

APROVADA POR UNANIMIDADE

**As ações civis públicas como mecanismo de freios e contrapesos:
necessidade de aliança estratégica do Ministério Público e do
Legislativo, no atual cenário de agigantamento do Executivo e de
ativismo do Judiciário, para consolidação da democracia e preservação
das atribuições do Parlamento.**

Felipe Gustavo Gonçalves Caires

1. Introdução

Uma das principais críticas que se faz ao Ministério Público brasileiro, mormente por parte dos agentes políticos dotados de mandato eletivo, seria a de que seus membros, cada vez mais, exorbitariam de suas funções, pretendendo governar sem voto no lugar dos que foram legitimamente eleitos para tanto.

Neste cenário, as ações civis públicas voltadas para a implementação de políticas públicas, na busca pela concretização dos direitos fundamentais de segunda geração, têm sido lembradas como exemplos desta suposta ingerência na discricionariedade administrativa dos escolhidos pelo povo para governar.

Para responder a esta crítica, a busca da redefinição, ou melhor, da *relegitimação democrática* do papel do *Parquet* ao aforar este tipo de ações parece ser um dos objetivos mais relevantes da agenda institucional.

Afinal, caso se insista em legitimar seu aforamento sobre o prisma meramente do Direito Coletivo (material ou processual), justificativa que pouco sensibiliza os que não sejam operadores do Direito, os mandatários eleitos ficarão cada vez propensos a modificar a legislação, seja para proibir o *Parquet* de fazê-lo, seja para consagrar a outros atores (como à Defensoria Pública) - na sua ótica menos invasivos das suas atribuições que os promotores de Justiça – tal papel, mesmo que eventuais “co-legitimados” em potencial não sejam vocacionados constitucionalmente, estruturados administrativamente

ou protegidos adequadamente com as prerrogativas necessárias para fazê-lo de maneira independente e eficaz.

O objetivo deste trabalho, portanto, é o de revisitar a legitimidade *democrática* (muito mais que jurídica, portanto) do manejo das ações civis públicas, sejam as relativas à implementação de políticas públicas, sejam até mesmo aquelas decorrentes da prática de atos de improbidade.

Assim procedendo, verificar-se-á se existe algum sentido na antipatia mútua que parece reinar entre os agentes políticos e os membros do Parquet, ou se esta antipatia, notadamente nas relações institucionais entre o Poder Legislativo e o Ministério Público, nada mais é do que um grande equívoco para a consecução dos interesses de ambos.

2. Fundamentação

2.1. Princípio da soberania popular

A Constituição de 1988 inaugura seus comandos normativos, não por caso, com a listagem dos fundamentos da República Federativa do Brasil, à qual se segue, ainda no seu parágrafo único do artigo 1º, o chamado princípio da soberania popular:

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Ao fazê-lo, a Constituição deixa claro pretender que no Brasil as decisões políticas sejam tomadas pela vontade da maioria do povo, por meio de representantes eleitos ou diretamente, e não por segmentos que careçam da legitimidade popular, malgrado por vezes, do alto de sua arrogância, considerarem-se timoneiros iluminados, como que ungidos ao comando dos demais por supostos conhecimentos técnicos ou atributos morais notáveis de que disporiam, mesmo sem contarem com o apoio da população para que pudessem, como desejam, decidir em nome de todos os demais, talvez visto por eles como “incapazes” de regerem o seu próprio destino.

Enfim, a Constituição Federal foi bastante enfática ao dizer que no Brasil viver-se-á sob o império das decisões tomadas pela maioria, desde que tais decisões respeitem os direitos fundamentais das minorias, porque este é o objetivo de qualquer Estado que se pretenda “democrático” e “de Direito”.

Neste sentido, alguns sustentam que o Poder Judiciário, quando provocado pelo Ministério Público a implementar políticas públicas, ou mesmo quando instado pelo *Parquet* a punir por improbidade administrativa os agentes políticos que não as implementarem, estaria usurpando dos que foram eleitos pelo povo a tarefa de decidir quais (ou como as) políticas públicas deveriam ser implementadas, inclusive ameaçando de pesadas sanções⁵² aqueles que se recusassem a obedecer o que agentes públicos sem voto popular (promotores e juízes) exigissem deles.

2.2. Dilemas contemporâneos do Poder Legislativo

Os membros do Poder Legislativo parecem ter aderido em peso a esta crítica ao Ministério Público. Confirmam-se a este respeito trechos de entrevista sobre Judicialização da Política, concedida em novembro de 2010 à TV Câmara pelo representante da Câmara dos Deputados no Conselho Nacional do Ministério Público:

“O que está ocorrendo é a interdição dos Poderes Políticos e a sua substituição por magistrados e membros do Ministério Público, de modo que tanto juízes como procuradores e promotores possam através da sua atuação substituir o prefeito, o Parlamento e, por vezes, o governador e o Presidente da República”

“Quando nós tratamos de contornar o Poder Legislativo e o Poder Executivo e admitir que em seu lugar o Judiciário e o Ministério Público passem a definir quais questões importam para a República, em última instância o que nós estamos dizendo é: é admitido entre nós que a ditadura militar, que o poder dos generais seja substituído pelo poder dos juízes e dos membros do Ministério Público.”

“O que nós não podemos é estabelecer uma tentativa de fragilizar a atividade política. Qual é a que nós temos hoje? Ninguém quer ser político. Qual é a nossa crise? A nossa crise é que um pai de família, uma mãe de família dificilmente quererá que seu filho seja político. Por exemplo, entre ele ser político e ser juiz, ele, evidentemente, com muita probabilidade, a mãe ou pai desejarão que

⁵² Em que pese pareça existir mais um mito do que uma constatação em torno da gravidade das sanções da Lei de Improbidade, visto que o artigo 12 da Lei Federal 8429/92, desde a Lei 12.120/2009, foi alterado para consignar o que a jurisprudência dominante já reconhecia: suas sanções não são necessariamente cumulativas e, dependendo da gravidade do fato, o agente ímprobo pode receber como sanção apenas uma simples multa civil. Ademais, a LIA apenas permite a aplicação de suas sanções mais graves – perda da função pública e suspensão dos direitos políticos – após o trânsito em julgado.

o filho seja juiz ou promotor. E como é que fica a questão política? A quem caberá resolver os problemas do futuro, se nós estamos de tal modo criminalizando a atividade política, demonizando-a, que a atividade política passará a ser dentro em breve atividade pelo menos de suspeito, praticada apenas pelos suspeitos, e isto é um desserviço à República”

“Nas faculdades de Direito os estudantes aprendem, do primeiro ao décimo período, que a sua atuação será prestigiada na exata medida em que ele contornar os poderes políticos, e aí ele concretiza direitos, então, se há isto no ensino jurídico, há isto também, há uma expectativa por parte do magistrado, do juiz de primeiro grau, do promotor que depois terá ascensão na carreira que ele deve contornar a atividade política, substituí-la e colocar-se ele, juiz e magistrado, no local da política”

(Disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=b2mZ3xrV-0Y&feature=relmfu> e em <http://www.youtube.com/watch?v=F5WlufDIudI&feature=relmfu>, Acesso em 18/05/2012).

O coro multiplicador de tal crítica, contudo, não pode ser compreendido sem ser contextualizado no cenário atual, em que o Poder Legislativo se vê na berlinda, seja porque não consegue exercer a contento suas funções típicas de elaborar normas⁵³, seja porque não consegue fiscalizar adequadamente o Poder Executivo (é difícil recordar-se de alguma CPI ou convocação de ministro para prestar explicações ao Congresso que tenham resultado em algo de concreto para além do alarido político que suscitaram).

Pressionado pelo Executivo, de um lado, o Poder Legislativo se vê substituído na sua função de legislar pela edição de medidas provisórias que, embora tenham sido mais controladas pelas modificações trazidas pela EC 32-2001⁵⁴, ainda são bastante utilizadas pelo Executivo, acabando por ditar a agenda do Congresso Nacional, vez que ali não se pode deliberar (CF, artigo 62,§6) sobre outras matérias que possam ser objeto de medidas provisórias sem antes apreciar as ditas cujas publicadas há mais de 45 dias.

Pressionado pelo Judiciário, de outro, o Poder Legislativo também se vê substituído no regramento dos grandes temas nacionais sobre os quais tem dificuldades

⁵³ Constatando tal afirmação, verifica-se que a regulamentação da greve do servidor público e a reforma política até hoje não saíram, e que a Lei da Ficha Limpa e a regulamentação da emenda 29 levaram, respectivamente, 16 e 12 anos para surgirem, após a Constituição determinar sua elaboração (artigo 14, §9 da CF, com a redação da ECR 04-94; artigo 198,§3, I da CF, acrescentado pela EC 29-2000).

⁵⁴ Após a EC 52-2001, além de proibir-se a normatização de vários temas por medida provisória, proibiu-se a reedição, na mesma sessão legislativa, daquelas rejeitadas ou que tivessem perdido sua eficácia por decurso de prazo.

de legislar. O Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente guardião da Constituição no papel de legislador negativo (isto é, declarando à luz da Constituição aquilo que o Parlamento não poderia fazer), mais e mais atua como legislador positivo: a nova interpretação dada aos efeitos do mandado de injunção⁵⁵ na temática da greve do setor público, além da fixação de prazo⁵⁶ para que o Congresso elaborasse a lei complementar exigida pela Constituição (artigo 18, §4) para disciplinar o período no qual seriam admitidas criações de novos municípios, são exemplos desta realidade.

O fenômeno não é exclusivamente brasileiro. Luiz Roberto Barroso⁵⁷ observa como o Poder Legislativo, após a 2ª Guerra Mundial na Europa e (sobretudo) após a Constituição de 1988 no Brasil, tem sido despojado da condição de maior representante da soberania popular para figurar como irmão “mais pobre” dos Poderes de Estado:

“Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa da soberania do Parlamento e da concepção francesa como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a Constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: *sua proteção passava a caber ao Judiciário*”

Sobre a chegada do modelo de supremacia da Constituição ao Brasil, afirma:

“Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para seguimentos sociais representativos. A esse fator somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de direito fundamental”

Destacando este fenômeno sob o enfoque da usurpação das funções típicas do Legislativo pelo Poder Executivo, ainda em 1999 o ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Melo⁵⁸ relatou situação não muito diferente da vivenciada atualmente:

⁵⁵ MI 670, 708 e 712, j. 25-10-2007. Inf. 485/STF

⁵⁶ 18 meses, nos termos do decidido pelo STF na ADI 2240, j. 09.05.2007

⁵⁷ Curso de Direito Constitucional, 3ª. Edição, Saraiva, páginas 285-286.

⁵⁸ Ministro Celso de Mello, em *Folha de S. Paulo*, 11 abr. 1999, p. 8.

“No plano institucional brasileiro, o aspecto de suma gravidade que tem me preocupado nestes últimos dois anos é a apropriação institucional pela Presidência da República de poderes legislativos, transformando as medidas provisórias em meio de legislação usado ordinariamente, quando a constituição, ao definir essa forma excepcional de legislação, estabeleceu que só pode ser usada em caráter extraordinário. [...] Esse poder institucional gera grave distorção: desloca o eixo da elaboração de leis para o Executivo, quando ela é uma função clássica, típica, natural do Legislativo. O Presidente da República se transformou no grande legislador do país. Essa sua compulsão legislativa fez o Brasil viver sob o signo do efêmero, porque as medidas provisórias, por serem provisórias, introduzem um elemento normativo instável. Essa distorção institucional afeta e compromete o princípio da separação dos Poderes, uma das cláusulas pétreas, a alma da nossa Constituição.

No caso brasileiro, um agravante se impõe: entre as instituições da República, o Legislativo, em particular o Congresso Nacional, é via de regra apontado como uma das que conta com menos confiança popular:

“Índice de Confiança Social mostra que o brasileiro está menos confiante nos serviços públicos de saúde e educação e nos meios de comunicação

IBOPE Inteligência apresenta indicador que acompanha as oscilações na relação de confiança da população com as instituições

Pela terceira vez consecutiva, a instituição com maior pontuação entre as 18 organizações foi o Corpo de Bombeiros (86). Igrejas e Forças Armadas aparecem num segundo patamar, ambas com 72 pontos. **Os menores índices de confiança foram obtidos, mais uma vez, pelo Congresso (35) e partidos políticos (28)”**.

(http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=PortalIBOPE&pub=T&nome=home_materia&db=cald&docid=10BCD9362159152B8325791E003F379E. Data de publicação: 03/10/2011. Acesso em 18/05/12).

Neste dilema em busca de sua reafirmação e até mesmo de sua “sobrevivência” como Poder, o Legislativo procura desesperadamente estratégias para não continuar a ser engolido pelo Executivo tampouco para não começar a ser subjugado pelo Judiciário.

Eis o cenário em que, procurando diminuir os desgastes perante a opinião pública dos enfrentamentos de seus agentes políticos com o Ministério Público, notadamente aqueles decorrentes de ações civis públicas manejadas nas suas “bases eleitorais”, surge a estratégia do Legislativo de fustigar as atribuições e prerrogativas do *Parquet* a pretexto de que “promotores não foram eleitos para dizerem aos que foram como devem governar”.

2.3. As ações civis públicas como mecanismo de freios e contrapesos essencial para preservação das competências do Parlamento.

No entanto, esta estratégia peca por uma contradição flagrante em sua origem. Afinal de contas, ações civis públicas, via de regra, apenas possuem alguma chance de êxito no Judiciário, principalmente nas instâncias superiores, se suas postulações estiverem solidamente pautadas em leis ou na Constituição.

Sem razão, pois, a alegação de que o manejo daquelas ações ameace o Poder Legislativo enquanto poder, vez que aquelas ações, **pelo contrário**, são instrumento para que se faça prevalecer *as decisões tomadas pelo próprio Poder Legislativo ao aprovar as leis brasileiras ou elaborar/emendar a nossa Constituição!*

Ou seja, ações civis públicas viáveis, inclusive aquelas por ato de improbidade administrativa, baseiam-se, em última análise, na necessidade de os agentes de qualquer Estado Democrático de Direito respeitarem a vontade dos parlamentares.

Não se trata, pois, de impor aos políticos a vontade de membros do Poder Judiciário que julgam nem de integrantes do Ministério Público que aforam aquelas ações. Promotores e magistrados, neste cenário, apenas cumprem o papel coadjuvante de guardiões das decisões tomadas politicamente pelo próprio Poder Legislativo, seja quando elas forem desrespeitadas por particulares, seja quando elas forem desrespeitadas por outros agentes políticos, notadamente de outros Poderes.

Exemplifique-se. Quando o Executivo descumprir as leis ou a Constituição, vale dizer, quando descumprir as decisões políticas do Poder Legislativo, não é o Poder Legislativo que, via de regra, possui legitimidade ou estrutura para acionar o Judiciário em defesa da autoridade de suas decisões políticas. Cabe geralmente ao Ministério Público a tarefa de fazê-lo representando sociedade. Quando o Judiciário julga manifestamente “contra legem”, sem declarar a lei inconstitucional, não é o Poder Legislativo que, via de regra, possui legitimidade ou estrutura para acionar as instâncias superiores do próprio Judiciário em defesa da autoridade de suas decisões políticas. Cabe

geralmente ao Ministério Público a tarefa de fazê-lo, igualmente representando a sociedade.

Enfim, notadamente em sede de ações civis públicas e de recursos judiciais, o Ministério Público atua não apenas como verdadeiro “advogado da sociedade”, *mas também como verdadeiro defensor da autoridade das decisões do Parlamento*, uma vez que, em última análise, busca o cumprimento das leis e da Constituição elaboradas pelos próprios parlamentares.

Não passou despercebida pela doutrina esta vocação ministerial de *longa manus* do Parlamento para desencadear um verdadeiro *mecanismo de freios e contrapesos*, impeditivo de que, na execução das leis ou na aplicação destas aos casos concretos, respectivamente, Executivo e Judiciário exorbitassem de suas funções.

Alexandre de Moraes⁵⁹ leciona a respeito:

“Assim, a Constituição Federal de 1988 atribuiu as funções estatais de soberania aos três tradicionais Poderes de Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, e à *Instituição Ministério Público*, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais”

2.4.O exemplo de Minas Gerais

Em Minas Gerais, um exemplo particularmente recente dimensiona a importância do papel do Ministério Público em defesa da autoridade das decisões do Parlamento.

Os percentuais mínimos de gastos de qualquer Estado da federação com educação e saúde, fixados constitucionalmente (artigos 212 e 198, §2, II da CF, c/c artigo 77 do ADCT e LC 141/12) pelos parlamentares da Assembléia Nacional Constituinte em 1988 e do Congresso Nacional em 2000 (EC 29), após amplo debate democrático a respeito travado entre os representantes do povo no Legislativo, correm o risco de apenas serem cumpridos em Minas Gerais no longínquo ano de 2014.

⁵⁹ Direito Constitucional, 26ª Edição, Saraiva, página 414.

Isto em virtude de “acordo” – termo de ajustamento de gestão - recentemente entabulado entre Governo do Estado e Tribunal de Contas mineiro a respeito, conforme noticiado na própria página eletrônica da Corte Estadual de Contas:

Tribunal aprova TAG que ajusta índices de educação e saúde no Estado

O Tribunal de Contas aprovou, por unanimidade, em Sessão do Pleno do dia 25/04, o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), proposto pelo Governo do Estado, solicitando a adequação de gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. O Conselheiro Mauri Torres é o relator da matéria. **De acordo com o novo instrumento, o Governo do Estado compromete-se a alcançar os índices mínimos constitucionais, de 25% da receita corrente líquida na aplicação na manutenção do ensino e de 12% em ações e serviços públicos da saúde, até o exercício de 2014.** O instrumento aprovado apresenta uma tabela de progressão que indica os índices de investimento na saúde de 9,68% em 2012; 10,84% em 2013 e, finalmente, os 12% em 2014. Na área da educação, os índices ajustados são 22,82% para 2012; 23,91% para 2013 e para 2014, os 25% exigidos pela Constituição Federal.

(http://www.tce.mg.gov.br/?cod_pagina=1111620189&acao=pagina&cod_secao_menu=5K&a=noticias. Publicado em 26-04-12. Acesso em 18-05-12).

O Ministério Público (Estadual e Federal) já foi procurado **por parlamentares** para impedir dito desrespeito flagrante - chancelado por quem nem sequer é eleito pelo povo (conselheiros do TCE/MG) a pedido de quem (Chefe do Poder Executivo estadual) não foi eleito pelo povo para governar ao arrepio das normas constitucionais vigentes - à decisão soberana do Congresso Nacional quanto ao mínimo que todos os Estados brasileiros devem gastar com educação e saúde.

Eis aí a demonstração cabal de que, muitas vezes, o Ministério Público é a única instituição que resta ao Poder Legislativo para exigir dos demais poderes o respeito às decisões políticas tomadas legitimamente pelo Parlamento.

Logo, o enfraquecimento do Ministério Público e das ações civis públicas parece interessar não ao Legislativo, mas apenas aos que enxergam no *Parquet* uma das maiores dificuldades de implementação de suas pretensões quase absolutistas, como se fossem ditadores de mandato fixo, de governarem ao arrepio das leis e da Constituição do país.

3 - Conclusões

I – Ao aforar ações civis públicas em face da Administração Pública ou de seus agentes, o Ministério Público, para além de exercer sua atribuição de proteger os interesses difusos e coletivos da sociedade (CF, artigo 129, III), está defendendo o regime democrático (CF, artigo 127, caput) *ao exigir respeito às decisões políticas legitimamente tomadas pelo Parlamento* estampadas nas leis e na Constituição do país.

II - Colabora assim o Parquet para, *redescobrando-se institucionalmente também como um dos protagonistas dos mecanismos de freios e contrapesos*, impedir tanto que o Executivo como o Judiciário ignorem as leis e a Constituição, expressões da vontade do povo externadas pelos seus representantes democraticamente eleitos.

III – O fortalecimento do Ministério Público no manejo daquelas ações e recursos revela-se estratégico para que o Poder Legislativo não se torne cronicamente dependente do Poder Executivo, ou progressivamente desautorizado pelo Poder Judiciário, à medida que a certeza de que as leis e normas constitucionais oriundas do Parlamento serão respeitadas, sem maquiagens do administrador ou devaneios interpretativos do juiz, recoloca o Parlamento no centro das decisões políticas nacionais.

IV – Nas ações de improbidade administrativa exitosas, o restabelecimento da autoridade das decisões do Parlamento é ainda mais eficaz, já que, provocado pelo Ministério Público, o Judiciário não apenas exigirá o cumprimento das leis e da Constituição, mas também punirá os agentes públicos que houverem desrespeitado as decisões do Parlamento ali estampadas, divulgando importante mensagem pedagógica no sentido de que as decisões do Poder Legislativo devem ser levadas a sério.

V – Enfraquecer o Ministério Público, restringindo sua legitimidade e suas prerrogativas no manejo de tais ações, é enfraquecer um dos mais poderosos instrumentos de defesa do Legislativo contra agentes políticos de outros Poderes que desrespeitam as decisões políticas tomadas por parlamentares eleitos pelo povo.