

O controle do ato administrativo como fundamento de justiça social e pilar democrático.

PLAUTO CAVALCANTE LEMOS CARDOSO¹

* Diretor do Instituto de Direito de Integração da Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), professor do Departamento de Direito Público da Faculdade Pitágoras em Belo Horizonte/MG, professor da pós-graduação da Universidade de Bolonha na Argentina e da Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), professor convidado de Direito Constitucional e Metodologia da Pesquisa da pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas-Rio (FGV) / red conveniada nacional, professor convidado da graduação da *Facultad de Derecho* da *Universidad de Buenos Aires* (UBA). Pesquisador Parlamentar do Congresso do México – REDIPAL, pesquisador convidado do Centro de Estudos Sócio-Jurídicos da Universidade Católica da Colômbia. Aluno do Programa de Doutorado em Direito Constitucional na Universidade de Buenos Aires – UBA, Argentina. *Master of Laws* - LL.M em Direito: *Litigation* – Novos Desafios dos Contenciosos pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-Rio. Mestre em Literatura Inglesa pela Universidade de Sussex, Inglaterra e Especializado em Linguística Aplicada pela Universidade de Brasília- UnB. Graduado em Direito pela UCAM – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, e em Letras pela UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais.

Resumo: Este artigo analisa os clássicos limites do controle do ato administrativo *lato sensu* costumeiramente envolvidos em um debate anacrônico em plena era da pós-verdade, fruto do que se argumenta ser uma obsessão Montesquiana que segue impondo um conceito de separação de poderes conveniente para uma França revolucionária, mas de pouca utilidade em um contexto de Estados Constitucionais modernos. O controle do ato administrativo é visto aqui como fundamento de justiça social e manutenção dos pilares democráticos do Estado de Constitucional de Direito. Argumenta-se, ainda, que o chamado ativismo judicial é na realidade fruto em sua gênese de um ativismo cidadão, consequência de nossas escolhas constitucionais. Conclui-se que o controle judicial, administrativo ou legislativo do ato administrativo deve ter como limite a exata proporção do que o seu excesso afronta.

Palavras-chave: ato administrativo, separação de poderes, controle judicial, ativismos judicial, ativismo cidadão, pós-verdade.

Abstract: This work analyses the classic limits around the control of the administrative act *lato sensu* usually entangled in an anachronistic debate in the era of post-truth, a result of what we see as a Montesquian Obsession which continues to impose a concept of checks and balances which was convenient for a Revolutionary France, but of little use in the context of modern Constitutional States. The control of the administrative act is here seen as a fundament of social justice and maintenance of the pillars of the Constitutional Rule of Law Estate. We sustain that the so-called judicial activism is in reality a result in its origins of a citizen activism, a consequence of our constitutional choices. We conclude that the judicial, administrative or legislative control of the administrative act should have as limit the exact size what its excess threatens.

Key-words: administrative act, checks and balances, judicial control, judicial activism, citizen activism, post-truth.

Resumen: Este trabajo analiza los límites clásicos del control del acto administrativo *lato sensu* comúnmente envueltos en un debate anacrónico en plena era de la posverdad, fruto de lo que se argumenta es una obsesión Montesquiana, que sigue imponiendo un concepto de separación de poderes conveniente a una Francia revolucionaria, pero de poca utilidad en un contexto de Estados Constitucionales modernos. El control del acto administrativo es visto aquí como fundamento de justicia social y mantención de los pilares democráticos del Estado Constitucional de Derecho. Se argumenta, además, que el llamado activismo judicial es en verdad fruto en su génesis de un activismo ciudadano, consecuencia de nuestras elecciones constitucionales. Se concluye que el control judicial, administrativo o legislativo del acto administrativo debe tener como límite la proporción exacta de lo que afronta su exceso.

Palabras clave: acto administrativo, separación de poderes, control judicial, activismo judicial, activismo ciudadano, post-verdad.

Ao meu amigo Pedro Anversa,

A quem prometi que minha pena nunca descansaria até meu último suspiro na defesa de uma ordem social mais justa, moral e socialmente falando.

O vento da política o levou. Que o da defesa engajada da vida coletiva o traga de volta.

“Aun cuando frecuentemente se define como una actividad dirigida a aplicar o a ejecutar la ley, el ejercicio de la jurisdicción no agota, por sí solo, este deber fundamental en ninguno de los Estados contemporáneos.”

Luca Mannori²

1. INTRODUÇÃO

Vivemos em um momento estranho. Ou talvez seja somente o nosso momento e todo intelectual que observa e ausculta sua contemporaneidade de maneira crítica seja propenso a crer que há mais desafios e batalhas a serem lutadas hoje que antes. Talvez Sartre pensasse o mesmo. Talvez tenha sido o caso de Stefan Zweig e seus antecessores.

Seja como for, vivemos culturalmente profundas transformações. A própria palavra cultura, usada como advérbio na frase anterior, já não pode mais ser tomada de forma consensual ou com o mesmo sentido do século que há pouco deixamos para trás. Cultura, que era antes uma consciência que nos impedia dar as costas à realidade, hoje é sinônimo de uma cultura de distração³.

O Direito, como claro produto cultural, não passa incólume por estes tempos de pós-verdade, *“la idea de que no hace falta someterse al chequeo de las informaciones y hechos que pretenden presentarse como verdaderos”*⁴. Não é preciso ir muito longe para se ver como percebe o exercício do poder e sua submissão ao direito um presidente que governa uma superpotência através de sua conta de tweeter, se orgulha em dizer que não lê um único livro há algum bom tempo, elege como inimigos da pátria jornalistas e juízes que o questionam e maneja o poder através de Decretos Executivos.

Neste sentido, para um constitucionalista vindo da crítica literatura, a submissão do exercício do poder ao direito é o assunto do dia. Como controlar o poder e submetê-lo ao direito quando se tem dúvida sobre qual é o direito ao qual se deve submeter? E quando não

² MANNORI, Luca., p.125, *Justicia y Administración entre Antiguo y Nuevo Régimen*. en R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, 1997, pp. 39-65.

³ Para mais sobre o assunto, referirmos o leitor ao fundamental LLOSA, Mário Vargas. **La civilización del espectáculo**. 1ª ed. Buenos Aries: Alfaguara, 2013.

⁴ SARLO, Beatriz. Buenos Aries, 26/02/17. Entrevista concedida ao jornalista Alejandro Czerwacki do jornal Clarin. Disponível em http://www.clarin.com/opinion/disgusta-uso-familia-feliz-herramienta-propagandistica_0_ryHPH8Rug.html. Acesso em 10/03/17.

há grandes dúvidas, se recorre a limites anacrônicos para limitar o limite do controle do atos do poder.

Como pensar o direito neste contexto? Nota-se uma enorme mistura de conceitos do presente e do passado que tornam os debates sombrios, desesperançosos e claramente infrutíferos.

Se faz de muita relevância o debate sobre o controle do atos de poder e, em particular, do ato administrativo. Isto se torna especialmente importante em momentos extremos de abuso de poder sob o aparente manto da legitimidade formal que tenta escamotear interesses os mais indignos como os que pretensiosamente tentaram sustentar a nomeação de um ex-presidente da república com o intuito de tumultuar a persecução penal e evadir a jurisdição como o que vamos a analisar.

Neste contexto, ouvir argumentos fundados em uma separação de poder, fruto de uma obsessão Montesquiana que seguramente foi útil a uma França revolucionária, mas que em nada nos ajuda atualmente, traz a boca um certo gosto de naftalina. Que poder queremos dividir, separar quando o poder do Estado é uno? Por que nossos nobres administradores e legisladores sacam esta carta da manga somente para esconder-se por detrás de argumentos que escamoteiam omissões reiteradas?

Neste artigo, **analisamos um caso extremo de controle do ato administrativo**, aparentemente banal e fruto do tradicional abuso da coisa pública para proteger a apadrinhados, mas com impactos sombrios e profundos no emaranhado do tecido social e na legitimidade do exercício do poder e suas instituições. Trata-se da anulação pelo Supremo Tribunal Federal – STF, a Corte Constitucional Brasileira, de um ato administrativo aparentemente discricionário como a escolha de um candidato para um cargo de livre nomeação e exoneração, como é normalmente o caso de um ministro de estado, pela então chefe do executivo brasileiro⁵. Assim seria se a presidente em questão não estivesse a beira de um processo de Impeachment e o ato não estivesse envolto em fundadas suspeitas de proteção ao seu nomeado, que com o cargo escaparia do alcance de juízes de primeiro grau através da proteção do Foro Privilegiado, podendo ser somente julgado pelo STF em única estância. Se levantaria menos suspeitas se o candidato a ministro indicado não fosse um ex-presidente, réu em processos dentro do maior escândalo de corrupção que se conhece até o momento da história da República brasileira e em que ele é reiteradamente acusado de ter sido o mentor e

⁵ Trata-se da ex-presidente Dilma Rousseff, condenada a perda do cargo em 2016 por crimes de responsabilidade, em um convulsionado e questionável, mas constitucional processo de Impeachment.

em alguns momentos, beneficiário direto junto com seus familiares mais próximos, com robustas provas acostadas aos autos.

A metodologia utilizada tem por base pesquisa de doutrina relevante tanto na Argentina como no Brasil, jurisprudência sobre o tema do controle do ato administrativo, análise de entrevistas, de gravações e relatórios de julgamentos das Cortes Constitucionais Argentina e Brasileira, da Corte de Contas brasileira (TCU), além de artigos de jornais de ambos países.

Tenta-se de demonstrar que a única maneira de se fazer justiça e submeter o exercício do poder ao direito é vencer a barreira juspositivista clássica dos limites impostos ao controle do exercício do poder e seus atos, trazendo a moral e a ética sempre para o debate, como foi feito no caso que intitulamos de *El Padrino*. Isto se pretendermos manter nossas democracias fundadas em valores bem mais profundos que os liberais da igualdade, liberdade e segurança jurídica. Esses eram suficientes para França Revolucionária, mas são insuficientes para os complexos estados modernos e suas gamas e camadas de direitos e excluídos das mais diversas formas.

Nossas conclusões são duas. Primeiro, e isto se argumenta aqui como tese principal, deve-se repensar os parâmetros do que seja um poder imiscuir-se em outro. **Só há um parâmetro principal** e este não passa necessariamente pelo conceitos clássicos dos elementos do ato administrativo, mas sim pelos limites sociais e culturais da ética, da moral e do fim e razão de ser de uma própria constituição: **submeter o exercício do poder ao que se estabelece como minimamente aceitável**⁶. Ou seja, arguimos aqui que não há regras matemáticas claras e que sim o controle do exercício do poder é político, seja ele feito pelo judiciário sobre o executivo ou legislativo ou de qualquer poder formal do estado – o poder é único, afinal – sobre qualquer outro formalmente e organicamente organizado por motivos de gestão e controle. **No âmbito do controle democrático dos princípios constitucionais como normas cogentes, não deve haver limites para a intervenção de um órgão em outro. O limite é o tamanho tecnicamente comprovado da doença**⁷.

⁶ Para um debate mais completo sobre a submissão do exercício do poder ao direito sob um ponto de vista do direito processual, ver CARDOSO, Plauto. “Precedentes Judiciais: o papel da hermenêutica e dos elementos não textuais da norma para a unidade do direito e a segurança jurídica”. In: Izolani, Franciele Lung; Oliveira, Jaqueline Sampaio (Coord.) **Latinoamerica Y Derecho en Exposición**. Vol. VI. Olinda: Editora Livro Rápido, 2017.

⁷ Esta é inclusive a lógica que valida a aplicação do instituto do direito Colombiano do Estado de Coisas Inconstitucional do Brasil pela primeira vez pela Corte Constitucional brasileira. Para mais sobre este assunto, referimos o leitor a CARDOSO, Plauto. “Estado de Cosas Inconstitucional y Violación a los Derechos Fundamentales en el Contexto del Sistema Carcelario Brasileño”. In: **Revista Argentina de Justicia Constitucional**. Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Vol. III Buenos Aries, Editores Argentinos, 2017.

Afirmamos que a má gestão da coisa pública está na raiz da injustiça penal, dos danos a bens transnacionais e transgeracionais como o meio ambiente, da injustiça social e das agressões irreparáveis ao que entendemos como o inviolável e protegido pelas nossas Cartas Magnas, os Direitos Fundamentais, aqueles que criamos para nos proteger dos Estados que organizamos nós mesmos. O controle do ato administrativo é fundamental para frear as inevitáveis perversões do regime democrático que Ferrajoli temia como uma besta que precisava ser contida.⁸

Finalmente, concluimos que o controle do poder, e em sua essência do ato administrativo, é essencial para a observância do mínimo moral e existencial humano. Afinal, não vivemos só de pão e a maior dor nem sempre é física. A dor da injustiça e da impotência diante de uma arbitrariedade estatal é uma das maiores que também pode sentir o ser humano em sua alma. A proteção a compadres sob o manto do abrigo do estado insulta a alma, gera descrença e descrédito. A mulher de Cesar não deve ser somente honesta. Deve também parecer honesta.

2. EL PADRINO

“En definitiva, igualar a la Administración y al particular ante el derecho, y dar a uno lo que le corresponde, constituye el objetivo del control jurisdiccional de la Administración.”

Tomás Hutchinson⁹

Por que os políticos brasileiros querem manter o Foro Privilegiado? Por que se quer ser julgado em um única instância e sem direito a recursos? E por que um político que foi duas vezes presidente da República, réu em ações penais extremamente sérias em um esquema de corrupção “nunca antes visto neste país”¹⁰ e que já levou à prisão de ex-governadores e chefe de poder, que dorme e se desperta sob o temor do cárcere, de repente percebe que o país precisa dele como Ministro de Estado?

Fato é que tomado de súbito dever cívico na manhã ensolarada do dia 16 de março de 2016 no planalto central, o ex-presidente brasileiro Luiz Inácio Lula da Silva é nomeado

⁸ Referimos o leitor aqui para o excelente debate sobre a teoria jurídica de Ferrajoli no recente GARGARELLA, Roberto. **Castigar Al Prójimo: por uma refundación democrática del derecho penal**. 1 ed. Buenos Aires: Silgo Veintinuno Editores, 2016, p. 59-80.

⁹ HUTCHINSON, Tomás, “El sistema argentino de control judicial de la Administración”, en Anales, N°40, 2010. , p.156.

¹⁰ Frase recorrente nos discursos do ex-presidente brasileiro Lula que parece crer ter refundado o país em 2003.

Ministro-Chefe da Casa Civil pela ex-presidente Dilma Rousseff, para quem os limites dos atos administrativos pareciam ser um inconveniente, como sugere seu processo de Impeachment e seu manejo do orçamento público em inobservância de uma das maiores vitórias legais para redução da discricionariedade do uso político do dinheiro público e apadrinhamento pelo administrador, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que introduziu em 2001 no país normas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.¹¹

O Projeto Supremo em Números¹², da Fundação Getúlio Vargas (FGV)-Rio de Janeiro, joga luzes no porquê de tamanha disposição cívica por parte do ex-presidente quando nos mostra que no Supremo Tribunal Federal, das 404 ações penais concluídas entre 2011 e março de 2016, 276 (68%) prescreveram ou foram repassadas para instancias inferiores porque a autoridade deixou o cargo. **A condenação só ocorreu em apenas 0.74% dos casos.**¹³

É esta a razão de existência do Estado? Manter o poder no poder? É para isso que naquele 17 de setembro de 1787 na Filadélfia, Estados Unidos, se criou uma constituição que influenciou como submetemos o poder ao direito nos últimos 229 anos?

E de que condenações escapam os políticos brasileiros que lutam para ser julgados pela Corte Constitucional? Dessas 404 ações, 136 tratavam de crimes contra o meio ambiente, 39 casos relativos a lei de licitações, 30 sobre crimes de responsabilidade, outras 26 eram referentes a formação de quadrilha, 25 sobre peculato, 8 sobre corrupção passiva e 5 sobre corrupção ativa. Ou seja, estamos falando de atos que atentam contra a própria existência do Estado, que convulsionam sociedades e perpetuam males e injustiças profundas. Pessoas morrem diariamente em nossos países como consequência destes atos corrosivos. Seres humanos são submetidos a condições de vida nefastas, afastados de quase todas as dimensões de direitos fundamentais por tais atos.

Ciente disto, assim fundamentou seu parecer ao Supremo Tribunal Federal o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, no qual requeria ao SFT a anulação do ato administrativo que conferia ao ex-presidente da república a prerrogativa de escolher os juízes

¹¹ Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm.

¹² I Relatório Supremo em Números. Disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em 20/12/2016.

¹³ Não à toa, a defesa do ex-presidente insiste em requerer até hoje o reconhecimento pela Corte Constitucional brasileira de que ele foi ministro e pede o desarquivamento da ação que analisamos a seguir e que foi arquivada pelo ministro relator após o afastamento da ex-presidente Dilma pelo Senado durante o processo de Impeachment. <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1774576-lula-pede-que-stf-reconheca-que-foi-ministro-de-dilma.shtml>. Acesso em 20/03/17.

que lhe julgam, de tumultuar o andamento das investigações criminais no caso Lava Jato, com danos objetivos à persecução penal¹⁴:

6. Nomeação de ministro de estado consubstancia ato administrativo de natureza política, passível de controle judicial para aferir ocorrência de desvio de finalidade, sem embargo da competência constitucional do(a) Presidente da República para designar seus auxiliares.

7. Ocorre desvio de finalidade quando agente público exerce competência determinada por lei para atingir propósito diverso do previsto pelo ordenamento jurídico.

8. O acervo probatório pré-constituído, fatos que se tornaram notórios desde a nomeação e posse objeto destas ações e elementos de domínio público constituem indícios convergentes de que a **nomeação e posse do ex-Presidente foram praticadas com a intenção, sem prejuízo de outras potencialmente legítimas, de afetar a competência do juízo de primeiro grau e tumultuar o andamento das investigações criminais no caso Lava Jato.** Houve dano objetivo à persecução penal, pela necessidade de interromper investigações em curso, pelo tempo para remessa das peças de informação e para análise delas por parte dos novos sujeitos processuais e pelos ritos mais demorados de investigações e ações relativas a pessoas com foro por prerrogativa de função.

9. **Constatação de desvio de finalidade de ato administrativo** por convergência de prova testemunhal, documental e indiciária impõe sua anulação. **Transgressão ao componente ético e jurídico dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa** por ato do poder público impõe declaração de nulidade, ainda que concorram para sua motivação finalidades legítimas. (nosso grifo)

Um ano após sua nomeação como Ministro, o ex-presidente Lula é réu em cinco ações penais e se vê acusado de boa parte dos tipos penais topograficamente organizados sob o título de Crimes contra a Administração Pública do Código Penal Brasileiro e legislações complementares, criados para proteger a sociedade e o próprio estado da delinquência administrativa estruturada¹⁵: corrupção ativa e lavagem de dinheiro, tráfico de influência, organização criminosa e obstrução à justiça¹⁶.

¹⁴<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/04/MS-34070.pdf>. Acesso em 09/03/16.

¹⁵ http://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/09/politica/1481319803_523591.html. Acesso em 10/03/17.

¹⁶ O termo “Obstrução à Justiça” não existe no Código Penal nem no Código de Processo Penal brasileiros, mesmo sendo citado pela imprensa e também por alguns profissionais do Direito. O que existe de fato, no CP, são os chamados “Crimes contra a Administração da Justiça” (Art. 338 – Art. 359). “O que tem sido chamado de obstrução à justiça é o crime do artigo 2, parágrafo primeiro, da Lei 12.850/13”, diz o procurador da República Rodrigo de Grandis:

Art. 2o Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas. 1o Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma,

3. CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO NA ERA DA PÓS-VERDADE

“Para ver, no es suficiente con mirar; hay que preparar la mirada y, antes, reconocer el objeto, atribuirle importancia.”

Beatriz Sarlo¹⁷

Pouca, se alguma, dúvida havia em relação aos interesses nada republicanos que motivaram pelo menos parcialmente a nomeação do ex-presidente. Entretanto, a anulação do ato administrativo de posse gerou o já desgastado debate sobre a separação de poderes, sempre dentro da premissa de que um órgão ou parte do estado está como um câncer invadindo outra parte. Luca Mannori nos explica bem por que andamos em círculos neste debate:

Aun así, a pesar de la riqueza y la precisión de la información, parece que el verdadero problema de la separación continúa sustrayéndose a una comprensión histórica realmente satisfactoria. Quien se asoma hoy sin prejuicios a este tema advierte enseguida cómo casi toda la investigación historiográfica en esta materia está fuertemente condicionada por la representación que el Estado contemporáneo ofrece de sí mismo, y más en concreto por las respuestas que la cultura jurídica ha dado desde el inicio al problema de las relaciones justicia-administración. En efecto, el constitucionalismo continental ha hipostasiado hasta tal punto la teoría de los «tres poderes del Estado» que legislación, jurisdicción y administración se presentan como las funciones necesarias y «naturales» de cada Estado digno de ese nombre, asignando al historiador mucho antes la misión de avalar este diseño teórico a través del propio bagaje erudito que la de explicar sus orígenes y su economía interna. De esta subordinación de la reflexión historiográfica con respecto a la jurídica nació un modelo explicativo en apariencia muy sólido, pero en realidad fundado, en gran medida, sobre premisas que poco tienen que ver con la investigación histórica. (Nosso grifo).

Tentou-se, em sede de defesa do ato administrativo contestado, atirar ao ar o também já debilitado argumento de que se tratava uma vez mais de Ativismo Judicial, a reinterpretar os limites do cabimento do uso de mandato de segurança coletivo por partido político para a defesa de interesses difusos e não restritos aos afiliados dos partidos impetrantes.

Ora, isto cai por terra por dois motivos. Primeiramente, o chamado ativismo judicial é visto sob uma ótica limitada. Juízes não se despertam pela manhã e decidem que naquele dia irão tratar sobre os limites legais para a realização de abortos de fetos anencefálicos ou de

embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa. Disponível em <https://jota.info/justica/o-que-configura-obstrucao-de-justica-16062016>. Acesso em 10/03/17.

¹⁷ SARLO, Beatriz. **Escenas de la Vida Posmoderna: intelectuales, arte y videocultura en al argentina**. Buenos Aries: Siglo Veintiuno, 2014, p.7-8.

forma geral até o terceiro mês de gravidez¹⁸ ou sobre a permissão para iniciar-se do cumprimento de pena restritiva de liberdade depois de acordo condenatório de segundo grau e antes do trânsito em julgado da ação¹⁹, para citar casos recentes e emblemáticos tanto no Brasil com na Argentina. Estamos, antes de mais nada, diante de um Ativismo Cidadão como bem explicam Jorge Bercholz e Sebastián Sancari em *Justicia y Política: insumos útiles para determinar el rol de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado*²⁰. É a crescente demanda nas cortes por parte de cidadãos em Estados de crescente complexidade de direitos garantidos constitucionalmente que promove a resposta judicial como reação esperada da jurisdição provocada. O fenômeno não parte dos juízes. A pressão é cidadã e tem origem em nossas escolhas constitucionais e nas omissões a ações executivas e legislativas.

Segundo, uma consulta com devida atenção aos autos dos Mandados de Segurança 34.070 e 34.071/DF afasta a tese de inovação jurídica acerca do cabimento do remédio constitucional do mandato de segurança por partido político para tutela de direitos difusos, apesar da silêncio aparentemente eloquente do legislador no redação do artigo 21 Lei 12.096/09²¹, que regula a aplicação do Mandato de Segurança no Brasil. Silêncio limitador e que uma interpretação literal gera entraves que reputamos inconstitucionais à proteção de direitos fundamentais. Senão vejamos alguns argumentos presentes no voto do Ministro Relator Gilmar Mendes (grifo nosso)²²:

Leonardo José Carneiro também aponta no sentido do cabimento da impetração para a tutela de interesses difusos:

“Contrariamente ao que sugere o texto legal e não obstante a opinião de tais importantes doutrinadores, não deve haver limitações ou restrições ao uso de ações coletivas. Havendo um direito transindividual que mereça ser protegido, tutelado, prevenido, reparado, será cabível a ação coletiva, aí incluído o mandado de segurança.

¹⁸ Referimos o leitor a sentença da *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (CSJN) de 13 de março de 2012. Disponível em <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/jurisprudencia/Argentina/ANP-CSJ.pdf>. Acesso em 10/01/2017.

¹⁹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acesso em 06/11/16.

²⁰ SANCARI, Sebastián; BERCHOLC, Jorge O. **Justicia y Política: insumos útiles para determinar el rol de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Aldina Editorial Digital, 2016, p. 7.

²¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em 12/03/17.

²² O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 10545232. Acesso em 11/03/16.

Como manifestação dessa garantia de acesso à justiça, é forçoso admitir todas as espécies de demandas e provimentos capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos transindividuais. E é decorrência do acesso à justiça a efetividade da tutela preventiva e repressiva de quaisquer danos provocados a direitos transindividuais mediante o uso de todos os meios adequados. Em razão do acesso à justiça, não deve haver limitações ou restrições ao uso de ações coletivas. Sempre que um direito transindividual for ameaçado ou lesado será cabível a ação coletiva. A garantia de acesso à justiça marca o processo coletivo, valendo dizer que o mandado de segurança coletivo afigura-se cabível para a defesa de qualquer direito coletivo, seja ele difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Impõe-se, enfim, conferir ao parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016/2009 uma interpretação conforme a Constituição para entender que o mandado de segurança coletivo também se destina à proteção dos direitos difusos. O art. 5º, LXX, da Constituição Federal não faz qualquer limitação, devendo extrair-se da norma sua máxima efetividade, de sorte a admitir que o mandado de segurança coletivo sirva não somente à proteção dos direitos coletivos e individuais homogêneos, mas igualmente aos difusos”. (DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. A fazenda pública em juízo. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010. pp. 469 - 470).

Segue o Ministro, trazendo ao debate a opinião cultivada do mais recente membro da Corte Constitucional, Alexandre de Moraes, bastante enfático na mesma linha:

“Os partidos políticos, desde que representados no Congresso Nacional, têm legitimação ampla, podendo proteger quaisquer interesses coletivos ou difusos ligados à sociedade.

[...] Anote-se, porém, que não foi esse o entendimento do legislador, ao estabelecer no art. 21 da Lei nº 12.016/09, que o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a (1) seus integrantes ou (2) à finalidade partidária.

Não nos parece a melhor solução refutamo-as, inclusive, inconstitucional. Ora, se todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (CF, art. 1º, parágrafo único), sendo indispensável para o exercício da capacidade eleitoral passiva (elegibilidade) o alistamento eleitoral (CF, art. 14, 3º, III), a razão da existência dos partidos políticos é a própria subsistência do Estado Democrático de Direito e da preservação dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 1º, V – consagra o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil). Nesta esteira de raciocínio, o legislador constituinte pretende fortalecê-los concedendo-lhes legitimação para o mandado de segurança coletivo, para a defesa da própria sociedade contra atos ilegais ou abusivos por parte da autoridade pública. **Cerrear essa legitimação somente para seus próprios interesses ou de seus filiados é retirar dos partidos políticos a característica de essencialidade em um Estado Democrático de Direito e transformá-lo em mera associação privada, o que, certamente, não foi a intenção do legislador constituinte**”. (MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 31 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015. pp. 177)

Afinal, conclui o Ministro Gilmar Mendes, “os partidos políticos têm finalidades institucionais bem diferentes das associações e sindicatos. **Representam interesses da sociedade, não apenas dos seus membros. Representam até mesmo aqueles que não lhes destinam voto.**”²³ (Grifo nosso)

Estamos de pleno acordo com o Ministro Relator, bem como com as lições dos doutrinadores trazidas a baila. Trata-se ao nosso ver de garantia constitucional que o legislador ordinário não poderia restringir sem esbarrar nos limites impostos pelas garantias expostas na Carta Constitucional de 1988.

O que se observa tanto na Argentina quanto no Brasil é que ao trilhar suas batalhas políticas, os agentes do poder – em todos os poderes e o judicial não é exceção - sequestram o debate constitucional e o coloca a serviço da legitimação dos arranjos institucionais que lhe garantem o poder político. **Não poderia existir perversão maior do sentido da palavra constitucionalismo.**

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este esperneio público e midiático levado ao extremo por administradores como Trump pode parecer novo, mas é bastante conhecido em contextos sul-americanos. “*Un presidente es ante todo un hablador*”²⁴. Governam por discursos e criam suas realidades de maneira discursiva. Não têm o poder que se imagina e se fantasia sobre eles. O verdadeiro poder está nas mãos de uma imensa malha de tecnocratas espalhados pelos confins da administração país afora, nunca eleitos e normalmente de caráter mais técnico e que chegaram aos seus postos por concurso público na maioria das vezes.

A Pós-verdade definida por Beatriz Sarlo funciona de maneira extraordinária nas mídias sócias e na vida em rede em tempo real. Presidentes digitais como Trump, Cristina, Macri, Lula, Dilma, Maduro – com seu programa de TV - criam suas verdades instantâneas e muito se aborrecem quando são questionados. Não à toa todos estes declararam guerra aos meios de comunicação independentes em seus próprios países sem exceção. Qualquer ente de controle, estatal ou não, é visto com animosidade.

O problema se torna ainda maior quando a resistência ao confronto com a verdade se torna visceral quando decretos e atos executivos administrativos *lato sensu* são anulados em sequência por serem eivados de todas as formas de vícios e fulminados por suas próprias

²³ Ibidem, p.6.

²⁴ BERCHOLC, Diego; BERCHOLC, Jorge O. *Los discursos presidenciales en la Argentina democrática: 1883-2011*. Buenos Aires, Lajouane, 2016, p. 15.

nulidades no nascedouro. Assim é com os decretos anti-imigração de Trump, assim foi com a posse do ex-presidente Lula como ministro. Como se esquecer da guerra midiática aberta por Lula, quando ainda era presidente, para submeter o Tribunal de Contas da União ao seu estado de emergência permanente²⁵. O ex-presidente chegava ao ponto de afirmar que a Corte de Contas era um entrave ao desenvolvimento do país e que tinha urgência em seus passos²⁶, aquele contexto que tudo justifica do **Estado de Emergência permanente** descrito por Bercholz²⁷. E nos parece que Lula tinha suas razões. Foram justamente os relatórios técnicos desta mesma Corte de Contas que acabaria por retirar sua sucessora política do poder pela contabilidade corrosiva que comandava ao arrepio da lei e sem a aprovação do Parlamento.

Caudilhos modernos, nada mais. Ficou claro por que não queriam ser checados. Odebrecht é hoje um nome comum nos autos de processos que envolvem ex-presidentes, seus ministros e apadrinhados políticos tanto na Argentina como no Brasil. Lázaro Báez parece que só não cruzou a fronteira para o Brasil provavelmente porque não lhe deram tempo²⁸.

Independente de suas reações ao vento midiático, o que salta ao olhos é a importância do papel do controle dos atos do poder, e em particular do ato administrativo *lato sensu*, como pilar de sustentação de nossos Estados Democráticos ou Constitucionais de Direito. No Brasil, não é um fato fortuito que os líderes de vários momentos não democráticos que experimentamos como nação subjugaram a Corte de Contas e tentaram fazer o mesmo com o judiciário de uma forma ou de outra. Como didaticamente nos aponta Silvana Maria da Silva Telles, a Constituição de 1891, no seu art. 89 estabelece que é instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas de receita e despesa e verificar a sua legitimidade, antes de serem prestadas ao Congresso²⁹.

Rui Barbosa dizia com razão que “Não é o Tribunal de Contas criação de ordem legislativa; é uma instituição constitucional da mesma importância dos outros órgãos pelos

²⁵ Em 2008, 153 obras foram analisadas pelo TCU e 48 foram incluídas no rol de obras com problemas graves e tiveram a paralisação recomendada. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2009/09/630822-tcu-manda-parar-41-obras-dilma-diz-que-e-preciso-ter-cautela-com-suspensao.shtml>. Acesso em 13/03/17.

²⁶ <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/lula-endurece-o-discurso-por-mudancas-no-tcu-byg1cueqx11wp7e8vzqn462q6>. Acesso em 12/03/17.

²⁷ Bercholz Jorge O., Editor-Director. *El Estado y la emergencia permanente*. Buenos Aires: Editorial Lajouane, , marzo de 2008.

²⁸ Trata-se de um figura pública que hoje frequenta as páginas policias dos principais jornais argentinos. Antes um incorporador inventado pela vontade dos governantes anteriores e convertido no “rei da obra pública”, agora se encontra preso envolto a acusações similares as do escândalo Odebrecht no Brasil.

²⁹ Ver <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8846,41046-Tribunal+de+Contas+evolucao+e+importancia+para+o+Estado+democratico>.

quais a nossa Constituição buscou assegurar o exercício efetivo das garantias de moralidade e justiça do sistema republicano.”³⁰

Não surpreendentemente, continua Telles, a Constituição Brasileira de 1937, em meio a um regime já ditatorial, transforma a Corte de Contas em órgão de assessoramento do presidente da República, limitando seu papel de instituição fiscalizadora orçamentária e financeira. A Carta de 1946, pós regime de exceção do Estado Novo, restabelece-lhe competência para acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento, julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos.

A Constituição de 1967, já um agouro do que viria pela frente nos Anos de Chumbo no Brasil, nos artigos 71 a 77, reduziu a autonomia do Tribunal de Contas, dividindo-lhe em controle externo pelo Congresso Nacional e o controle interno do próprio Executivo, que passou o presidente da República de fiscalizado a fiscalizador, sendo fiscal se si próprio. O Tribunal servia apenas de simples instrumento de auditoria, sem qualquer autoridade de decisão, conclui a pesquisadora da Casa Rui Barbosa.

As amplas competências fiscalizadoras dadas à Corte de Contas pela Constituição Brasileira de 1998³¹ e a possibilidade do controle judicial não apenas da legalidade do ato administrativo, mas de sua adequação aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública e de sua moralidade e finalidade, certamente incomodam a administradores pouco afeitos ao legítimo processo democrático austero³².

É nossa reiterada crença que não se pode esperar que a doença da corrupção, desvios e abusos de poder entre em processo de metástase como foi o caso do Brasil e aparenta ser o da Argentina, onde até governos da clássica esquerda parecem ter sido consumidos por desvios corrosivos ao sistema político e às instituições democráticas ao ponto de gerar uma crise de legitimidade e institucional profunda.

No âmbito do controle democrático dos princípios constitucionais como normas cogentes, não deve haver limites para a intervenção de um órgão em outro. O limite deve ser a exata proporção do que o seu excesso afronta.

Revogam-se as disposições em contrário.

³⁰ Obras Completas de Rui Barbosa (OCRB). vol. 40, tomo 5, 1913, p. 50. Trecho do discurso “O Negócio da Prata”.

³¹ Artigos 33, §2º, 70, 71, 72, §1º, 74, §2º e 161, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14/03/17.

³² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

6. BIBLIOGRAFIA

ARGENTINA. *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (CSJN). 13 de março de 2012. Disponível em <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/jurisprudencia/Argentina/ANP-CSJ.pdf>. Acesso em 10/01/2017.

ARGUELLES, Diego Wernek; CERDEIRA, Pablo de Camargo; FACÃO, Joaquim (Coord.). In: **Novas Ideias em Direito: resultado de pesquisas**. I Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo. FGV. Disponível em <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em 20/12/2016.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa** (OCRB). vol. 40, tomo 5, 1913.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14/03/17.

BRASIL. Lei Complementar 101 de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em 09/03/17.

BRASIL. Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em 12/03/17.

BRASIL. STF. MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.070 DISTRITO FEDERAL. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sob_o_numero_10545232. Acesso em 11/03/16.

BRASIL. STF. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=32675>. Acesso em 06/11/16.

BERCHOLC, Diego; BERCHOLC, Jorge O. **Los discursos presidenciales en la Argentina democrática: 1883-2011**. Buenos Aires, Lajouane, 2016.

Bercholc Jorge O., Editor-Director. **El Estado y la emergencia permanente**. Buenos Aires: Editorial Lajouane, , marzo de 2008.

BERCHOLC, Jorge O; SANCARI, Sebastián. **Justicia y Política: insumos útiles para determinar el rol de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Aldina Editorial Digital, 2016.

CARDOSO, Plauto C. L.. “Precedentes Judiciais: o papel da hermenêutica e dos elementos não textuais da norma para a unidade do direito e a segurança jurídica”. In: Izolani, Franciele Lung; Oliveira, Jaqueline Sampaio (Coord.) **Latinoamerica Y Derecho en Exposición**. Vol. VI. Olinda: Editora Livro Rápido, 2017.

----- “Estado de Cosas Inconstitucional y Violación a los Derechos Fundamentales en el Contexto del Sistema Carcelario Brasileño”. In: **Revista Argentina de Justicia Constitucional**. Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Vol. III Buenos Aries, Editores Argentinos, 2017.

ENGLEMANN, Fabiano; PENNA, Luciana Rodriguez. “Constitucionalismo e Batalhas Políticas na Argentina”. In: **Estudos Históricos**: Rio de Janeiro, vl. 29, n. 58, p. 505-524, maio-agosto, 2016.

GARGARELLA, Roberto. **Castigar Al Prójimo: por una refundación democrática del derecho penal**. 1 ed. Buenos Aires: Silgo Veintinuno Editores, 2016

HUTCHINSON, Tomás, “El sistema argentino de control judicial de la Administración”, en *Anales*, N°40, 2010.

LLOSA, Mário Vargas. **La civilización del espectáculo**. 1ª ed. Buenos Aries: Alfaguara, 2013.

MANNORI, Luca., p.125, en R. ROMANELLI (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, 1997, pp. 39-65.

SARLO, Beatriz. **Escenas de la Vida Posmoderna: intelectuales, arte y videocultura en al argentina**. Buenos Aries: Siglo Veintiuno, 2014.

----- Buenos Aries, 26/02/17. Entrevista concedida ao jornalista Alejandro Czerwacki do jornal Clarin. Disponível em http://www.clarin.com/opinion/disgusta-uso-familia-feliz-herramienta-propagandistica_0_ryHPH8Rug.html. Acesso em 10/03/17.

TELLES, Silvana Maria da Silva. “Tribunal de Contas: evolução e importância para o Estado democrático”. 13 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8846,41046Tribunal+de+Contas+evolucao+e+importancia+para+o+Estado+democratico>. Acesso em 11/03/17.