presta contas ao Poder Judiciário” (GUSSOLI, 2020, p. 25-26).

Tal conclusão é extraída do fato de que o ordenamento jurídico nacional adotou o sistema de jurisdição una, em que o Judiciário detém o monopólio do poder de deliberar, com força de coisa julgada, acerca da lesão a direitos individuais e coletivos. O fundamento encontra-se no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição (DI PIETRO, 2020).

Isso não constitui óbice para que os atores que exercem funções administrativas interpretem o ordenamento jurídico. Significa apenas que qualquer prejudicado pelo ato administrativo poderá buscar as vias judiciais para obter um



pronunciamento definitivo acerca da controvérsia jurídica. Nesse sentido, Barroso (2012) afirma que a primazia do Judiciário “não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em tribunal”; e “nem muito menos legitima a arrogância judicial”.

A própria CADH assegura, em seu artigo 25, que todo indivíduo tem direito a um recurso judicial para fins de proteção contra atos que violem seus direitos fundamentais, ainda que tal violação seja cometida por pessoas atuando no exercício de suas funções oficiais. Por seu turno, a Corte IDH já teve oportunidade de se manifestar, no caso *Barbani Duarte e outros v. Uruguai* (2011), sobre a amplitude do controle jurisdicional exercido sobre os atos administrativos.

Nesse panorama, malgrado os agentes públicos tenham o poder-dever de realizar o controle de convencionalidade, este poderá, em última instância, ser “controlado” pelo Poder Judiciário, o qual proferirá decisão definitiva acerca da (in)convencionalidade de determinada norma jurídica. Evidentemente, a atuação dos órgãos jurisdicionais deve observar as mesmas diretrizes – critério, paradigma e possibilidade de alcance – já referidas acima, sempre com o objetivo de evitar uma condenação internacional e conceder a máxima efetividade aos direitos humanos, tendo como ponto de partida o estândar mínimo regional.

O controle superveniente pelo Poder Judiciário permite o estabelecimento de um diálogo não só no nível nacional-regional, mas também entre as próprias instituições internas, ampliando as potencialidades de incorporação e aprimoramento dos parâmetros interamericanos de proteção dos direitos humanos sobre todas as estruturas do Estado. Entretanto, salienta-se que a intérprete final do corpus juris interamericano é a Corte IDH, a qual poderá eventualmente ser instada a corrigir o resultado do controle difuso de convencionalidade empregado pelos órgãos administrativos e jurisdicionais domésticos.

4 CONCLUSÃO

A idealização do controle de convencionalidade emergiu a partir de reflexões do juiz interamericano Sergio Garcia Ramírez sobre a responsabilidade unitária do Estado, em voto apresentado no caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (2003). Anos depois, a técnica foi assimilada pela Corte IDH por meio do julgamento do caso



Almonacid Arellano e outros v. Chile (2006), em que se reconheceu a obrigação dos juízes nacionais em analisar, de modo difuso, a (in)compatibilidade das normas jurídicas domésticas em relação ao sistema interamericano.

No caso Gelman v. Uruguai (2011), a Corte de San José estendeu a mencionada obrigação para todos agentes públicos, o que demanda a adoção de medidas preventivas, reparadoras ou repressivas por todos os poderes dos Estados para harmonizar seu ordenamento jurídico interno em conformidade com as obrigações assumidas internacionalmente para tutela dos direitos humanos.

No âmbito da Administração Pública, o exercício do controle de convencionalidade pelos agentes públicos encontra respaldo, essencialmente, em dois fundamentos: (i) sob a perspectiva internacional, na natureza unitária da responsabilidade internacional do Estado, que se mostra indiferente à repartição de competências consagrada no ordenamento doméstico, notadamente quanto às funções estatais (administrativa, legislativa e jurisdicional); e (ii) sob o prisma do direito interno, no poder-dever de autotutela administrativa e na reformulação do princípio da legalidade (ou juridicidade), que passou a abranger o dever de conformidade da atuação administrativa com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos.

No que se refere às diretrizes para a aplicação da referida técnica, constata-se que o exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública possui, de modo imediato, a finalidade de assegurar a proteção dos direitos humanos em conformidade com os parâmetros definidos pelo *corpus juris* interamericano. Suas finalidades mediatas são, respectivamente, promover a integração entre o direito interno e o direito internacional e evitar a responsabilização internacional do Estado.

O critério para operacionalização do controle de convencionalidade é material – e não formal –, seguindo a lógica do princípio *pro persona* consagrado no artigo 29 da CADH. Desse modo, demanda do agente público a escolha da norma ou opção hermenêutica que seja mais favorável para a efetivação de um direito, isto é, a que seja mais protetiva ou menos restritiva entre aquelas disponíveis.

Quanto às formas de exercício, o referido controle deve ser realizado, inicialmente, em sua modalidade construtiva, ou seja, a partir da interpretação da norma a ser aplicada no caso concreto em conformidade com o direito convencional. Apenas caso tal modalidade não seja suficiente para a adequação aos parâmetros interamericanos é que os agentes públicos devem desenvolver o controle repressivo,



afastando, no caso concreto, a aplicação de uma norma jurídica doméstica que contraria a CADH e a jurisprudência regional.

O paradigma do controle de convencionalidade não se limita à CADH, mas abrange todo o “bloco de convencionalidade”, que compreende seus protocolos facultativos e também os pronunciamentos da Corte IDH, em jurisdição contenciosa ou consultiva. Já em relação ao alcance, o controle desenvolvido em sede administrativa envolve todas as normas jurídicas internas, independentemente da origem, o que inclui as normas constitucionais.

Dadas as peculiaridades da atividade administrativa, sustenta-se que o controle de convencionalidade deve ser utilizado mediante motivação escrita em processo administrativo, de modo a viabilizar a fiscalização da decisão e resguardar o agente de eventuais perseguições e sanções. Os efeitos, nessa conjectura de ideias, são *inter partes*, embora se admita a extensão de efeitos *erga omnes* para situações idênticas no caso de publicação de atos normativos gerais e abstratos pela Administração Pública.

Além disso, observa-se a necessidade de participação da Advocacia Pública no processo, tendo em conta seu papel de contenção jurídica da atividade estatal. Dessa forma, assegura-se que o controle de convencionalidade pelos atores administrativos tenha respaldo técnico-jurídico, o que permite o aperfeiçoamento da motivação do ato, inclusive para fins de futura judicialização, uma vez que, na engenharia institucional brasileira, o Poder Judiciário é o responsável por dar a última palavra, com força de coisa julgada, sobre a aplicação de direitos.

REFERÊNCIAS

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, Ano 15. n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, Osasco, Ano 14, n. 1, p. 13-61, jan./jun. 2014.



BAZÁN, Victor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 19, p. 25-70, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 8, n. 31, out./dez. 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. *Revista de Processo*, v. 232, p. 363, jun. 2014.

CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. *Caso Barbani Duarte e outros v. Uruguai*. Sentença de 13 de outubro de 2011 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. *Caso Gelman v. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011 (mérito e reparações).

CORTE IDH. *Caso López Álvarez v. Honduras*. Sentença de 1º de fevereiro de 2006 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Sentença de 25 de novembro de 2003 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. *Caso Olmedo Bustos e outros v. Chile* (“A Última Tentação de Cristo”). Sentença de 5 de fevereiro de 2001 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. *Caso Tibi v. Equador*. Sentença de 7 de setembro de 2004 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. *Caso Vargas Areco v. Paraguai*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. *Opinião Consultiva OC 01/1982*. “Outros tratados” objeto da função consultiva da Corte (Art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). 24 de setembro de 1982.

CORTE IDH. *Opinião Consultiva OC 05/1985*. O registro profissional obrigatório de jornalistas. 13 de novembro de 1985.



CORTE IDH. *Opinião Consultiva OC 14/1994*. Responsabilidade internacional pela expedição e aplicação de leis violadoras da Convenção (artigos 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). 9 de dezembro de 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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

GUSSOLI, Felipe Klein. Controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública no exercício de sua função típica. *Revista Jurídica (FURB)*, Blumenau, v. 24, n. 53, e7853, p. 1-32, jan./abr. 2020.

GUSSOLI, Felipe Klein. *Impactos dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito Administrativo Brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

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

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, a. XLIII, n. 128, p. 761-814, mai./ago. 2020.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús. SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *A Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 23-52.

MORONI ROMERO, Lucas Leonardo. El control administrativo de convencionalidad. *Revista Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, IV, p. 1336-1341, out./dez. 2013.



NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y corte interamericana de derechos humanos. *ReDCE*, a. 10, n. 19, p. 221-270, jan./jun. 2013.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011.

QUEIROZ, Cristina. *Direito internacional e relações internacionais*. Coimbra Editora: Coimbra, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y los controles legisferante y administrativo de convencionalidad. In: SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La Constitución bajo tensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016. p. 401-415.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010.

WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review*, Londres, v. 65, n. 3, p. 317-359, 2002.

